

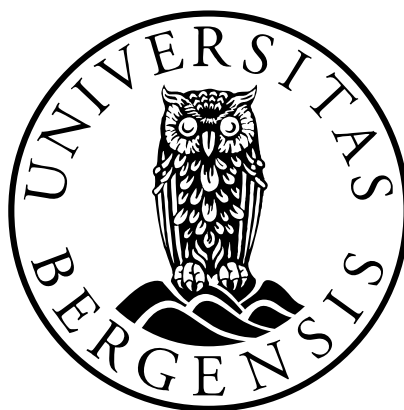
Erstatning etter medisinsk feilbehandling når  
skade på mor skjer i forbindelse med  
svangerskap eller fødsel

- *En analyse med utgangspunkt i Rt.2013.1689*

Kandidatnummer: 197940

Veileder: Anne Marie Frøseth

Antall ord: 14 930



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

30.05.2014

## Innholdsfortegnelse

<b>1 Innledning</b> .....	<b>4</b>
<b>1.1 Tema</b> .....	<b>4</b>
<b>1.2 Avgrensning for skadetyper som faller utenfor oppgavens tema</b> .....	<b>5</b>
<b>1.3 Vilkåret om skade i pasientskadeloven</b> .....	<b>5</b>
<b>1.4 Ulike typer skader som kan oppstå etter medisinsk feilbehandling i forbindelse med svangerskap eller fødsel</b> .....	<b>6</b>
<b>1.5 Hensyn som gjør seg gjeldende i pasientskadesaker</b> .....	<b>7</b>
1.5.1 Alminnelige erstatningsrettslige hensyn .....	7
1.5.2 Hensynet til pasientsikkerheten .....	8
<b>2 Kort om saksbehandlingen i pasientskadesakene</b> .....	<b>9</b>
<b>3 Generelt om vilkårene for erstatning</b> .....	<b>10</b>
<b>3.1 Alminnelige erstatningsrettslige vilkår</b> .....	<b>10</b>
<b>3.2 Ansvarsgrunnlaget i pasientskadeloven</b> .....	<b>11</b>
3.2.1 Ansvarsgrunnlagets innhold og struktur .....	11
3.2.2 Får det objektiviserte ansvarsgrunnlaget betydning for anvendelsesområdet til skadevilkåret i passkl. § 1?.....	12
<b>3.3 Vilkåret om årsakssammenheng mellom skaden og den medisinske feilbehandlingen som skjer i forbindelse med et svangerskap</b> .....	<b>13</b>
<b>4 Erstatningskrav for medisinsk feilbehandling når skaden knytter seg til mislykket sterilisering eller abort</b> .....	<b>13</b>
<b>4.1 Det anses ikke som en "skade" at et barn blir født</b> .....	<b>13</b>
<b>4.2 Steriliseringsdommen har vært avgjørende i norsk rett for erstatningsspørsmål som knytter seg til uønsket fødsel</b> .....	<b>15</b>
4.2.1 Saksforholdet og begrunnelsen.....	15
4.2.2 Hva lå bak Høyesterett sitt verdimeslige standpunkt om at interessen ikke hadde erstatningsrettslig vern? .....	16
4.2.3 Tre konkrete interesser satte grenser for det erstatningsrettslig vernet ved mislykket sterilisering.....	16

4.2.4	Var begrunnelsen til Høyesterett at en erstatningsutbetaling i realiteten ville stride mot kravet til ærbarhet i NL 5-1-2? .....	17
<b>4.3</b>	<b>Steriliseringsdommens rekkevidde for senere saker .....</b>	<b>19</b>
<b>5</b>	<b>Krav om erstatning etter informasjonssvikt i forbindelse med et svangerskap 21</b>	
5.1	Det fødes et skadet barn etter informasjonssvikt i forbindelse med svangerskapet .....	21
5.2	Erstatningskrav for psykisk skade på mor etter informasjonssvikt i forbindelse med svangerskapet.....	22
5.3	Avgjørelsen i Rt.2013.1689 .....	23
5.3.1	Historikken i saken .....	23
5.3.2	Flertallets metodiske strategi .....	24
5.3.3	Det avgjørende for flertallets resultat .....	26
5.3.4	Mindretallets begrunnelse.....	26
5.4	Kvaliteten på argumentasjonen i Rt.2013.1689 kan problematiseres ut fra alminnelige betraktninger om rettskilde - og metodelære .....	28
5.4.1	Flertallets bruk av forarbeider .....	28
5.4.2	Flertallets tolkning og anvendelse av Steriliseringsdommen .....	30
5.4.3	Verdibetraktninger som knytter seg til erstatningsspørsmålet.....	32
5.4.4	Skillet mellom et fosters verd og et barns verd.....	37
<b>6</b>	<b>Hvilken betydning har Rt.2013.1689 for andre skadetyper som skjer i forbindelse med svangerskap eller fødsel? .....</b>	<b>37</b>
<b>7</b>	<b>Kan ansvarsgrunnlagets innhold og struktur i passkl. § 2 tredje ledd, tale for erstatning? .....</b>	<b>40</b>
<b>8</b>	<b>Utenlandsk rett.....</b>	<b>43</b>
8.1	Hvordan er erstatningsspørsmål som knytter seg til feilbehandling i forbindelse med svangerskap behandlet i utenlandsk rett? .....	43
8.2	Dansk rett.....	43
8.3	Svensk rett .....	44
<b>9</b>	<b>Avsluttende betraktninger .....</b>	<b>45</b>

## 1 Innledning

### 1.1 Tema

Tema for oppgaven er å redegjøre for det erstatningsrettslige vernet etter lov om erstatning ved pasientskader 15 juni 2011 nr. 53 (passkl.), når det skjer skade på mor i forbindelse med svangerskap og fødsel. Formålet med oppgaven er å fastlegge i hvilke situasjoner mor kan kreve erstatning etter passkl. Etter loven anses en gravid kvinne som pasient når hun mottar oppfølging i forbindelse med svangerskapskontroller og når hun overvåkes og mottar hjelp under fødselen.<sup>1</sup> For at mor skal tilkjennes erstatning, er det et vilkår at det kan konstateres en pasientskade som har ført til et erstatningsmessig tap. Drøftelsen vil derfor i stor grad knytte seg til skadevilkåret i passkl. og hva som utgjør et erstatningsmessig tap. Vilkår om ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng vil belyses i den grad vilkårene får betydning for fastleggingen av skadevilkåret ved pasientskadesaker som gjelder svangerskap og fødsel.

Oppgaven vil ta for seg lovgivning som regulerer helsetjenester i forbindelse med svangerskap og fødsel. Kvinner har i prinsippet selvbestemmelsesrett etter helse- og svangerskapslovgivningen. Det har imidlertid vist seg vanskelig å håndheve disse rettighetene på noen måte dersom det skjer en svikt i den medisinske behandlingen. Ved svikt i behandlingen som lovgivningen legger til rette for, oppstår spørsmålet om de interesser som er ivaretatt i loven også er interesser som er erstatningsrettslig vernet. Oppgaven vil belyse hvordan helheten i lovverket og fundamentale hensyn som vår rettsordning bygger på, må avveies i den erstatningsrettslige vurderingen. Her gjør det seg gjeldende store spenninger mellom grunnleggende individrettigheter, og det stilles særlig store krav til domstolenes begrunnelse.

I 2013 avsa Høyesterett en dom som vil få stor betydning for rettsutviklingen på området. Fra før foreligger det en høyesterettsdom fra 1999. Avgjørelsene er svært viktige for klarleggingen av den norske rettstilstanden, men også i et nordisk perspektiv. Dommene illustrerer tydelig de ulike spenningene som oppstår ved erstatningsspørsmål som knytter seg til svangerskap og fødsel. Et sentralt spørsmål er om domstolene har

---

<sup>1</sup> Aslak Syse, Morten Kjelland og Rolf Gunnar Jørstad. *Pasientskaderett*. Gyldendal akademisk. 2011 s. 278.

foretatt en god balansering av de grunnleggende rettighetene i lys av stadiet for dagens samfunnsutvikling, og om det finnes gode alternative rettslige løsninger.

Det er lite rettspraksis på området i de skandinaviske landene, men retts- og samfunnsutviklingen har på mange måter vært parallell i Danmark, Sverige og Norge. Av denne grunn har det interesse å vurdere den norske rettstilstanden mot tilsvarende rettslig regulering i Sverige og Danmark. Formålet med å se hen til utenlandsk rett er å belyse andre tilnæringsmåter for erstatningsspørsmålet enn de retningslinjer som gjelder for norsk rett.

## **1.2 Avgrensning for skadetyper som faller utenfor oppgavens tema**

I denne oppgaven er det mor som pasient som vil behandles. Det avgrenses mot tilfeller hvor det skjer skade på fosteret eller barnet i forbindelse med behandling under svangerskap. Oppgaven vil heller ikke behandle de tilfeller hvor det skjer en fødselsskade på barn, og mor eller far krever erstatning som følge av inntektstap ved at foreldrene må være hjemme fra arbeid for å ta seg av barnet. Videre faller erstatning for "wrongful life"- at barnet selv krever erstatning for at det ble født, utenfor oppgavens tema. Det er bred enighet i norsk juridisk teori om at barnet selv ikke kan kreve erstatning for "wrongful life".<sup>2</sup>

## **1.3 Vilkåret om skade i pasientskadeloven**

Det sentrale vilkåret er at det kan konstateres en pasientskade på mor som har ført til et erstatningsmessig tap. Det er fremhevet i forarbeidene til passkl. at utgangspunktet er at skadebegrepet skal forstås som i erstatningsretten ellers.<sup>3</sup>

I norsk rett er det en positiv og negativ avgrensning av skadevilkåret. Den positive avgrensningen knytter seg til at det må foreligge et økonomisk tap. Den negative avgrensningen av skadevilkåret innebærer at det ikke gis erstatning for endringer eller negative effekter på alle typer interesser. Nils Nygaard peker på at hva som er en negativ effekt eller konsekvens må avgjøres på normativt grunnlag. Det må vurderes ut fra generelle verdipremisser eller legislative hensyn om den aktuelle interessen er vernet.<sup>4</sup> At det må foretas en vurdering av om den påståtte negative effekten er

---

<sup>2</sup> Slått fast i blant annet LF-1996-1005.

<sup>3</sup> Ot.prp.nr.31 (1998-1999) punkt 10.6.

<sup>4</sup> Se Nils Nygaard. *Skade og ansvar* 6. utgåve. Universitetsforlaget. 2007 s. 59.

erstatningsrettslig vernet i norsk rett, medfører at økonomisk tap ikke alltid vil være tilstrekkelig til at det foreligger en pasientskade, jf. blant annet Steriliseringsdommen i Rt.1999.203.

Hva som skal anses som en pasientskade fremgår av passkl. § 1. I første ledd angis hvilke typer "skader" som kan knyttes til helsevesenet og helsepersonell. Ordlyden "skader" er vid. Uttrykket peker på en negativ effekt eller en negativ konsekvens.

I forarbeidene uttales det at en naturlig språklig forståelse av uttrykket "skade" er at det er skjedd noe som "ikke skulle ha skjedd".<sup>5</sup> En ordlydstolkning gir i seg selv ikke svar på hvilke typer skader som skjer i forbindelse med svangerskap, som omfattes av loven.

I passkl. § 1 første ledd, brukes uttrykket "skader" som en avgrensning til situasjoner knyttet til helsetjenesten.<sup>6</sup> Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å konstatere at det foreligger en "skade[...]" etter § 1 første ledd. For at skadevilkåret i loven skal være oppfylt må det være tale om en "pasientskade[...]" som kan knyttes til en av de situasjonene som nevnt i passkl. § 1 andre ledd. En forutsetning for å konstatere at det er skjedd en pasientskade, blir dermed at skaden er utført av helsepersonell og at den er skjedd under utførelsen av bestemte typer oppgaver som er tillagt helsepersonell.

#### **1.4 Ulike typer skader som kan oppstå etter medisinsk feilbehandling i forbindelse med svangerskap eller fødsel**

Det vil i det følgende foretas en nærmere konkretisering av ulike typer situasjoner som kan oppstå etter feilbehandling i forbindelse med svangerskap eller fødsel. Spørsmålet om erstatningsrettslig vern, vil senere i oppgaven behandles i følgende situasjoner.

Et tilfelle som vil behandles er krav som knytter seg til uønsket graviditet etter medisinsk feilbehandling i forbindelse med svangerskap. Spørsmål om erstatning kan for det første oppstå etter en mislykket abort. Dersom mor fullfører svangerskapet og det fødes et barn, kan det senere oppstå erstatningskrav som følge av den medisinske feilbehandlingen, til å dekke utgifter og forsørging av barnet. Det samme spørsmålet vil kunne oppstå etter et mislykket steriliseringsinngrep der svangerskapet gjennomføres og det fødes et barn. En annen situasjon som kan oppstå, er spørsmål om erstatning i tilfeller hvor det fødes et skadet barn etter mislykket sterilisering eller abort.

---

<sup>5</sup> NOU 1992:6 punkt. 4.4.1.

<sup>6</sup> Aslak Syse, Morten Kjelland og Rolf Gunnar Jørstad. (2011) s. 94.

Behandlingssvikt fra helsepersonell ved keisersnitt kan føre til fysisk og psykisk skade på mor. Keisersnitt er en behandling som i seg selv er forbundet med en viss risiko. Det er i de tilfellene hvor det skjer fysisk eller psykisk skade på mor etter den måten keisersnittet ble utført på, at det kan bli spørsmål om erstatningsansvar etter passkl.

Medisinsk feilbehandling i forbindelse med svangerskap og fødsel kan føre til psykisk skade på mor. Det kan oppstå spørsmål om erstatning for psykisk skade på mor i tilfeller hvor det skjer en informasjonssvikt i forbindelse med behandlingen av svangerskapet. Den skadesituasjon som ble behandlet av Høyesterett i Rt.2013.1689, knyttet seg til psykisk skade på mor etter informasjonssvikt om fostervannsprøve. Resultatet og begrunnelsen til Høyesterett vil drøftes senere i oppgaven.

En annen situasjon som vil drøftes er spørsmål om erstatning etter medisinsk feilbehandling, når feilen knytter seg til at helsepersonell var av den oppfatning at det var uforvarlig at kvinnen ble gravid. Slik kunnskap hos helsepersonell kan ha bakgrunn i ulike typer indikasjoner som tyder på svangerskapskomplikasjoner. Situasjonen er her at det skjer en informasjonssvikt, slik at kvinnen ikke blir informert om at hun kan bli utsatt for alvorlige svangerskapskomplikasjoner. Dersom kvinnen fullfører svangerskapet fordi hun ikke blir informert før det er for sent å ta abort, kan konsekvensen bli psykiske lidelser under graviditeten. Den psykiske lidelsen hos kvinnen kan oppstå som følge av redsel for å dø eller bli syk under svangerskap eller fødsel, eller frykt for at barnet blir skadet eller dør. Det kan også tenkes at mor påføres alvorlige fysiske skader på grunn av svangerskapskomplikasjonene.

## **1.5 Hensyn som gjør seg gjeldende i pasientskadesaker**

### **1.5.1 Alminnelige erstatningsrettslige hensyn**

At det skal ytes erstatning for pasientskade fra Norsk Pasientskadeerstatning når en pasient har vært utsatt for medisinsk feilbehandling, er begrunnet ut fra ulike grunnleggende hensyn. De hensynene som gjelder for alminnelig erstatningsrett, gjør seg også gjeldende på pasientskaderettens område.<sup>7</sup> Reparasjonshensynet og prevensjonshensynet er sentrale hensyn for hvorfor det skal ytes erstatning etter medisinsk feilbehandling som har ført til en pasientskade. At reparasjonshensynet og

---

<sup>7</sup> Aslak Syse, Morten Kjelland og Rolf Gunnar Jørstad. (2011) s. 26.

prevensjonshensynet er sentrale formål bak reglene om pasientskadeerstatning, er fremhevet i forarbeidene.<sup>8</sup>

Prevensjonshensynet gjør seg gjeldende på pasientskaderettens område ved at passkl. skal være skadeforebyggende. Trusselen om erstatningsansvar for medisinsk feilbehandling vil kunne være med på å motivere til forsiktighet hos helsepersonell.<sup>9</sup> I reparasjonshensynet ligger det at når det først er konstatert en pasientskade, skal erstatningsutbetaling dekke det økonomiske tapet som pasienten er påført. En del av begrunnelsen for reparasjonshensynet er læren om risikofordeling som erstatningsretten bygger på. Vurderingstema er hvem som er nærmest til å bære risikoen for den skaden som har oppstått. At risikobetraktninger er sentralt ved vurderingen av om det foreligger en pasientskade, kommer blant annet til uttrykk ved at passkl. gir rett til erstatning på objektive grunnlag. Ved personskader blir det sentrale hva som er skadeårsaken, mens skadevolders skyld blir mindre fremtredende.<sup>10</sup>

Hensynet til likebehandling av erstatningssakene gjør seg gjeldende på pasientskaderettens område. Nemndsystemet skal ivareta dette hensynet.<sup>11</sup> Videre skal pasientskadeordningen ivareta grunnleggende rettferdsforestillinger. Den pasient som er påført skade, bør kunne kreve det tapet som skaden har ført til, dekket av det norske helsevesenet.

Pulveriseringstanken er også et sentralt hensyn som ligger bak erstatningsreglene og pasientskadeordningen. Tanken er at samfunnet gir noen få utvalgte rett til erstatning etter sykdom eller skade som har rammet personene, dersom de har en skadevolder å forholde seg til. Det skjer en pulverisering av det økonomiske tapet, hvor de få som uheldigvis rammes av den generelle risikoen ved å opprettholde et helsevesen forbundet med risiko, tilkjennes erstatning.<sup>12</sup>

### **1.5.2 Hensynet til pasientsikkerheten**

I pasientskaderetten er hensynet til pasientsikkerheten helt sentralt. At dette hensynet er sentralt kan utledes av passkl. som ble utformet med sikte på ivareta hensynet til

---

<sup>8</sup> Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) punkt 3.3 s. 14.

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) punkt 3.3 s. 14.

<sup>10</sup> Se Nygaard (2007) s. 110.

<sup>11</sup> Aslak Syse, Morten Kjelland og Rolf Gunnar Jørstad. (2011). s. 80.

<sup>12</sup> Se mer i Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett* 6. utgave. Gyldendal norsk forlag AS 2009 s. 119 og 121.



pasientsikkerhet. Det ble lovfestet et objektivt ansvarsgrunnlag hvor subjektive unnskyldningsgrunner hos den som utførte behandlingen ikke er relevant for erstatningsspørsmålet.<sup>13</sup> Det objektive ansvarsgrunnlaget kommer til uttrykk i lovens § 2 bokstav a, hvor det fremgår at det kan kreves erstatning på grunn av pasientskade når skaden skyldes "svikt" ved ytelsen av helsehjelp. Ordlyden "svikt" peker på et avvik og at behandlingen ikke har vært tilstrekkelig. Det kan utledes av lovens ordlyd at ansvaret i pasientskadesaker trekkes lenger enn erstatning etter culpa-regelen i alminnelig erstatningsrett. Culpa-regelen krever at den som utførte handlingen burde ha forstått at behandlingsmåten ikke var tilstrekkelig. At ansvarsgrunnlaget i passkl. går lenger enn culpaansvaret er presisert i forarbeidene hvor det legges til grunn at terskelen for at vilkåret om "svikt" er oppfylt skal være lav, og at en i tvilstilfeller heller må sette terskelen for lavt enn for høyt.<sup>14</sup>

I saker hvor det påstås erstatning for skade som skjer i forbindelse med et svangerskap, vil andre hensyn enn de som er nevnt komme inn og påvirke erstatningsspørsmålet. Senere i oppgaven vil det redegjøres for grunnleggende hensyn i tilknytning til et fosters og et barns verd, som gjør at alminnelige erstatningsrettslige hensyn og hensynet til mors pasientsikkerhet ikke alene vil være avgjørende for erstatningsspørsmålet.

## **2 Kort om saksbehandlingen i pasientskadesakene**

Et særtrekk ved pasientskadeordningen er ordningen med de to underinstansene Norsk Pasientskadeerstatning, NPE og Pasientskadenemnda, PSN. De to underinstansene er uavhengige forvaltningsorganer underlagt Helse- og omsorgsdepartementet. Det fremgår av passkl. § 6, at NPE er ansvarlig for skade som kan kreves erstattet etter loven. Videre bestemmer passkl. § 9, at krav om erstatning for pasientskade skal meldes til NPE. Etter at saken er utredet hos NPE, treffes det vedtak om erstatning, jf. § 12. Forvaltningsloven gjelder for virksomheten til NPE, og avgjørelsen anses som et enkeltvedtak.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) punkt 11.4.2 s. 64.

<sup>14</sup> Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) punkt 11.4.2 s. 64.

<sup>15</sup> jf. passkl. § 14

Den som krever erstatning kan påklage et vedtak fra NPE til PSN.<sup>16</sup> Rent rettskildemessig representerer nemndsvedtakene en styrke ved at Nemnda er et bredt sammensatt og kompetent organ. En annen styrke er at det er mange likeartede saker som behandles, noe som gjør det lettere å oppfylle hensynet til likebehandling av erstatningskravene.<sup>17</sup>

Når endelig vedtak i PSN foreligger, kan den som krever erstatning bringe saken om erstatning etter passkl. videre inn for domstolene.<sup>18</sup> At erstatningskravet først må behandles i to underinstanser medfører at mange krav ikke bringes inn for domstolene. Nemndspraksis blir dermed en viktig rettskildefaktor for domstolene på pasientskaderettens område.

Det er selve erstatningskravet som er gjenstand for domstolenes prøvelse.<sup>19</sup> Dette innebærer at domstolene ikke følger de prinsipper for domstolsprøving som gjelder for forvaltningsvedtak for øvrig. Retten kan dermed prøve alle sider av saken fullt ut, også vedtakets mer skjønnsmessige sider.<sup>20</sup> Konsekvensen av at retten foretar en full prøving av saken, er at rettspraksis får stor betydning.

Ordningen med de to underinstansene skal legge til rette for en rask og effektivt behandling av pasientskadesakene. Kvalifiserte medlemmer i NPE og PSN gjør at det blir en raskere behandling av sakene. Praksis viser likevel at det i tvilsomme saker går en viss tid før pasienten får sitt erstatningsspørsmål endelig avgjort. Det kan vises til Rt.2013.1689, hvor kvinnen innga skademelding til NPE 22.07.08. Endelig dom i Høyesterett forelå ikke før 19.12.13.

### **3 Generelt om vilkårene for erstatning**

#### **3.1 Alminnelige erstatningsrettslige vilkår**

Alminnelige erstatningsvilkår må være oppfylt for krav på erstatning etter passkl. I tillegg til at det må foreligge en skade som har ført til et erstatningsmessig tap, må vilkårene om ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng være oppfylt.

---

<sup>16</sup> jf. passkl. § 15 første ledd

<sup>17</sup> Aslak Syse, Morten Kjelland og Rolf Gunnar Jørstad. (2011) s. 80.

<sup>18</sup> Passkl. § 18 første ledd

<sup>19</sup> Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) til § 18 s. 98.

<sup>20</sup> Aslak Syse, Morten Kjelland og Rolf Gunnar Jørstad. (2011) s. 173.

## 3.2 Ansvarsgrunnlaget i pasientskadeloven

### 3.2.1 Ansvarsgrunnlagets innhold og struktur

For at skade på mor som skjer i forbindelse med et svangerskap eller fødsel skal kunne kreves erstattet, må det påvises at helsevesenet var ansvarlig for feilbehandlingen.

Ansvarsgrunnlaget i passkl. har et annet innhold og struktur enn ansvarsgrunnlaget som gjelder for alminnelig erstatningsrett. Det er tre hovedtyper ansvarsgrunnlag som er særegen for passkl. Ansvarsgrunnlag kan påberopes på grunnlag av en svikt-regel<sup>21</sup> og noen regler om objektivt ansvar.<sup>22</sup> Tilslutt finnes en sikkerhetsventil for tilfeller der pasientskaden er særlig stor eller særlig uventet, og som ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere.<sup>23</sup>

Det kan utledes av forarbeidene til passkl. at ansvarsgrunnlaget var ment å gå lenger enn ansvarsgrunnlaget i alminnelig erstatningsrett. Her fremgår det at objektive lovregler vil innebære en utvidelse av forhold som er ansvarsbetingende i forhold til de alminnelige erstatningsreglene.<sup>24</sup> Siktemålet med å innføre objektive regler ved pasientskader var at flere handlingstyper skulle føre til ansvar enn etter alminnelige erstatningsregler. Reglene om skjerpet ansvar ved pasientskader gjør at hensynet til pasientsikkerheten styrkes. Selv om passkl. innebærer en utvidelse av de forhold som er ansvarsbetingende, fremheves det i forarbeider at handlingene til helsevesenet fortsatt må sammenliknes med det som er vanlig god praksis i vedkommende yrkesområde.<sup>25</sup>

Et annet særtrekk ved ansvarsgrunnlaget i passkl. er sammenhengen mellom ansvarsgrunnlaget og skadevilkåret. Pasientskadeordningen skal verne pasienter mot skader hvor det ut fra en risikobetraktning er mer nærliggende at helsevesenet må bære risikoen. I skadetilfeller hvor helsevesenet bør bære risikoen, vil hensynet til pasientens trygghet og tillitten til behandlingsapparatet, tale for erstatningsrettslig vern.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Passkl. § 2 bokstav a

<sup>22</sup> Passkl. § 2 bokstav b til d

<sup>23</sup> Passkl. § 2 tredje ledd

<sup>24</sup> Ot.prp.nr.31 (1998-1999) punkt 8.1 s. 34. Se også punkt 11.2 Utvalgets forslag.

<sup>25</sup> Se nærmere Ot.prp.nr.31 (1998-1999) punkt 11.4.2 s. 64.

<sup>26</sup> Sten Foyn, Anne Margrethe Lund og Ola Viken. *Pasienters rettsstilling*. Tano Oslo 1990. s. 232-233.

### 3.2.2 Får det objektiviserte ansvarsgrunnlaget betydning for anvendelsesområdet til skadevilkåret i passkl. § 1?

Det er uttalelser i forarbeidene som viser at ansvarsgrunnlaget i passkl. er av interesse ved fastleggingen av spørsmålet om hvilke typer skader som nyter erstatningsrettslig vern. Når det gjelder de forventninger som pasienter må kunne stille til helsevesenets behandling, uttaler Utvalget følgende:

”(...) en pasient må ha krav på at den behandling han eller hun blir underkastet, er den best mulige ut fra de gitte forutsetninger. Det er hvor behandlingen ikke har tilfredsstillet dette kravet, at skadefølgene bør være erstatningsbetingende. (...) Dette grunnsynet innebærer i utgangspunktet at dekningsområdet for en pasientskadeordning for det første må omfatte alle de skadetilfelle som kan føres tilbake til uaktsomhet fra helsevesenets side”.<sup>27</sup>

Uttalelsen kan forstås slik at dersom behandlingen ikke har vært tilstrekkelig ut fra visse forutsetninger, må skadefølgene føre til ansvar for helsevesenet. Selv om ansvarsgrunnlaget kan sies å få en viss betydning for hvilke skadefølger som er erstatningsbetingende, er det usikkert om dette fører til at *flere skadetyper* omfattes av passkl. enn alminnelig erstatningsrett.

På den ene siden kan det vises til at departementet sitt syn var at i utgangspunktet bør pasientskadeordningen følge de vanlige regler om hva som er et erstatningsmessig tap. Det vises til at i de fleste tilfeller vil det dreie seg om personskader.<sup>28</sup> Uttalelsen peker på at passkl. ikke innebar en utvidelse av de skadetyper som er vernet enn etter alminnelig erstatningsrett.

På den andre siden vil det strenge ansvarsgrunnlaget i passkl. tale for at skadevilkåret bør trekkes lenger dersom hensynet til pasientsikkerheten skal ivaretas på best mulig måte. Til støtte for dette synspunktet kan det vises til at det i erstatningsretten er en sammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og reglene om rekkevidden av det erstatningsrettslige vernet. Nils Nygaard viser til at i erstatningsretten vil graden av skyld få betydning for hvilke skader som må anses for å være erstatningsrettslig vernet. Nygaard viser blant annet til Bersagel-dommen i Rt.1960.357, hvor Høyesterett fant

---

<sup>27</sup> NOU 1992:6 Erstatning ved pasientskader punkt 9.3.1.

<sup>28</sup> Ot.prp.nr.13 (1998-1999) punkt 10.6.2 s. 55.

grunn til "å trekke grensen for de erstatningsmessige følger videre hvor det dreier seg om skyldansvar (....)" s. (359).<sup>29</sup> I dommen var det problematiske om skaden var innenfor rammen av det påregnelige. Den illustrerer likevel at ansvarsgrunnlaget vil få betydning for hvilke skader som er erstatningsrettslig vernet i norsk rett. En annen dom som illustrerer relasjonen mellom ansvarsgrunnlaget og den interessen som er skadet, er Kabeldommen i Rt.1955.872. Nygaard peker her på at den interessen som var truet, reelt sett var innebygget i ansvarsgrunnlaget.<sup>30</sup> At passkl. har regler om skjerpet ansvar tyder da på at rekkevidden av hvilke skader som er erstatningsrettslig vernet, vil utvides.

### **3.3 Vilkåret om årsakssammenheng mellom skaden og den medisinske feilbehandlingen som skjer i forbindelse med et svangerskap**

Vilkåret om årsakssammenheng krever at den skaden som kreves erstattet er en konsekvens av den feilbehandlingen som skjedde i forbindelse med svangerskapet. Rettspraksis og nemndspraksis i pasientskadesakene viser at vilkåret om årsakssammenheng ikke er det som oftest kommer på spissen i sakene hvor skaden knytter seg til svangerskap og fødsel.

Noe som gjelder for alle saker om krav på erstatning etter pasientskade, er at helsevesenet i utgangspunktet "må ta skadelidte som han er".<sup>31</sup> Prinsippet gjør seg gjeldende i erstatningssakene som knytter seg til svangerskap, ved at konkrete forhold ved kvinnens helsetilstand og familiesituasjon, må tas hensyn til ved behandlingen av svangerskapet.

## **4 Erstatningskrav for medisinsk feilbehandling når skaden knytter seg til mislykket sterilisering eller abort**

### **4.1 Det anses ikke som en "skade" at et barn blir født**

Ved medisinsk feilbehandling som fører til mislykket abort eller sterilisering har det skjedd noe som ikke skulle ha skjedd. Det skjer en uønsket fødsel. Rent språklig faller situasjonen inn under ordlyden "skader" i passkl. § første ledd.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Nygaard (2007) s. 379.

<sup>30</sup> Nygaard (2007) s. 368.

<sup>31</sup> jf. blant annet NOU 1992: 6 punkt 3.3.3.1.

<sup>32</sup> jf. tolkningen av uttrykket "skader" i NOU 1992:6 punkt. 4.4.1.

I NOU 1992:6 behandler utvalget skadevilkåret i passkl. og viser i den forbindelse til enkelte skadetyper som faller utenfor reglene. Synspunktene var begrenset til at kun fysiske skader ga grunnlag for erstatning. I tilfeller hvor en sterilisering eller abort mislykkes, men hvor det ikke fører til noen fysisk skade, men utelukkende at et barn blir født, vil det ikke kunne kreves erstatning. Det vises til at PSN har avvist krav om erstatning i slike saker fordi det ikke foreligger noen "skade", og det ikke i slike tilfeller bør ytes erstatning for utgiftene i forbindelse med oppfostring.<sup>33</sup>

Utvalget viser til de samme synspunktene ved de senere bemerkningene som knyttes til lovforslaget. Kommentarene til lovforslaget bygde på at også psykiske skader kunne gi grunnlag for erstatning.

"Utvalget vil presisere at skadebegrepet etter dette ikke omfatter krav som følge av at det blir født et barn hvis fødsel et inngrep skulle forhindre. Hvis for eksempel en sterilisering av en av ektefellene mislykkes, og de får et barn, vil utgiftene i forbindelse med fødselen og barnets oppfostring ikke falle inn under det som kan kreves erstatning for (...)"<sup>34</sup>

Utvalget uttaler at det i et slikt tilfelle ikke vil foreligge en personskaade. Kravet måtte eventuelt forfølges etter vanlige erstatningsregler, men utvalget fant ikke grunn til å gå nærmere inn på hvorvidt slike krav overhodet vil føre frem etter norsk rett.<sup>35</sup>

Departementet var enig med at oppfostringsutgifter ikke kan kreves erstattet etter passkl. og siterer uttalelsene fra utvalget. Det presiseres at krav fra foreldre om erstatning for oppfostringsutgifter som tapspost, ikke kan kreves erstattet etter passkl. når behandlingen gjelder mislykket steriliseringsinngrep.<sup>36</sup>

Det kan utledes av forarbeidene at skadebegrepet i passkl. ikke omfatter krav for oppfostringsutgifter og økonomisk tap etter mislykket sterilisering og abort.

---

<sup>33</sup> NOU 1992:6 punkt 4.4.1.

<sup>34</sup> Se mer i NOU: 1992:6 kapittel 13. Bemerkninger til de enkelte paragrafer. Til § 1.

<sup>35</sup> NOU: 1992:6 kapittel 13. Bemerkninger til de enkelte paragrafer. Til § 1.

<sup>36</sup> Se mer i Ot.prp.nr.31 (1998-1999). Til § 4 på s. 92.

## **4.2 Steriliseringsdommen har vært avgjørende i norsk rett for erstatningsspørsmål som knytter seg til uønsket fødsel**

### **4.2.1 Saksforholdet og begrunnelsen**

Steriliseringsdommen behandler nettopp det tilfellet som skisseres i forarbeidene. Problemstillingen var om en uønsket fødsel var en skade som hadde erstatningsrettslig vern i norsk rett. Dommen var avsagt før passkl. trådte i kraft. Rettslig utgangspunkt var skadeserstatningsloven. Dommen har likevel relevans for tilsvarende spørsmål etter passkl. ettersom skadevilkåret skal forstås som i erstatningsretten ellers.<sup>37</sup> Det resonnementet som Høyesterett bygde på, har vært sentralt for spørsmål om erstatning etter medisinsk feilbehandling i forbindelse med svangerskap i norsk rett.

Det var i saken foretatt steriliseringsinngrep på A som noen år senere ble far til et barn. A og barnets mor mente det var påvist uaktsomhet i forbindelse med steriliseringsinngrepet. De gikk derfor til søksmål med krav om erstatning for det økonomiske tapet som var påført som følge av utgifter til å forsørge barnet. Det økonomiske tapet knyttet seg til utgifter i forbindelse med bistand og tilstedeværelse under morens svangerskap og fødsel, og økonomisk tap lidt i forbindelse med oppfostring av barnet.<sup>38</sup> Høyesterett la til grunn at legen hadde utvist uaktsomhet. Videre forelå den nødvendige årsakssammenheng mellom uaktsomheten og den omstendighet at A 10 år senere ble far til et barn. Høyesterett konkluderte likevel med at tapet ikke hadde erstatningsrettslig vern etter norsk rett.<sup>39</sup>

Hvorvidt det forelå erstatningsrettslig vern av interessen i å få kompensasjon for de økonomiske konsekvensene av et mislykket steriliseringsinngrep, måtte vurderes ut fra grunnleggende hensyn og samfunnsverdier i norsk rett.

Høyesterett anerkjente at det kunne anføres argumenter både for og i mot erstatningsrettslig vern for uønsket svangerskap. Et argument det ble vist til var den store bredde i det erstatningsrettslige vern som norsk lovgivning og rettspraksis gir for interesser av økonomisk og ikke økonomisk art. Videre ble det vist til at spørsmålet om erstatning for økonomisk tap etter uønsket fødsel dreide seg om et verdivalg basert på

---

<sup>37</sup> Ot.prp. nr.31 (1998-1999) punkt 10.6.

<sup>38</sup> Rt.1999.203 s. 204

<sup>39</sup> Se mer i Rt.1999.203.

en tolkning av den alminnelige rettsfølelse. Høyesterett begrunnet resultatet om at interessen ikke hadde erstatningsrettslig vern slik:

”Etter mitt syn beror imidlertid avgjørelsen langt på vei på et verdivalg. Det er tale om en interesse som etter min mening ikke bør undergis vurdering med økonomiske mål. Jeg ser det som den beste løsning, i relasjon til barnets, foreldrenes og samfunnets interesser generelt vurdert, ikke å anerkjenne erstatningsrettslig vern for det krav som er reist i denne saken”.<sup>40</sup>

#### **4.2.2 Hva lå bak Høyesterett sitt verdimeslige standpunkt om at interessen ikke hadde erstatningsrettslig vern?**

Det ble avgjørende for Høyesterett at å tilkjenne erstatning for et barns fødsel ikke kunne forenes med en erstatningsrettslig tankegang ut fra et verdivalg. Høyesterett ga ikke noen redegjørelse for hva som lå i dette verdivalget. Ut fra Høyesterett sitt resonnement må det legges til grunn at det ikke var verdimeslig akseptabelt å anse et barn som en skade, og derfor forelå det ikke et erstatningsmessig tap. Respekten for menneskelivet, som er en grunnverdi i norsk rettsorden, satte grenser for erstatningsrettens anvendelsesområde som rettslig reguleringsmekanisme.

#### **4.2.3 Tre konkrete interesser satte grenser for det erstatningsrettslig vernet ved mislykket sterilisering**

Hensynet til barnet, foreldrene og samfunnets interesser generelt vurdert, var interesser som Høyesterett anså som relevante i avgjørelsen. Høyesterett kommer ikke med en begrunnelse for hvorfor resultatet var det beste ut fra hensynet til barnet, foreldrene og samfunnets interesser generelt vurdert. Ut fra de tre relasjonene som ble vektlagt, kan man anta at interesseavveiningen var basert på følgende begrunnelser.

Et avgjørende argument for Høyesterett var den konsekvensen det ville ha for barnet om foreldrene ble tilkjent erstatning. Et søksmål om erstatning for barnets fødsel og utgiftene i forbindelse med oppfostringen, kunne bli tolket som at foreldrene mente at barnet var uønsket. En erstatningsutbetaling ville da forsterke denne følelsen hos barnet. Interessen i å verne barnet mot å føle seg uønsket, talte mot erstatningsrettslig vern.

---

<sup>40</sup> Rt.1999.203 s. 207



Når det gjelder hensynet til foreldrene må begrunnelsen antakeligvis være det forhold at barn anses som et gode for foreldrene som oppveier de utgifter de blir påført i forbindelse med oppfostringen av barnet. Det Høyesterett trolig hadde i tankene var at dersom det gis erstatning for fødsel etter en mislykket sterilisering, kan det bidra til et uheldig forhold i relasjonen mellom foreldre og barn.

I Steriliseringsdommen kom Høyesterett til at hensynet til samfunnets interesser generelt vurdert, talte mot erstatningsrettslig vern etter et mislykket steriliseringsinngrep. Høyesterett trekker frem begrunnelsene om at "det må antas å stride mot den alminnelige rettsfølelse og tilkjenne erstatning" og at en erstatningsutbetaling vil "virke støtende på den alminnelige rettsfølelse".<sup>41</sup>

Antakeligvis er det som ligger bak begrunnelsen til Høyesterett at det ville blitt gitt uheldige signaler til samfunnet om det ble tilkjent erstatning. Et barns fødsel kan ikke undergis en vurdering med økonomiske mål. Høyesterett mente at dette er den oppfatningen som råder i samfunnet.

I tillegg til de tre konkrete interessene viste Høyesterett til at erstatningsrettens egnethet talte mot erstatning. Det ble slått fast i Steriliseringsdommen at oppfostringsutgifter for barn ikke kunne være gjenstand for en vurdering med økonomiske mål, jf. blant annet forarbeider og tidligere nemndspraksis. Høyesterett uttalte at "(...) det gir liten mening å reise vanlige erstatningsrettslige spørsmålsstillinger – for eksempel om plikt til å begrense tapet, eller om fradrag i erstatningen for fordeler som skadevoldelsen har medført for den skadelidte".<sup>42</sup>

#### **4.2.4 Var begrunnelsen til Høyesterett at en erstatningsutbetaling i realiteten ville stride mot kravet til ærbarhet i NL 5-1-2?**

Det kan stilles spørsmål om hvor Høyesterett hjemler de hensyn som begrenser det erstatningsrettslige vernet for mislykket sterilisering. Kan argumentasjonen til Høyesterett forstås slik at det ville stride mot prinsippet om ærbarhet i NL 5-1-2, om det ble tilkjent erstatning for mislykket sterilisering?

NL 5-1-2 gir uttrykk for prinsippet om at avtaler som strider mot ærbarhet er ugyldige. Prinsippet i NL 5-1-2 rekker imidlertid lenger enn at avtaler som strider mot ærbarhet

---

<sup>41</sup> Rt.1999.203 s. 207

<sup>42</sup> Rt.1999.203 s. 207

ikke er gyldige. Bestemmelsen gir uttrykk for at man ikke kan gi rettsvirkninger basert på juridiske begrunnelser som må baseres på premisser eller forutsetninger som strider mot ærbarhet. Det kan utledes av bestemmelsen at det ikke kan gis rettsvirkninger som strider mot grunnleggende prinsipper i vår rettsorden eller grunnleggende samfunnsverdier.

Spørsmålet blir om det ut fra argumentasjonen til Høyesterett var grunnleggende prinsipper i norsk rett som tilsa at mislykket sterilisering ikke hadde erstatningsrettslig vern, eller om resultatet var begrunnet ut fra rene samfunnsoppfatninger.

Høyesterett forankrer standpunktet om at det ikke foreligger erstatningsrettslig vern etter mislykket sterilisering med at en erstatningsutbetaling ville stride mot den alminnelige rettsfølelse.<sup>43</sup> Det kan imidlertid problematiseres om resultatet virkelig hadde støtte i den alminnelige rettsfølelse, slik at begrunnelsen har den demokratiske legitimitet som var ment av Høyesterett.

*Rettsfølelse* kan defineres som vurderinger av om, hvorfor og hvordan man skal reagere rettslig på ulike forhold i samfunnet. Rettsfølelsen sikter ofte til befolkningens rettsfølelse, men befolkningen generelt har verken innsikt i rettsreglene eller de konkrete sakene som kommer opp for domstolene eller andre forvaltningsinstanser.<sup>44</sup>

Høyesterett viser til at selv om praksis ikke har åpnet for erstatning i liknende tilfeller, står man "ikke [...] overfor noen enstemmig rettsoppfatning".<sup>45</sup> Det er heller ikke et entydig svar i norsk juridisk teori på om det kan tilkjennes erstatning. Ut fra argumentasjonen til Høyesterett er det altså ikke sikre holdepunkter for at det er en dokumentert rettsfølelse om at det ikke kan kreves erstatning for mislykket sterilisering.

Et argument mot at det er en dokumentert rettsfølelse som ikke belyses i dommen, er sammenhengen med den lovgivningen som regulerer de berørte interessene for øvrig. Nemlig at sterilisering er akseptert i det norske samfunnet som behandlingsmetode gjennom steriliseringsloven. Gjennom lovgivningen er det lagt til rette for å verne interessen i å selv velge om man ønsker barn eller ikke. At Høyesterett begrunner

---

<sup>43</sup> Rt.1999.203 s. 207

<sup>44</sup> Rettsfølelsen – en bog om straf og etik s. 15-27.

<sup>45</sup> Rt.1999.203 s. 207

resultatet ut fra den alminnelige rettsfølelsen, uten å vurdere hvordan befolkningen ser på interesser i tilknytning til sterilisering og familieplanlegging, kan derfor kritiseres.

#### **4.3 Steriliseringsdommens rekkevidde for senere saker**

Rettspraksis og nemndspraksis har fulgt opp Steriliseringsdommens resultat om at det ikke anses som en skade at et friskt barn blir født.<sup>46</sup> Det anses heller ikke som en skade at et barn med nedsatt funksjonsevne blir født etter et mislykket sterilisering- eller abortinngrep. Etter norsk rett er interessen i å velge om og når man skal få barn ikke erstatningsrettslig vernet.<sup>47</sup> Det vil i det følgende knyttes enkelte bemerkninger til rekkevidden av Høyesteretts argumentasjon. Vurderingstema blir om dommen kan legges helt ukritisk til grunn i alle saker om erstatning etter feilbehandling i forbindelse med svangerskap.

For det første kan det pekes på at Høyesterett legger til grunn at resultatet er det beste ut fra de tre hensynene, uten å drøfte det nærmere. Dette kan kritiseres ut fra det ansvaret Høyesterett har til å begrunne sine avgjørelser.

Videre foretar Høyesterett ikke en drøftelse av hva som ligger i verdivalget. At Høyesterett ikke drøfter hva som ligger i verdivalget er blitt kritisert i juridisk teori. Hans Petter Graver er kritisk til at Høyesterett kun nøyer seg med å uttale at det dreier seg om et verdivalg. Han uttaler at Høyesterett i Steriliseringsdommen synes "(...) å bygge på at det avgjørende for det erstatningsrettslige spørsmålet er verdistandpunkter som ikke er gjenstand for erkjennelse, men hvor man bare må treffe en beslutning ut fra de holdninger dommerne har og som dommerne mener er de toneangivende i samfunnet".<sup>48</sup>

Det må legges til grunn at Høyesterett sin holdning når det gjelder verdivalget, var at den rådende oppfatningen i samfunnet er at det å få et barn er en ubetinget gode. Det kan problematiseres om verdivalget som ble lagt til grunn, likevel burde vært drøftet ut fra andre viktige hensyn når det gjelder spørsmålet om erstatning for mislykket sterilisering eller abort.

---

<sup>46</sup> Se blant annet uttalelser i PSN-2010-40, PSN-2010-177 og PSN 2010 -925.

<sup>47</sup> Se LF-1996-1005 og PSN-2006-295. Se motsetningsvis Aslak Syse som synes å skille mellom barn som er født funksjonsfriske og barn som er født med en genetisk betinget funksjonshemming i "Abortloven, - Juss og verdier - " Gyldendal 1993. s. 132 flg.

<sup>48</sup> Se Hans Petter Graver. Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett. 2012 Årg. 9 Nr.1/2. Rettferdighet som juridisk argument – kan graviditet sammenlignes med en fysisk skade? s. 2.

Hensynet til samfunnet generelt sett er en av de interessene som Høyesterett mener taler mot erstatning. At samfunnet anser det å få et barn som en ubetinget gode, er nok ikke tvilsomt. Retten til liv er den mest grunnleggende av alle menneskeretter. I visse tilfeller vil imidlertid denne grunnverdien i norsk rett måtte avveies mot andre viktige hensyn. Et eksempel på dette er abortlovgivningen hvor hensynet til det ufødte liv som grunnverdi, er satt til side av hensyn til kvinners selvbestemmelse over eget liv. At kvinner har en rett til selvbestemmelse over eget liv, må også sies å være en grunnverdi i vår del av verden.<sup>49</sup>

Når det gjelder hensynet til barnet peker Høyesterett på at det vil være uheldig for barnet om foreldrene tilkjennes erstatning for barnets fødsel. Mot dette kan det innvendes at en erstatningsutbetaling for tilstedeværelse under svangerskap, fødsel og oppfostringsutgifter, ikke innebærer at barnet er uønsket etter det blir født. Graver peker på at det er mange tilfeller hvor barn i utgangspunktet ikke var ønsket. Det betyr likevel ikke at barna ikke blir elsket når de kommer, og at de vokser opp under trygge oppvekstvilkår.<sup>50</sup> I likhet med Graver peker Asbjørn Kjønstad på at hvorvidt barnet i utgangspunktet var uønsket, ikke vil være avgjørende for om foreldrene gir barnet kjærlighet og omsorg.<sup>51</sup> Det kan argumenteres for at dersom det tilkjennes erstatning, vil foreldrene i større grad ha mulighet til å gi barnet en trygg og god oppvekst. En erstatningsutbetaling vil kunne bidra til at foreldrene får bedre rammer for å ta seg av barnet, og dermed kunne oppleves som positivt for barnet.

En annen innvending mot å slå fast uten nærmere begrunnelse at hensynet til barnet stenger for erstatningsrettslig vern etter mislykket sterilisering eller abort, er at karakteren av vurderingstemaet vil være verdibasert og skjønnsmessig. Spørsmålet om erstatningsrettslig vern vil kunne utvikle seg etter hvert som tiden går og det kan tenkes at hensynet til barnet stiller seg annerledes i andre tilfeller. I noen saker vil nettopp hensynet til barnet kunne tale for den motsatte løsning. Graver stiller spørsmålet; "Hva hvis mor har barn fra før og dør under svangerskapet på grunn av komplikasjonen? Skal vi nekte barna rett til erstatning for tap av forsørger fordi legetabben var knyttet til

---

<sup>49</sup> Se mer i Henriette Sinding Aasen. Medisinsk teknologi mellom rett og moral. 1997. Utskrift fra Lovdata -04.02.2014 s. 36.

<sup>50</sup> Graver (2012) Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett. s. 3.

<sup>51</sup> Asbjørn Kjønstad. Erstatning ved "feilstått" familieplanlegging – særlig om utgifter til underhold av velskapt barn som fødes etter "mislykket" sterilisering eller abort. 1991, Lov og Rett, punkt 8.3 nr. (2).

sterilisering og at det kom et nytt barn til verden?”<sup>52</sup> Argumentet til Graver viser at hensynet til barnet ikke alltid vil tale for den løsning som Steriliseringsdommen la til grunn.

Når det gjelder hensynet til foreldrene vil et moment være relasjonen mellom barn og foreldre. At denne relasjonen er en viktig verdi er ikke tvilsomt. Hvorvidt erstatningsutbetaling påvirker relasjonen mellom barn og foreldre på en negativ måte, kan imidlertid være mindre klart. I Steriliseringsdommen ble det presisert fra foreldrenes side at de ikke anså barnet som en skade, men de økonomiske konsekvensene.<sup>53</sup>

I Steriliseringsdommen legger Høyesterett vekt på at det er problematisk å anlegge en erstatningsrettslig tankegang når det gjelder erstatningsutbetaling i forbindelse med fødselen av et barn. Det presiseres at det er en interesse som ikke bør undergis vurdering med økonomiske mål. At det vil knytte seg betenkeligheter med å verdsette et menneskeliv i penger, er klart. Det er likevel ikke nødvendigvis slik at erstatningsutbetalingen må foretas ut fra en slik beregning. Her peker blant annet Graver på at det er mulig å foreta en erstatningsrettslig beregning ut fra andre faktorer som kan føres tilbake til det mislykkede steriliseringsinngrepet. Det kan eksempelvis trekkes inn avbrutt utdanning, eller utgifter av ekstraordinær karakter knyttet til skader på mor eller barn som følge av fødselen.<sup>54</sup>

## **5 Krav om erstatning etter informasjonssvikt i forbindelse med et svangerskap**

### **5.1 Det fødes et skadet barn etter informasjonssvikt i forbindelse med svangerskapet**

En skadesituasjon som aktualiserer verdispørsmål som likner på de som kom opp i Steriliseringsdommen, er saker som gjelder informasjonssvikt i forbindelse med et svangerskap. I saker som gjelder informasjonssvikt i forbindelse med et svangerskap kan konsekvensen være at beslutningsgrunnlaget og muligheten for abort bortfaller for foreldrene. Dersom det fødes et skadet barn etter informasjonssvikt, kan det oppstå tap for foreldre på grunn av merutgifter og inntektstap som følge av at barnet ble født.

---

<sup>52</sup> Graver (2012) Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett. s. 4.

<sup>53</sup> Rt.1999.203 s.205

<sup>54</sup> Graver (2012) Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett s. 4.

Frostating Lagmannsrett behandlet i LF-1996-1005, spørsmålet om erstatningskrav for økonomiske utgifter når det fødes et skadet barn etter informasjonssvikt i forbindelse med svangerskapet. Avgjørelsen skiller seg fra vurderingen som ble foretatt i Steriliseringsdommen ved at den drøfter ulike hensyn opp mot hverandre, selv om standpunktet dreier seg om verdispørsmål. Problemstillingen i dommen var om foreldrene kunne kreve erstatning for unnlatt fostervannsprøve som ville avslørt at barnet hadde Downs syndrom. Kravet baserte seg på foreldrenes rett til å velge abort fremfor å få et barn med Downs syndrom. Foreldrene ble ikke tilkjent erstatning for merutgifter og inntektstap som følge av at barnet ble født.<sup>55</sup>

Flertallet i Frostating Lagmannsrett drøfter hvordan generelle samfunnshensyn får betydning for vurderingen om erstatningsrettslig vern av den aktuelle interesse. Det vises til at medisinske midler og inngrep gjør familieplanlegging mulig. Selv om samfunnet gjennom lovgivning har avveid kvinners interesse i å kunne regulere barnefødsler mot andre tungtveiende interesser som hensynet til det ufødte liv, er det ikke nødvendigvis slik at dette innebærer at kvinnen har rett på erstatning dersom retten krenkes.<sup>56</sup>

I likhet med Steriliseringsdommen vises det til de etiske betenkeligheter spørsmålet om erstatning reiser. At spørsmål om abort og abort på skadeindikasjon er omstridt, er argumenter som lagmannsretten mener taler mot erstatningsrettslig vern. Videre blir det lagt vekt på at det må skilles mellom situasjonen på valgtidspunktet for abort og etter at barnet er født. Etter at barnet er født må hensynet til barnet veie tyngst, slik at det vil være uheldig å tilkjenne erstatning for barnets eksistens. Lagmannsretten mente derfor det var en oppgave for lovgiver å vurdere om det skal åpnes for erstatning for den aktuelle interessen.<sup>57</sup>

## **5.2 Erstatningskrav for psykisk skade på mor etter informasjonssvikt i forbindelse med svangerskapet**

Den neste som vil vurderes er i hvilken utstrekning det kan kreves erstatning for *psykisk skade* på mor som oppstår etter informasjonssvikt i forbindelse med et svangerskap.

---

<sup>55</sup> LF-1996-1005

<sup>56</sup> LF-1996-1005

<sup>57</sup> LF-1996-1005

Ordlyden "skader" i passkl. § 1 første ledd, er generelt formulert og åpner dermed for at psykiske skader faller innenfor lovens anvendelsesområde. Det er slått fast i forarbeidene at skadebegrepet også omfatter psykiske skader på pasienten. Psykiske skader omfattes uavhengig av om de er en følge av fysisk skade eller ikke, så fremt de øvrige erstatningsvilkårene foreligger.<sup>58</sup>

Hvorvidt psykisk skade kan kreves erstattet etter feilbehandling som skjer forbindelse med et svangerskap, beror da på om skaden har ført til et erstatningsmessig tap som er vernet etter norsk rett. Dette spørsmålet kom opp til behandling i Høyesterett i Rt.2013.1689.

### **5.3 Avgjørelsen i Rt.2013.1689**

#### **5.3.1 Historikken i saken**

Saken gjaldt spørsmål om erstatning for psykisk skade etter mangelfull diagnostisering og veiledning under svangerskapet. Da kvinnen ble gravid vurderte hun det slik at dersom fosteret ikke var funksjonsfrisk, ønsket hun å benytte seg av retten til selvbestemt abort. Bakgrunnen var at kvinnen og hennes samboer allerede hadde en krevende omsorgsbelastning for to tvillinggutter som ble født prematurt i femte måned. Guttene hadde som følge av den tidlige fødselen nedsatt syn, hørsel og motorikk. Kvinnen var også mor til en jente som hadde normal helsesituasjon. På bakgrunn av omsorgsbelastningen som samboerparet allerede hadde, anså de det som umulig å ta hånd om et funksjonshemmet barn. Foreldrene ba derfor om å få undersøkt fosteret, men ble ikke tilbudt fostervannsdagnostikk. Det manglende tilbudet om fostervannsdagnostikk utgjorde en svikt fra helsevesenets side. Undersøkelsen ville påvist at fosteret hadde Downs syndrom. Det var derfor ikke tvilsomt at det forelå ansvarsgrunnlag etter passkl. § 2 første ledd, bokstav a.

Problemstillingen var om det kunne anses som en "pasientskade" at kvinnen var påført psykisk lidelse etter mangelfull diagnostisering og veiledning under svangerskapet, jf. passkl. § 2 første ledd.

Diagnosen til kvinnen ble slått fast til å være en psykisk lidelse i form av en generalisert angstlidelse med tilbakevendende depresjoner. Det ble lagt til grunn av Høyesterett at

---

<sup>58</sup> Ot.prp.nr.31 (1998-1999) punkt 10.6.

det var sannsynliggjort at kvinnens psykiske lidelse var en følge av avslaget på fostervannsdagnostikk kombinert med den etterfølgende usikkerhet rundt fosterets tilstand, og traumatiseringen etter at det viste seg at barnet hadde Downs syndrom.<sup>59</sup> Før svangerskapet hadde kvinnen vært i full jobb, men omsorgsbelastningen som knyttet seg til å ta vare på datteren med Downs syndrom, ble så krevende at kvinnen måtte slutte i arbeid. Det ble fremholdt for Høyesterett at det ikke var sannsynlig at kvinnen ville kunne komme tilbake i arbeid igjen.<sup>60</sup> Det forelå altså et økonomisk tap. Flertallet konkluderte likevel med at det ikke forelå en pasientskade. I det følgende vil flertallets og mindretallets begrunnelse analyseres. Tilslutt vil argumentasjonen til flertallet problematiseres ut fra betraktninger knyttet til rettskilde- og metodelære.

### 5.3.2 Flertallets metodiske strategi

Høyesterett la til grunn at vilkåret om ”skader” i passkl. § 1 måtte forstås slik at den psykiske skaden på kvinnen var omfattet av bestemmelsens ordlyd, jf. forarbeider.<sup>61</sup> Flertallet viste likevel til at den psykiske skaden som kvinnen var påført hadde ”nær tilknytning til fødselen av et barn med Downs syndrom”.<sup>62</sup> Det måtte da foretas en nærmere vurdering av om den psykiske skaden hadde erstatningsrettslig vern.

Da dommen ble avsagt var det ikke noen rettskilder som direkte tok stilling til det aktuelle spørsmålet. De rettskildene som forelå var forarbeidsuttalelser og rettspraksis som tok stilling til spørsmål om erstatning for et barns fødsel etter mislykket sterilisering eller abort. Den foreliggende saken gjaldt imidlertid psykisk skade på mor som følge av at et barn ble født. Flertallet fant likevel det slik at det var holdepunkter i disse rettskildene for at den psykiske lidelsen ikke hadde erstatningsrettslig vern. Til støtte for dette synspunktet ble det pekt på at rettskilder som belyser rekkevidden av det erstatningsrettslige vernet ved uønsket fødsel etter medisinsk feilbehandling, også måtte ha relevans i denne sammenhengen.

Flertallet finner støtte i uttalelsen fra NOU 1992:6 s. 90 som var begrenset til fysisk skade, om at skadebegrepet ikke omfatter ”krav som følge av” at det blir født et barn, til tross for at inngrep skulle forhindre det. Det erkjennes at utvalget først og fremst har

---

<sup>59</sup> Rt.2013.1689 avsnitt 33

<sup>60</sup> jf. anførselene til kvinnen i LG-2012-111628.

<sup>61</sup> Rt.2013.1689. avsnitt 33 og 34.

<sup>62</sup> Rt.2013.1689 avsnitt 35



hatt i tankene krav om erstatning for utgiftene til et barns oppfostring. Likevel legges det til grunn at den aktuelle psykiske skaden i vid forstand må anses for å være en følge av en slik fødsel som skisseres i forarbeider.<sup>63</sup> Rekkevidden til uttalelsen i forarbeidene som gjelder uønsket fødsel, strekkes altså til å gjelde tilfellet med psykisk skade. Flertallet begrunner dette med at det er store faktiske likheter mellom det typetilfellet som skisseres i forarbeider og rettspraksis, og det typetilfellet som vurderes i den aktuelle saken. At bakgrunnen for den psykiske lidelsen hos mor kan knyttes til medisinsk behandling av helsevesenet som ville forhindret fødselen, mener flertallet har store likhetstrekk med erstatning for et mislykket steriliseringsinngrep. Flertallet retter fokuset vekk fra den psykiske skaden på mor, og trekker frem likheter som tilfellet har med et mislykket steriliserings- eller abortinngrep.

Steriliseringsdommens resultat og begrunnelse blir et avgjørende argument for at kvinnens psykiske skade ikke har erstatningsrettslig vern. Flertallet i Rt.2013.1689 er enig med det som legges til grunn i Steriliseringsdommen om at krav som alene er begrunnet med at det blir født et friskt barn etter et inngrep som skulle forhindret fødselen, ikke har erstatningsrettslig vern. I likhet med Steriliseringsdommen fremhever flertallet i Rt.2013.1689, erstatningsspørsmålets karakter. Flertallet i Rt.2013.1689 uttaler følgende om erstatningsspørsmål som knytter seg til at det fødes et friskt barn etter mislykket sterilisering eller abort:

”Standpunktet beror på et verdivalg – det er tale om en interesse som ikke bør undergis vurdering med økonomiske mål”.<sup>64</sup>

Dette standpunktet finner flertallet i Rt.2013.1689, at også må legges til grunn etter mislykket sterilisering eller abort, når det blir født barn med nedsatt funksjonsevne. Begrunnelsen til flertallet er at norsk lovgivning bygger på at alle menneskeliv er like verdifulle.<sup>65</sup> Selv om kravet som ble gjort gjeldende ikke var at det var født et barn med Downs syndrom og de økonomiske konsekvensene av dette, mener flertallet at det ikke

---

<sup>63</sup> Rt.2013.1689 avsnitt 38

<sup>64</sup> Rt.2013.1689 avsnitt 30

<sup>65</sup> Se Rt.2013.1689 avsnitt 31 hvor det uttales at norsk lovgivning bygger på at alle menneskeliv er like verdifulle. Som rettslig grunnlag vises det til straffeloven § 135a, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven §1, bioteknologiloven § 1-1 og Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 27.

kan være erstatningsrettslig vern for en psykisk skade som har så nær tilknytning til fødselen av et barn.<sup>66</sup>

### **5.3.3 Det avgjørende for flertallets resultat**

Det utslagsgivende argumentet var uttrykket i forarbeider om at "krav som følge av" at det blir født et barn, selv om medisinsk behandling skulle forhindret dette, ikke har erstatningsrettslig vern.<sup>67</sup> Uttalelsen måtte etter flertallets syn tolkes slik at en psykisk skade som oppstår etter feilbehandling i forbindelse med et svangerskap, ikke har erstatningsrettslig vern. Flertallet bruker her en generell uttalelse fra forarbeider og gir den prinsipiell betydning. Ut fra argumentasjonen til Høyesterett tyder det på at alle krav som på noen måte kan knyttes til at det blir født et barn, ikke har erstatningsrettslig vern.

Steriliseringsdommens verdibaserte begrunnelse var også sentral for flertallet. Det trekkes frem at de hensyn Steriliseringsdommen bygger på, vil undergraves dersom kvinnen tilkjennes erstatning for sin psykiske skade. Et av de hensyn som særlig vektlegges, er hensynet til barnet. Det ble begrunnet med at for barnet vil det kunne oppleves som en belastning å bli ansett som en "skade" som gir grunnlag for erstatning, enten barnet er friskt eller funksjonshemmet.<sup>68</sup> Hensynet til at det kan være vanskelig å avgrense i hvilke tilfeller de psykiske plagene ligger i behandlingssvikten eller barnets eksistens, trekkes også frem.<sup>69</sup>

### **5.3.4 Mindretallets begrunnelse**

Mindretallet mener på sin side at den generelle uttalelsen "krav som følge av" i NOU 1992:6 side 90, ikke kan leses helt isolert, men må leses i sin språklige kontekst. Det typetilfellet som skisseres i forarbeidene er utgifter i forbindelse med fødselen og barnets oppfostring. Forarbeidsuttalelsen begrenser derfor ikke etter mindretallets syn skadevilkårets rekkevidde når det gjelder psykisk skade som følge av svikt i helsehjelpen i forbindelse med familieplanlegging.<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> Rt.2013.1689 avsnitt 36

<sup>67</sup> NOU 1992:6 punkt 4.4.1

<sup>68</sup> Rt.2013.1689 avsnitt 38

<sup>69</sup> Rt.2013.1689 avsnitt 39

<sup>70</sup> Rt.2013.1689 avsnitt 48

Basert på Steriliseringsdommens begrunnelse var mindretallet uenig i rekkevidden av prejudikatet i dommen. Mindretallet legger vekt på at de faktiske forhold er annerledes ved spørsmålet om erstatning for mors psykiske skade, enn det som var tilfellet i Steriliseringsdommen. Begrunnelsen for at det ikke kan kreves erstattet oppfostringsutgifter for et uønsket barn, gjør etter mindretallets oppfatning ikke seg gjeldende på samme måte ved spørsmål om erstatning for mors psykiske skade.

Når det gjelder drøftelsen av hensynet til barnet, mener mindretallet at det neppe vil være problematisk for barnet om mor tilkjennes erstatning. "Hvorvidt barnet etter hvert blir klar over at det var uønsket på grunn av familiens vanskelige livssituasjon, påvirkes neppe i vesentlig grad av om mor ytes erstatning eller ikke".<sup>71</sup>

Ettersom mindretallet legger avgjørende vekt på at de faktiske forholdene i den aktuelle saken er annerledes enn i Steriliseringsdommen, kan ikke erstatning sees som undergraving av respekten for det fødte liv. Det ble fremhevet at det er mors helseskade som kreves dekket.<sup>72</sup> Mindretallet vurderer den livssituasjonen moren kom i etter behandlingssvikten, og ikke det forhold at det gjelder fødselen av et barn med nedsatt funksjonsevne. Etter mindretallets mening ville spørsmålet om psykisk skade etter feilbehandling, ikke stilt seg annerledes dersom det ble født et frisk barn etter en mislykket abort. Også i et slikt tilfelle må det avgjørende være at svikt i helsevesenet har ført til psykisk skade.<sup>73</sup>

Mindretallet vurderte det også slik at hensynet til foreldrene i det konkrete tilfellet talte for erstatningsrettslig vern. Det uttales at den livssituasjonen som kvinnen var i, gjorde at manglende tilbud om fostervannsdagnostikk var en svikt i helsehjelpen. Deretter vises det til retningslinjene i rundskriv IS-23/2004, hvor gjeldende indikasjoner for fostervannsdagnostikk omtales:

"Det fremgår videre at i spesielle tilfeller kan kvinner eller par som er i en vanskelig livssituasjon, og som mener at de ikke vil klare den ekstra belastning et funksjonshemmet barn kan medføre, kan få tilbud om fostervannsdagnostikk".<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> Rt.2013.1689 avsnitt 51

<sup>72</sup> Rt.2013.1689 avsnitt 51

<sup>73</sup> Rt.2013.1689 avsnitt 50

<sup>74</sup> Rt.2013.1689 avsnitt 49

Når denne behandlingen sviktes av helsevesenet vil erstatning kunne gjøre foreldrene i stand til å ta bedre vare på barnet. Hensynet til økonomisk kompensasjon for det tap foreldrene har lidt, taler for å tilkjenne foreldrene erstatning.

I motsetning til flertallet ser mindretallet hen til helheten i lovverket. Det legges vekt på formålet med bestemmelsen om fostervannsdagnostikk, og at kvinnen klart var omfattet av de tilfeller hvor fostervannsdagnostikk bør gis. Den sammenhengen som eksisterer mellom ansvarsgrunlaget og skadevilkåret på pasientskaderettens område, talte dermed for erstatning.

Det er enighet mellom flertallet og mindretallet om at respekten for det fødte livet er et grunnleggende hensyn i norsk rett. Flertallet og mindretallet har imidlertid ulikt syn på hvorvidt hensynet setter begrensinger for om det kan tilkjennes erstatning. Mindretallet bruker faktum på en annen måte, og legger avgjørende vekt på at det ikke er barnets fødsel i seg selv som utløser det økonomiske tapet. Begrunnelsen til mindretallet for å tilkjenne erstatning er ikke at respekten for det fødte liv måtte vike for mors interesser, men det legges vekt på morens totale livssituasjon etter behandlingen i helsevesenet.

#### **5.4 Kvaliteten på argumentasjonen i Rt.2013.1689 kan problematiseres ut fra alminnelige betraktninger om rettskilde – og metodelære**

##### **5.4.1 Flertallets bruk av forarbeider**

I Rt.2013.1689 blir et avgjørende argument den nevnte uttalelsen i NOU 1992:6 på s. 90, om at "skadebegrepet (...) ikke omfatter krav som følge av at det blir født et barn hvis fødsel et inngrep skulle forhindre".

Flertallet erkjenner at utvalget først og fremst har hatt i tankene krav om erstatning for utgiftene til et barns oppfostring. Det pekes likevel på at uttrykket "krav som følge av" at det fødes et barn etter et mislykket inngrep, har en videre rekkevidde.<sup>75</sup> Den psykiske skaden som kvinnen var påført, mener flertallet at i vid forstand må sies å være en følge av en slik fødsel.<sup>76</sup>

Flertallet anser uttalelsen fra forarbeider som så avgjørende at den begrenser rekkevidden av det erstatningsrettslige vernet ved psykiske skader, selv om psykiske

---

<sup>75</sup> Rt.2013.1689 avsnitt 27

<sup>76</sup> Rt.2013.1689 avsnitt 38

skader omfattes av ordlyden av skadebegrepet i passkl. § 1. I realiteten foretar flertallet en ordlydstolkning av et uttrykk i forarbeider til støtte for sitt synspunkt. Det kan innvendes at det vil være mindre grunn til språklig fortolkning av et verdistandpunkt på detaljnivå i forarbeider, enn ved andre typer uttalelser om gjeldende rett. Konsekvensen av å tillegge det generelle uttrykket prinsipiell betydning, er at flertallet legger mye i lovgivers gjennomtenkning av et verdispørsmål på et tidlig stadiet av lovgivningsprosessen. Uttalelsen i forarbeidene er først og fremst en uttalelse basert på det som var datidens gjeldende rett. Det er et verdispørsmål som vil kunne endre seg etter hvert som tiden går. Flertallet kan derfor kritiseres for legge mer i lovgivers gjennomtenkning av verdispørsmålet, enn det som var meningen fra lovgivers side. Når flertallet kun vender blikket tilbake og ser på hvordan lovgiver har tatt stilling til like verdispørsmål, blir det ikke tatt hensyn til om det har funnet sted en rettspolitisk utvikling siden den gang. Det kan derfor argumenteres for at flertallet i større grad ville ivarettatt hensynet til demokratisk legitimitet ved å la spørsmålet om erstatning for den psykiske skaden være noe som det var opp til lovgiver å ta stilling til.

For å støtte opp om utvalgets uttalelser av skadevilkåret i NOU-en viser flertallet videre til at i Ot.prp.nr.31 (1998-1999) på s. 92, slutter departementet seg til utvalgets vurderinger av skadebegrepet. Departementet viser til utvalgets uttalelse om skadebegrepets begrensninger når det gjelder spørsmålet om erstatning ved mislykket sterilisering. Departementet finner ikke grunn til å ha andre løsninger enn utvalget på spørsmålet om foreldre etter mislykket steriliseringsinngrep kan kreve oppfostringsutgifter dekket som tap etter pasientskadeordningen.<sup>77</sup> Flertallet viser her til at departementet tilføydde at "det ikke [er] grunn til å ha andre løsninger i pasientskadeloven enn erstatningsretten for øvrig på dette punktet".<sup>78</sup>

Utvalget og departementet er altså enige i forarbeidene om at det etter mislykket steriliseringsinngrep ikke kan kreves *oppfostringsutgifter* dekket som tap etter passkl. Forarbeidene sier ikke noe om hvordan tap av annen art enn oppfostringsutgifter i forbindelse med mislykket sterilisering skal behandles.

Etter dette kan det ikke uten videre legges til grunn at departementet hadde det samme synet som utvalget på spørsmålet om *skadevilkåret* setter begrensninger for om det kan

---

<sup>77</sup> Ot.prp. nr.31 (1998-1999) til § 4 s. 92.

<sup>78</sup> Rt.2013.1689 avsnitt 28

tilkjennes erstatning. Departementet drøfter spørsmålet under selve tapsutmålingen, og ikke under vilkåret om skade. Det er fastsettingen av hvilket tap pasienten har lidt som drøftes. Uttalelsen må leses i sammenheng med den konteksten den fremgår i. Av forarbeidsuttalelsen kan det da utledes at departementet mente å slutte seg til at oppfostringsutgifter i forbindelse med mislykket sterilisering, ikke er en tapspost som dekkes av pasientskadeordningen. Det vil følgelig være mindre grunn til å legge vekt på uttalelsen som en begrensning for spørsmålet om erstatning ved psykisk skade, når feilbehandlingen skjer i forbindelse med et svangerskap.

#### **5.4.2 Flertallets tolkning og anvendelse av Steriliseringsdommen**

Flertallet i Rt.2013.1689 viser til at Steriliseringsdommen ikke sier noe om spørsmålet om erstatning når barnet som blir født har nedsatt funksjonsevne. Selv om Steriliseringsdommen ikke direkte tok stilling til det aktuelle spørsmålet, ble det vist til at løsningen måtte være den samme. Flertallet viser til uttalelsen i Steriliseringsdommen om at "[det] må tas i betraktning at de faktiske forhold i forbindelse med et uønsket svangerskap kan være svært forskjellige og ofte medføre betydelige problemer".<sup>79</sup> Denne uttalelsen bruker flertallet som støtteargument for at det samme må gjelde ved andre skadetilfeller med et litt annet faktum. Måten flertallet bruker uttalelsen som argument for at den samme løsning må legges til grunn i det aktuelle tilfellet, kan likevel kritiseres. Rent språklig og isolert sett kan uttalelsen like gjerne tolkes som et forbehold om dommens senere prejudikativ virkning. Det kan utledes av argumentet at i andre situasjoner vil konkrete forhold kunne tale for at skaden har erstatningsrettslig vern, selv om skaden knytter seg til et uønsket svangerskap. Argumentet taler for at det åpnes for at de konkrete forhold i forbindelse med et svangerskap, inngår i vurderingen av om det foreligger erstatningsrettslig vern.

Videre kan det pekes på at måten flertallet begrunner prejudikatverdien av Steriliseringsdommen overført til den aktuelle saken, ikke er i tråd med alminnelige tolkningsprinsipper for hvordan dommer skal tolkes. Ved parallelltolkning er det likhet i faktum mellom dom nr. 1 og dom nr. 2 som taler for at resultatet bør være det samme.<sup>80</sup> Flertallet bruker imidlertid uttalelsen i Steriliseringsdommen som et argument for prejudikatsverdi i andre tilfeller hvor det ikke er likhet i faktum. Steriliseringsdommen

---

<sup>79</sup> Se uttalelsen i Rt.1999.203 s. 207 som flertallet drøfter i Rt.2013.1689 avsnitt 31.

<sup>80</sup> Nils Nygaard. *Rettsgrunnlag og standpunkt 2* utgåve. Universitetsforlaget 2004. s. 81.

får da større rekkevidde for viktige spørsmål om erstatningsrettslig vern, enn det som var meningen fra Høyesterett sin side.

Flertallet i Rt.2013.1689 fant videre at hensynene bak de prinsipper som er utviklet rundt krav om erstatning for uønsket fødsel, slår til med samme tyngde på problemstillingen om erstatning for psykisk skade etter feilbehandling i forbindelse med svangerskap. Flertallet peker på at "[d]ersom det åpnes for erstatning for skade på mor i slike tilfeller, kan det bidra til å undergrave de hensyn som Steriliseringsdommen bygger på".<sup>81</sup> Det kan innvendes at Høyesterett burde diskutert om de verdi- og samfunnsspørsmål som Steriliseringsdommen bygger på, fortsatt gjør seg gjeldende i dag. I det følgende vil hensynene i Steriliseringsdommen drøftes opp mot tilfellet i Rt.2013.1689, for å vurdere om hensynene slår til med samme tyngde på tilfellet med psykisk skade.

Det første spørsmålet blir om hensynet til at barnet ikke skal føle seg uønsket, taler mot erstatningsrettslig vern ved psykisk skade på mor. I tilfeller hvor det ikke er barnets eksistens det kreves erstatning for, men psykisk skade i forbindelse med et svangerskap, bør dette hensynet ha mindre vekt. Det kan argumenteres for at barnet ikke i like stor grad vil kunne føle seg uønsket dersom moren tilkjennes erstatning for sin psykiske skade. Det erstatningsrettslige tapet vil i disse tilfellene ikke direkte være kostnader knyttet til barnets eksistens. Det økonomiske tapet knytter seg til den usikkerheten som behandlingen i helsevesenet påførte kvinnen, og hennes vanskelige livssituasjon. Det var nettopp denne situasjonen som kunne begrunnet en senabort etter retningslinjene om fosterdiagnostikk. At hensynet til barnet skal stenge for erstatningsrettslig vern i alle saker som gjelder behandlingssvikt i forbindelse med svangerskap, kan argumenteres for å være lite i tråd med utviklingen i samfunnet for øvrig.

Dersom hensynet til barnet drøftes konkret opp mot det tilfellet som var oppe for Høyesterett i Rt.2013.1689, kan det videre pekes på at saken allerede hadde vært behandlet i mange instanser over en lengre periode. Det var gått fem år siden saken startet i NPE, før den kom til Høyesterett. Det kan også vises til at kvinnen vant fram med sitt erstatningskrav både for tingretten og lagmannsretten. Dersom barnet skulle

---

<sup>81</sup> Rt.2013.1689 avsnitt 39

være i stand til å forstå hva søksmålet gjaldt, ville nok hele behandlingen i rettsapparatet totalt sett være det utslagsgivende for om barnet ville føle seg uønsket.

I Steriliseringsdommen anså Høyesterett det som uheldig av hensyn til foreldrene om erstatning skulle tilkjennes etter mislykket sterilisering. Å verne relasjonen mellom foreldre og barn og at barn anses som en ubetinget gode, var her utslagsgivende. At mor får erstatning for sine psykiske plager vil i mindre grad kunne sies å svekke relasjonen mellom barn og foreldre. I Rt.2013.1689 kan hensynet til foreldrene tvert imot være et argument som taler for at interessen bør ha erstatningsrettslig vern. Uten erstatning vil foreldrene ha dårligere økonomiske rammevilkår, som vil gjøre det vanskeligere for dem å ta seg av barnet.

Det tredje hensynet som ble vektlagt i Steriliseringsdommen var samfunnets interesser i at det ikke bør tilkjennes erstatning for oppfostringsutgifter etter mislykket sterilisering. For flertallet i Rt.2013.1689, ble det dermed avgjørende at ved krav som var nært tilknyttet til fødselen av et barn, ville utbetaling av erstatning gi uheldige signaler i samfunnet. I det følgende vil det drøftes om den samfunnsoppfatningen som flertallet la til grunn i Rt.2013.1689, er i tråd med dagens samfunnsoppfatning.

#### **5.4.3 Verdibetraktninger som knytter seg til erstatningsspørsmålet**

Når det gjelder samfunnets interesse i at det ikke tilkjennes erstatning for psykisk skade etter feilbehandling i forbindelse med et svangerskap, kan det være mindre klart hva som er det rådende synet i samfunnet, enn når det gjelder krav om oppfostringsutgifter for et barns fødsel. Flertallet i Rt.2013.1689 legger til grunn som den rådende oppfatningen i samfunnet at interessen ikke har erstatningsrettslig vern, uten å drøfte og tydeliggjøre hva som virkelig er den alminnelige rettsfølelsen. At lekdommere i tingretten og lagmannsretten kom til motsatt resultat, peker på at rettsfølelsen i det norske samfunnet i så fall ikke er helt entydig.

Det er kritikkverdig at Høyesterett ikke drøfter verdioppfatninger, men kun vender seg tilbake og ser på hvordan like verdispørsmål har vært løst i tidligere rettspraksis. Debatten om reservasjonsrett for leger er et eksempel på et verdispørsmål som skapte stort engasjement i den norske befolkningen. Debatten rundt det omstridte forslaget markerer at det ikke er mulig å ta et endelig standpunkt til verdispørsmål, slik som Høyesterett gjorde i Rt.2013.1689. Videre kan debatten tale for at den



verdioppfatningen som Høyesterett la til grunn i Rt.2013.1689, ikke nødvendigvis er i takt med den norske rettsfølelsen. Forslaget gikk ut på at leger skulle kunne reservere seg mot å henvise en pasient til abort og visse typer prevensjon. I en artikkel fra Aftenposten blir forslaget om legers reservasjonsrett omtalt som vikeplikt for kvinners rettigheter. Det fremheves i artikkelen at dersom man åpner for at kvinners rettigheter må vike, avviser man på sett og vis alt abortloven bygger på. I artikkelen heter det blant annet:

”Spørsmålet om reservasjonsretten er ikke hypotetisk eller praktisk, det er i aller høyeste grad også prinsipielt – for ikke å si ”et ekte etisk dilemma”. Det er dessverre nokså typisk at når ulike typer rettigheter står i et motsetningsforhold, er det kvinnene som må vike”.<sup>82</sup>

Reservasjonsretten ble ikke innført på bakgrunn av det engasjementet debatten skapte i samfunnet. Spørsmålet om erstatningsrettslig vern bør også følge den utviklingen som gjelder i samfunnet for øvrig. Viktige verdispørsmål må derfor drøftes.

Den lovgivningen som eksisterer når det gjelder behandling i tilknytning til et svangerskap, utgjør en del av drøftelsen hva som er den rådende oppfatningen i samfunnet i dag. Rettspolitiske betraktninger om abortlovgivningen og reglene om fostervannsdagnostikk er relevant for spørsmålet om det bør være et erstatningsrettslig vern for psykisk skade som oppstår når undersøkelsen og grunnlaget for abort svikter. Regler om fostervannsdagnostikk og abortlovgivningen aktualiserer de typer verdispørsmål som spørsmålet om erstatningsrettslig vern reiser.

Fostervannsdagnostikk defineres i lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi (biotl.) § 4-1, som undersøkelse av føtale celler, foster eller gravid kvinne for å informasjon om genetisk sykdom eller utviklingsavvik hos fosteret. Undersøkelsen skal gi trygghet i svangerskapet for gravide, som ut fra sin samlede situasjon anser det som usikkert om familien vil være i stand til å ta ansvaret for et barn med alvorlig utviklingsavvik. Fostervannsdagnostikk gis i tilfeller hvor risikoen for at barnet har alvorlig sykdom eller skade er større enn normalt.<sup>83</sup> Dersom undersøkelsen viser at

---

<sup>82</sup> <http://www.aftenposten.no/mening/kronikker/Vikeplikt-for-kvinnens-rettigheter-7334046.html#.U3HkF14vMWd>

<sup>83</sup> Se mer om hvilke tilfeller kvinner tilbys fostervannsdagnostikk i St. meld. nr.14 (2001-2002): 5 Fosterdiagnostikk – regjeringen.no. punkt 5.7.2.

barnet har nedsatt funksjonsevne er at av formålene med fostervannsdagnostikk at den skal virke som en forberedelse for foreldrene om at barnet vil ha ekstra behov.

I forarbeidene til biotl. pekes det på at fostervannsdagnostikk reiser vanskelige etiske spørsmål. Det fremheves imidlertid at retningslinjer med bruk av fosterdiagnostikk gjør at institusjoner som utfører behandlingen må gjennom et godkjenningssystem. Videre må helsetjenesten følge retningslinjer om hvem som skal motta tilbudet. Kvinnen skal også gis tilstrekkelig veiledning og informasjon før hun tar et endelig valg. Dette vil bidra til å forhindre en uheldig utvikling av behandlingsmåten.<sup>84</sup>

Selv om det knyttes etiske utfordringer til bruken av fostervannsdagnostikk, er det av lovgiver vurdert slik at enkelte kvinner og familier som står i en svært vanskelig situasjon, må ha krav på denne behandlingen. Når denne typen undersøkelsesform aksepteres og anvendes i norsk helsevesen, kan det argumenteres for at det var inkonsekvent av Høyesterett og ikke se hen til helheten i lovverket. Videre kan det argumenteres for at rettssystemet blir inkonsekvent dersom fostervannsdagnostikk anvendes i visse tilfeller hvor kvinner har krav på det, men at erstatning ikke kan fungere som økonomisk reparasjon dersom behandlingen svikter. Hensynet til likebehandling og at alle kvinner skal ha like rettigheter til veiledning og behandling under svangerskapet, taler for erstatning.

At kvinnen ikke fikk tilbud om fostervannsdagnostikk førte til at hennes rett til selvbestemt abort på et forsvarlig grunnlag om fosterets og hennes tilstand ble fratatt. De verdispørsmålene som oppstod i forbindelse med erstatning for psykisk skade ved feilbehandling i et svangerskap, burde derfor vært drøftet opp mot de verdibetraktninger som er lagt til grunn i abortlovgivningen. Flertallet så det slik at verdispørsmålet ikke kunne være gjenstand for en nærmere vurdering. Abortlovgivningen og den utviklingen som har funnet sted i norsk rett om dette spørsmålet viser imidlertid hvor viktig det er at slike verdispørsmål blir drøftet og vurdert.

Gjennom lov om svangerskapsavbrudd (abl.) er fødselsforebygging en lovbeskyttet interesse i norsk rett. I 1977 ble det fremmet et lovforslag som gikk utpå at kvinnen skulle ha rett til selvbestemt svangerskapsavbrudd innen utgangen av tolvte

---

<sup>84</sup> Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) punkt 4.1.2 Regulering av fosterdiagnostikk.

svangerskapsuke. For begjæring om svangerskapsavbrudd etter tolvte svangerskapsuke, er nemndsbehandling et krav etter loven.<sup>85</sup> Lovgiver har vurdert hvilke situasjoner en kvinne kan ha rett til svangerskapsavbrudd etter tolvte svangerskapsuke. Det fremgår av abl. § 2 tredje ledd bokstav a til b, at svangerskapsavbrudd blant annet kan skje når:

”a) svangerskapet, fødselen eller omsorgen for barnet kan føre til urimelig belastning for kvinnens fysiske eller psykiske helse. Det skal tas hensyn til om hun har disposisjon for sykdom;

b) svangerskapet, fødselen eller omsorgen for barnet kan sette kvinnen i en vanskelig livssituasjon (...)”

Det kan utledes av bestemmelsen at kvinnens livssituasjon er svært viktig ved vurderingen av om svangerskapsavbrudd etter tolvte svangerskapsuke, skal tillates. I saken fra Rt.2013.1689 var det kvinnens livssituasjon og hennes psykiske helse som følge av behandlingssvikten som var begrunnelsen for erstatningskravet. At kvinnen ville vært omfattet av de typetilfeller som av lovgiver er ansett for avgjørende for abort etter tolvte svangerskapsuke, taler for at hennes erstatningskrav bør ha erstatningsrettslig vern. De omstendigheter som erstatningskravet bygde på, er interesser som lovgiver har vurdert og tatt stilling til.

Abl. bygger på kvinners selvbestemmelsesrett over eget liv som en grunnverdi i den norske rettsordenen.<sup>86</sup> Kvinners selvbestemmelsesrett over eget liv aktualiserer imidlertid spenninger mot hensynet til et fosters krav på liv. I lovgivningsprosessen bak abl. er hensynet til et fosters krav på liv, drøftet opp mot kvinners selvbestemmelsesrett over eget liv. I forarbeidene uttales det:

”Et foster har krav på vern i likhet med annet liv. Dette krav er imidlertid ikke absolutt noe selv den mest restriktive lov om svangerskapsavbrudd erkjenner. Tillates svangerskapsavbrudd under visse forhold, er ikke vernet absolutt. Gjeldende lov

---

<sup>85</sup> Ot.prp. nr. 53 (1977-1978) Punkt I. Proposisjonens hovedinnhold.

<sup>86</sup> Se mer om de hensyn som abortloven gir uttrykk for i Aasen (1997) Medisinsk teknologi mellom rett og moral s. 36.

aksepterer således ikke at fosterets krav på vern er absolutt og ukrenkelig under ethvert forhold".<sup>87</sup>

Av lovgiver er det vurdert slik at fosterets krav på vern i visse tilfeller må vike mot hensynet til kvinnens selvbestemmelsesrett. I forarbeidene er det enighet om at fosterets vern ikke er absolutt. Det er imidlertid ulike meninger om når kvinnen bør ha adgang til svangerskapsavbrudd, slik at fosterets krav på vern må vike.

Hensynene som ligger bak abl. har utviklet seg i det norske samfunnet. Tidligere var det både lege og nemnd som skulle avgjøre om kvinnen kunne avbryte svangerskapet.<sup>88</sup> I dag er det et helt sentralt hensyn bak lovgivningen at kvinner selv skal kunne vurdere de fysiske og psykiske konsekvenser av å fullføre svangerskapet. Utviklingen har ført til at fosterets krav på vern i større grad har måttet vike for andre hensyn. Denne utviklingen har lovgiver vurdert i forarbeidene til abl. I forarbeidene vises det til at ved spørsmål om abort, er det nødvendig å treffe valg mellom kryssende verdier som vil utgjøre et etisk dilemma. Det pekes på at hensynet til fosterets vern er blitt mer betinget. Først var det nødvergeprinsippet som stod sentralt i vurderingen. Dersom morens liv sto i fare var konsekvensen at hensynet til fosterets vern måtte vike. Etterhvert ble synspunkter om at svangerskap og fødselen av barnet innebar en fare for morens fysiske helse vektlagt. I dag er det slik at svangerskapsavbrudd også tillates i visse tilfeller hvor barnet blir født med alvorlige psykiske eller fysiske skader. Utviklingen har også ført til at morens psykiske helse og hennes sosiale trygghet, har kommet sterkere inn i vurderingen av svangerskapsavbrudd.<sup>89</sup>

Når det blir spørsmål om svangerskapsavbrudd på grunnlag av at barnet blir født med alvorlige fysiske og psykiske skader, pekes det på at fostervannsdiagnostikk i de fleste tilfeller vil gi informasjon om at barnet er friskt. Behandlingsmåten vil da ivareta hensynet til at kvinnen trygt skal fullføre svangerskapet med den betryggelse at hennes barn ikke har den tilstanden hun frykter. I forarbeidene pekes det videre på hensynene bak retten til fostervannsdiagnostikk og svangerskapsavbrudd:

---

<sup>87</sup> Ot.prp. nr. 38 (1974-1975) punkt V. Departementets generelle bemerkninger.

<sup>88</sup> Ot.prp. nr. 38 (1974-1975) punkt V.

<sup>89</sup> Ot.prp. nr. 53 (1977-1978) punkt V.

”Det må [...] anses som betenkelig å holde tilbake informasjon om muligheter for fostervannsdagnostikk for dem som trenger det. Det er vanskelig å se at det eksisterer noe etisk forsvar for å tvinge en kvinne til å føde et barn som med sikkerhet eller stor sannsynlighet vil ha en alvorlig genetisk sykdom. Særlig problematisk er det fordi slike kvinner ofte på forhånd er belastet med et eller flere syke barn”.<sup>90</sup>

Det kan utledes av forarbeidene at abl. bygger på et verdigrunnlag om at kvinners selvbestemmelsesrett er så viktig at det i visse tilfeller må være slik at fosterets vern må vike.

#### **5.4.4 Skillet mellom et fosters verd og et barns verd**

I Rt.2013.1689 synes ikke Høyesterett å skille mellom hensynet til et fosters verd og hensynet til et barns verd. Når det gjelder hensynet til barnets verd, drøftes dette særskilt. Hensynet til et fosters verd, blir ikke drøftet opp mot problemstillingen om erstatningsrettslig vern.

Abl. gir uttrykk for at menneskeverdet til det fødte barn må atskilles mot fosterets verd. Loven bygger på at samfunnet skal sikre både det fødte liv og det ufødte liv rettigheter. Likevel gir abl. uttrykk for at et fosters krav på vern ikke er absolutt. Loven medfører at det i norsk rett er lovfestet en relativisering av fosterets rettsvern. Etter hvert som fosteret utvikler seg, vil det kreves sterkere grunner for å avbryte svangerskapet.<sup>91</sup> Vurderingen må derfor bli ulik for det fødte liv og det ufødte liv. At et foster ikke har de samme rettighetene som det fødte liv, inngår i vurderingen av det erstatningsrettslige vernet som gjelder, når skaden oppstår i forbindelse med et svangerskap. Det kan forsvares at hensynet til et fosters vern, i visse tilfeller må vike for hensynet til morens pasientsikkerhet.

### **6 Hvilken betydning har Rt.2013.1689 for andre skadetyper som skjer i forbindelse med svangerskap eller fødsel?**

Spørsmålet om erstatningsrettslig vern for fysiske eller psykiske skader som oppstår etter feilbehandling i forbindelse med et svangerskap, beror på avveininger av hensyn som er vanskelig å veie opp mot hverandre. Avgjørelsen i Rt.2013.1689 legger til grunn

---

<sup>90</sup> Ot.prp. nr. 53 (1977-1978) punkt V.

<sup>91</sup> ”Aslak Syse, *Abortloven, - Juss og verdier* – ” Gyldendal 1993. s. 144.

at verdihensynene setter begrensninger for erstatningsrettslig vern, når det gjelder skader som oppstår i forbindelse med svangerskap. I det følgende vil det vurderes om det likevel kan tenkes erstatningsrettslig vern for noen utvalgte skadesituasjoner, ut fra de retningslinjene som fremgår av Rt.2013.1689. Spørsmålet blir om hensynet til mor i visse tilfeller må veie tyngre, selv om pasientskaden skjer i forbindelse med et svangerskap og fødselen av et barn.

Det tilfellet som vurderes er om det kan kreves erstatning når en kvinne påføres skade etter informasjonssvikt om at hun ikke burde blitt gravid. Informasjonssvikten knytter seg til at kvinnen ikke burde blitt gravid på grunn av fare for alvorlige svangerskapskomplikasjoner. Det legges til grunn for drøftelsen at helsepersonell har konkludert med at det er uforsvarlig at kvinnen gjennomfører svangerskapet på grunn av fare for alvorlige svangerskapskomplikasjoner. Det skjer imidlertid en feil slik at kvinnen ikke får denne informasjonen. Det kan da oppstå krav om erstatning i etterkant. Erstatningskravet kan ha grunnlag i fysiske og psykiske skader som følge av informasjonssvikten om de alvorlige svangerskapskomplikasjonene som det er risiko for. Det legges til grunn for drøftelsen at informasjonssvikten ikke blir oppdaget før det er for sent å ta abort. Dersom faren for svangerskapskomplikasjoner ble oppdaget tidligere, ville kvinnen tatt abort. Det foreligger altså årsakssammenheng mellom svangerskapskomplikasjonene og informasjonssvikten av helsevesenet.

Det kan for det første tenkes at mor blir påført fysisk skade etter svangerskapskomplikasjonen. Alvorlig fysisk skade som følge av svangerskapskomplikasjon, vil føre til et økonomisk tap for kvinnen. Erstatningskravet kan ha grunnlag i tapt inntektsevne dersom kvinnen ikke lenger er i stand til å arbeide, at kvinnen ikke lenger er i stand til å ta utdanning og utgifter som den fysiske skaden antas å påføre kvinnen i fremtiden. I verste tilfelle kan svangerskapskomplikasjoner medføre døden. Her vil det oppstå spørsmål om erstatning for tap av forsørger.

Et annet skadescenario er den tunge psykiske belastningen som moren påføres under svangerskapet når det kommer frem at det er fare for alvorlige svangerskapskomplikasjoner. Det vil kunne oppstå frykt for at enten barnet kommer til å bli skadet, eller at mor selv blir syk eller dør. Dette er noe som kan oppleves særlig traumatisk for moren. Informasjonssvikten kan også tenkes å forårsake en psykisk lidelse i etterkant av svangerskapet, som gir kvinnen varige skader.

Det vil i det følgende vurderes om kvinnen kan få erstatning for gjennomføringen av svangerskapet etter informasjonssvikten som medførte at hun ble fratatt muligheten for å vurdere abort eller annen behandling, som ville forhindre fysisk eller psykisk skade.

De rettskilder som belyser rekkevidden av det erstatningsrettslige vernet ved uønsket fødsel, er lagt til grunn som retningsgivende for skader som oppstår etter feilbehandling i forbindelse med et svangerskap, jf. Rt.2013.1689.

I Rt.2013.1689 er det Steriliseringsdommens begrunnelse som er utslagsgivende. I dette tilfellet er det ikke fødselen av et barn som er begrunnelsen for erstatningskravet. Steriliseringsdommen har derfor ikke direkte overføringsverdi.

Etter den måten flertallet argumenterer på i Rt.2013.1689, er det imidlertid avgjørende at de hensyn som Steriliseringsdommen bygger på vil undergraves dersom det tilkjennes erstatning for psykisk skade i forbindelse med et svangerskap. Hensynet til barnet, foreldrene og samfunnet taler for at det ikke tilkjennes erstatning når det fødes et barn.

I likhet med Rt.2013.1689 vil det i dette tilfellet fødes et barn. Dersom informasjonssvikten ikke hadde funnet sted, ville moren tatt abort. Ut fra Høyesterett sitt argumentasjonsmønster vil det da kunne oppleves som negativt for barnet at mor har krevd erstatning for behandlingssvikt som kan knyttes til barnets eksistens. Videre vil synspunktet om at fødsel av et barn anses som en ubetinget gode, kunne tale mot at den fysiske eller psykiske skaden skal kunne kreves erstattet.

Mot dette kan det innvendes at skadene i dette tilfellet i mindre grad er rettet mot barnet og familieplanlegging, og mer mot mors fysiske og psykiske helse.

Informasjonssvikten rammer i dette tilfellet mor mer direkte som en alvorlig helserisiko.

For den situasjonen som er skissert kan det etter norsk rettspraksis synes uklart om kvinnens fysiske eller psykiske skade, vil kunne anses som en pasientskade som er erstatningsrettslig vernet.

## **7 Kan ansvarsgrunnlagets innhold og struktur i passkl. § 2 tredje ledd, tale for erstatning?**

I det følgende vil det vurderes om det strenge objektive ansvaret i passkl. § 2 tredje ledd, kan påberopes som grunnlag for erstatning. I dette tilfellet blir moren påført svært alvorlige svangerskapskomplikasjoner som kunne vært unngått om riktig informasjon ble gitt. Spørsmålet blir om det strenge ansvarsgrunnlaget i passkl. får betydning for rekkevidden av skadevilkåret ved svært alvorlige komplikasjoner.

Etter passkl. § 2 tredje ledd, kan det unntaksvis ytes erstatning selv om det ikke foreligger ansvarsgrunnlag etter første ledd, jf. andre ledd. Det er to alternative vilkår for at erstatning skal tilkjennes. Det må enten ha skjedd en pasientskade som er "særlig stor" eller "særlig uventet". Videre må det være tale om en pasientskade som "ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere". Det skal i vurderingen "legges vekt på om det er gitt tilstrekkelig informasjon på forhånd", jf. tredje ledd, siste punktum.

Ordlyden "særlig stor" eller "særlig uventet" peker på at det kun er unntaksvis at bestemmelsen kommer til anvendelse, og at terskelen er høy.

Det fremgår av forarbeider at bestemmelsen er ment som en sikkerhetsventil, og at det kun skal tilkjennes erstatning i særlige tilfeller. Bestemmelsen skal fange opp tilfeller hvor pasienten har kommet særlig uheldig ut.<sup>92</sup>

Av forarbeidene kan det utledes at i helt ekstraordinære tilfeller hvor kvinnen blir påført en skade som det i utgangspunktet var liten risiko for, må helsevesenet bære risikoen for skaden. Her veier reparasjonshensynet tungt, slik at kvinnen får de økonomiske konsekvensene dekket.

Et tilfelle som ble behandlet i Frostating lagmannsrett i 2011, illustrerer at det kan tilkjennes pasientskadeerstatning for fysisk skade i forbindelse med svangerskap, selv om det ikke foreligger svikt fra helsevesenets side. I dommen kom sikkerhetsventilen i passkl. § 2 tredje ledd, til anvendelse etter skade som oppstod i forbindelse med keisersnitt. Det ble brukt epidural under keisersnittet som førte til at kvinnen ble påført en svært sjelden nerveskade i ryggen. Spørsmålet for lagmannsretten var om

---

<sup>92</sup> Ot.prp. nr.31 (1998-1999) punkt 18 til § 2. s. 91



nerveskaden i ryggen var "særlig stor" eller "særlig uventet" og om skaden var utslag av en "risiko som pasienten må[tte] akseptere", jf. passkl. § 2 tredje ledd.

Risikoen for den nerveskaden som kvinnen ble påført var estimert til 0,0004 promille. Det var derfor ikke tvilsomt at det forelå en "særlig uventet" skade, jf. passkl. § 2 tredje ledd. Etter en helhetsvurdering ble det også konkludert med at nerveskaden var "særlig stor". Det ble pekt på den medisinske invaliditet som kvinnen var påført, de ervervsmessige begrensninger ved at kvinnen ikke lenger kunne arbeide på dagtid i full stilling, og de kraftige begrensninger skaden hadde medført for kvinnens hverdagsliv og livsutfoldelse. Tilslutt konkluderte lagmannsretten med at det "fremstår som urimelig at [kvinnen] må bære risikoen for en så sjelden og omfattende skade etter et keisersnitt som må sies å være et rutinemessig inngrep uten særlig høy risiko. Skadetyper av denne art er så sjeldne at de bare vil forekomme år om annet ved norske sykehus".<sup>93</sup>

For den situasjonen at en kvinne blir påført alvorlige fysiske eller psykiske skader etter svangerskapskomplikasjoner som kunne vært forhindret dersom kvinnen hadde vært informert om dette tidligere i svangerskapet, vil det representere et tilfelle hvor kvinnen har kommet særlig uheldig ut. Informasjon som gis om kvinners helsesituasjon ved svangerskap, er rutinemessig behandling av helsevesenet. Normalt må en kvinne kunne forvente at så vesentlig informasjon om svangerskapet og om hennes helsesituasjon, blir gitt. Dette taler for at skaden kvinnen er påført etter de alvorlige svangerskapskomplikasjonene, utgjør en "særlig stor" pasientskade, jf. passkl. § 2 tredje ledd.

At det må være tale om en pasientskade som "ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere", jf. passkl. § 2 tredje ledd, peker på en risikovurdering. Det må vurderes om den aktuelle skaden er så alvorlig at det ikke kan være rimelig at det er pasienten som bærer risikoen for denne.

I forarbeidene er det lagt til grunn at bestemmelsen i utgangspunktet gir uttrykk for en rimelighetsvurdering. Bestemmelsen skal fange opp tilfeller hvor det vil virke støtende på rettsfølelsen dersom det ikke tilkjennes erstatning.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> RG-2011-1039

<sup>94</sup> NOU 1992: 6 Erstatning ved pasientskader kap.13. Til § 3.

Når kvinnen ikke får informasjon om faren for alvorlige svangerskapskomplikasjoner før det er for sent å ta abort, vil hun påføres en svært tung psykisk belastning for resten av svangerskapet. Det kan argumenteres for at det er urimelig om kvinnen må bære risikoen for at helsepersonell sviktet å gi så vesentlig informasjon.

Dersom kvinnen blir påført alvorlige psykiske eller fysiske skader på grunn av informasjonssvikt, men ikke har krav på erstatning fordi skaden skjer i forbindelse med et svangerskap, vil det kunne virke støtende på rettsfølelsen. Når vi i Norge har en pasientskadeordning som skal verne om pasientsikkerheten til pasienter, kan det argumenteres for at det er for formalistisk at hensynet til å fremheve fødselen og barnet som en ubetinget gode, skal føre til at pasientsikkerheten til kvinnen må vike i så alvorlige saker.

Etter siste punktum skal det legges vekt på den informasjonen som pasienten har fått i rimelighetsvurderingen. At pasienten ikke er blitt tilstrekkelig informert vil tale for erstatning. I forarbeider pekes det på at manglende informasjon i seg selv kan være en behandlingsfeil som leder til skade.<sup>95</sup>

I dette tilfellet er det den manglende informasjonen som fører til skaden. Dersom kvinnen hadde blitt informert om faren for alvorlige svangerskapskomplikasjoner i tide, hadde hun hatt valget mellom abort eller annen behandling som kunne forhindre skadene.

I en helhetsvurdering må de alvorlige komplikasjonene som mor utsettes for, tillegges vekt. Når det er tale om så alvorlige komplikasjoner på mor, må hensynet til hennes pasientsikkerhet veie tyngst. At hun får økonomisk kompensasjon for utgiftene som skadene påfører henne, må veie tyngre enn frykten for å tilkjenne erstatning fordi skaden skjer i forbindelse med et svangerskap. Passkl. § 2 tredje ledd, statuerer et ansvarsgrunnlag hvor skadens alvorlighet og sjeldenhet er avgjørende. Det kan da forsvares at anvendelsesområdet for hvilke skader som er erstatningsrettslig vernet, utvides i tilfeller som faller innenfor anvendelsesområdet til sikkerhetsventilen.

Konklusjonen blir at sikkerhetsventilen i passkl. § 2 tredje ledd, åpner for erstatning for de psykiske og fysiske skadene, selv om skadene skjer i forbindelse med et svangerskap.

---

<sup>95</sup> Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) punkt 18. Til § 2. s. 91.

## **8 Utenlandsk rett**

### **8.1 Hvordan er erstatningsspørsmål som knytter seg til feilbehandling i forbindelse med svangerskap behandlet i utenlandsk rett?**

De nordiske landene har system med særskilte erstatningsregler og pasientskadeordninger som minner mye om hverandre, og som likner på det systemet vi har i Norge. Det er grunn til å tro at de skandinaviske landene bygger på noenlunde samme grunnleggende verdier. Samfunnsoppbygningen i landene har mange likhetstrekk og det øvrige regelverket når det gjelder behandling i forbindelse med svangerskap, er også nokså parallelle. Det er derfor relevant å se hen til hvordan dansk og svensk rett løser spørsmål om erstatningskrav for skade som oppstår i forbindelse med svangerskap.

### **8.2 Dansk rett**

Det foreligger enda ikke domstolspraksis om spørsmålet om erstatning for skade som oppstår i forbindelse med svangerskap. I underrettspraksis har spørsmålet vært behandlet. I likhet med norsk rett kan det ikke kreves erstatning for oppfostringsutgifter når det blir født et barn etter mislykket steriliseringsinngrep eller abort. Begrunnelsen er som for norsk rett, det anses ikke som en skade å få et barn.<sup>96</sup>

I dansk pasientskadepraksis er det imidlertid tilkjent erstatning dersom kvinnen etter den mislykkede aborten, velger å foreta en ny abort. Konsekvensen av en mislykket abort, kan være at den nye aborten fører til skade ved f. eks sykdom og utgifter til psykologbehandling. For at det skal kunne tilkjennes erstatning på dette grunnlag er det en forutsetning at det første abortinngrepet eller den etterfølgende undersøkelse og behandling ikke var i tråd med den "erfarne specialiststandard".<sup>97</sup> Dansk praksis viser altså at det åpnes for erstatning for fysiske og psykiske skader hos mor, selv om behandlingssvikten skjer i forbindelse med et svangerskap.

Den danske pasientskadenemnda har behandlet et tilfelle som likner på den situasjonen som var oppe i norsk rett i Rt.2013.1689. I saken ble det født et barn med cystisk fibrose. Det ble lagt til grunn at sykdommen kunne vært diagnostisert under graviditeten. Erstatningskravet fra foreldrene knyttet seg til tapt arbeidsfortjeneste, begrensede

---

<sup>96</sup> Se blant annet PF-sag 09-6470 hvor det ble slått fast at det ikke kan kreves erstatning for gjennomført graviditet, fødsel, barsel, forsørgelse av barnet osv.

<sup>97</sup> jf. blant annet pasientforsikringens anførsel i PF-sag-09-6470.

karrieremuligheter og den psykiske belastningen foreldrene var utsatt for etter å ha fått et barn med cystisk fibrose. Det ble ikke ansett å være en erstatningsrelevant skade at datteren ble født med cystisk fibrose, selv om sykdommen kunne ha vært diagnostisert under graviditeten. Det ble uttalt at når det gjelder behandlingen av barnet, er det barnet som er skadelidt og foreldrene kan da ikke kreve erstatning. Når verken barn eller foreldre er påført noen fysisk eller psykisk skade kan det ikke kreves erstatning.<sup>98</sup>

Når det gjelder saker hvor manglende diagnostisering fratok muligheten for abort på forsvarlig grunnlag, blir foreldre ikke tilkjent erstatning for den belastningen det medfører å få et handikappet barn. Her bygger dansk rett på den samme tankegangen som i norsk rett. Erstatning alene på det grunnlag at det blir født et barn med nedsatt funksjonsevne, anses ikke som en skade som er erstatningsrettslig vernet. Videre fremgår det av dansk praksis at foreldrene ikke anses som skadelidte, uansett hvor belastende det er å få et barn med nedsatt funksjonsevne.<sup>99</sup> Det har imidlertid ikke vært oppe i praksis om erstatningsspørsmålet stiller seg annerledes for foreldre som er påført varige psykiske lidelser etter svikt i forbindelse med diagnostisering av fosteret.

### **8.3 Svensk rett**

I likhet med norsk og dansk rett, kan det i svensk rett ikke kreves erstatning etter mislykket abort for økonomiske konsekvenser i forbindelse med et barns fødsel. Oppfostringsutgifter er rene formueskader uten forbindelse med en personskade. Rene formueskader har ikke alminnelig erstatningsrettslig vern i svensk rett.<sup>100</sup>

Pasientskadenemnden har imidlertid i visse situasjoner åpnet for å anse graviditet og fødsel som en personskade. Det tilkjennes erstatning etter mislykket sterilisering dersom inngrepet ikke har vært korrekt utført. Uansett om kvinnen foretar etterfølgende abort eller velger å gjennomføre graviditeten, blir hun tilkjent et engangsbeløp. Det samme gjelder for kirurgiske aborter som mislykkes med den følge at graviditeten fortsetter. Også her tilkjennes kvinnen engangsbeløpet om hun velger å foreta en ny abort eller gjennomfører graviditeten. De fysiske og psykiske belastninger

---

<sup>98</sup> Anonymisert avgjørelse fra Patiensskadeankenævnet fra 2012 der erstatningskrav fra foreldre ble avvist etter KEL § 19, stk. 1 og § 20, stk. 1.

<sup>99</sup> PF-sag-02-3296

<sup>100</sup> Skadestandsloven 2 kap 2 § SkL

som graviditet og fødsel innebærer, anses som en pasientskade og er erstatningsrettslig vernet i svensk rett.<sup>101</sup>

Ordningen med at kvinnen får tilkjent et engangsbeløp innebærer at det i svensk rett ikke er nødvendig å gå inn på en økonomisk vurdering av krav som har tilknytning til fødselen av et barn. I norsk Høyesterett anses ikke erstatningsretten som egnet for en vurdering og verdsetting av menneskelivet. Når det i svensk rett tilkjennes et fast beløp for fysiske og psykiske belastninger i forbindelse med graviditeten og fødselen, blir det ikke behov for å gå inn på den økonomiske vurderingen som Høyesterett vegrer seg for.

Den svenske pasientskadenemnda har konkludert med at manglende informasjon vedrørende fostervannsprøve, ikke er omfattet av erstatningsreglene. I saken som kom opp for den svenske pasientskadenemnda hadde helsepersonell unnlatt å informere om mulighetene for fostervannsprøve, selv om kvinnen var i den aldersgruppen som var omfattet av tilbudet. Kvinnen fødte senere et barn med Downs syndrom, og hevdet at det var skjedd en feil ved at hun ikke var blitt tilbudt fostervannsdagnostikk. Dersom hun hadde visst om at barnet var skadet, ville hun tatt abort. Kravet ble avist med den begrunnelse at moren ikke var påført noen personskade. Når det gjaldt spørsmålet om erstatning for økonomisk tap for tapt inntekt og oppfostringsutgifter ble det konkludert med at rene formueskader som ikke hadde forbindelse med en personskade, kunne ikke kreves erstattet.<sup>102</sup>

Svensk rett går lenger enn norsk og dansk rett. Det er i svensk rett ikke utelukket med erstatning for krav som knyttes til en mislykket abort, når mor velger å gjennomføre graviditeten. Selv om det ikke anses som en skade at et barn blir født, kan likevel fysiske og psykiske skader som rammer mor som følge av graviditet og fødsel kreves erstattet.

## **9 Avsluttende betraktninger**

I oppgaven er det redegjort for ulike situasjoner hvor det kan oppstå spørsmål om erstatning etter medisinsk feilbehandling, når skaden skjer i forbindelse med et svangerskap eller fødsel. De retningslinjer som kan utledes av Rt.2013.1689, medfører at det i dag er store begrensninger for kvinners rett til erstatning. Foreløpig er det ikke

---

<sup>101</sup> Pasientskadenåmndens referatsamling 1994. Patientforsakring Sverige.

<sup>102</sup> Pasientskadenåmndens referatsamling, 1995:02 s.13-16. Patientforsakring Sverige.

avsagt noen avgjørelser i norsk rett som konkluderer med erstatningsrettslig vern for psykiske skader som oppstår etter behandlingssvikt i forbindelse med svangerskap. Dersom det kan konstateres en fysisk skade er Høyesterett mer tilbøyelig med å tilkjenne erstatning. For fysiske skader vil spørsmålet om erstatning i mindre grad bli et spørsmål om hensynet til fosterets verd eller barnets verd må vike for hensynet til mors pasientsikkerhet.

Den medisinske feilbehandlingen som helsevesenet kan klandres for, vil ha betydning for erstatningsspørsmålet. I enkelte tilfeller vil den aktuelle typen behandlingssvikt tale for at skadevilkåret må tolkes videre enn det som opprinnelig gjelder for skader som oppstår i forbindelse med svangerskap. Erstatningskrav som knytter seg til feilbehandling ved familieplanlegging, slik som abort, sterilisering, undersøkelse i forbindelse med foster eller genetisk veiledning, vil ikke føre frem i norsk rett slik rettstilstanden er i dag. Selv om familieplanlegging er en interesse som lovgivningen åpner for, er det ikke en interesse som er vernet etter erstatningsretten dersom behandlingen i tilknytning til denne interessen svikter. Dersom feilen knytter seg til feilbehandling av mer alvorlig art, der feilbehandlingen retter seg mer direkte mot mors helse, slik som fare for alvorlige svangerskapskomplikasjoner, er det mindre klart om Rt.2013.1689 vil begrense det erstatningsrettslige vernet.

Drøftelsen av de norske rettskildene har vist at begrunnelsen for hvorfor det ikke kan tilkjennes erstatning, kan kritiseres for å være mangelfull. I fremtiden kan det tenkes at kritikken vil få betydning for den videre utvikling av erstatningsspørsmål av samme art.

Det blir interessant å se om det i fremtiden kan aksepteres ut fra samfunnssynspunkter og den alminnelige rettsfølelsen, at det gjelder så store begrensninger i det erstatningsrettslige vernet for fysiske og psykiske skader som oppstår i forbindelse med svangerskap. De begrensningene som gjelder for det erstatningsrettslige vernet er ikke i tråd med de verdistandpunkter som er lagt til grunn i lovgivning som berører samme type interesser.

Som drøftelsen viser, er det behov for at lovgiver i fremtiden tar stilling til spørsmålet for å fastslå om det erstatningsrettslige vernet skal være så begrenset i saker hvor skaden skjer i forbindelse med et svangerskap. Videre vil det være interessant å se om de synspunkter som er lagt til grunn i dansk og svensk rett, vil kunne påvirke

tankegangen i norsk rett. Sammenliknet med hvordan skandinaviske land behandler slike erstatningsspørsmål, har norsk rett ikke fulgt den samme utviklingen. At det særlig i svensk rett i større grad åpnes for erstatning selv om skaden skjer i forbindelse med et svangerskap, illustrerer at det er mulig å tilkjenne erstatning for enkelte typetilfeller uten at det vil føre til en uheldig samfunnsutvikling.

## Referanseliste

### Litteraturliste:

**Foyn (1990)** Foyn, Sten, Lund, Anne Margrethe og Viken, Ola: Pasienters rettsstilling. Tano Oslo 1990.

**Lødrup (2009)** Lødrup, Peter: Lærebok i erstatningsrett. 6. utgave. Gyldendal norsk forlag AS 2009.

**Nygaard (2004)** Nygaard, Nils: Rettsgrunnlag og standpunkt. 2. utgåve. Bergen: Universitetsforlaget AS 2004.

**Nygaard (2007)** Nygaard, Nils: Skade og ansvar. 6. utgave. Bergen: Universitetsforlaget 2007.

**Syse (1993)** Syse, Aslak: Abortloven,- Juss og verdier. Oslo: Gyldendal 1993.

**Syse (2011)** Syse, Aslak, Kjelland, Morten og Jørstad, Rolf Gunnar: Pasientskaderett: Pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner. Oslo: Gyldendal akademisk 2011.

### Tidsskrift:

**Graver (2012)** Graver, Hans Petter: Artikkel i Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett. 2012 Årg. 9 Nr. 1/2. Rettferdighet som juridisk argument – kan graviditet sammenlignes med en fysisk skade?

### Juridiske artikler:

**Aasen (1997)** Aasen, Henriette, Sinding: Medisinsk teknologi mellom rett og moral. Utskrift fra Lovdata – 04.02.14.

**Kjønstad (1991)** Kjønstad, Asbjørn: Lov og Rett. Erstatning ved "feilslått" familieplanlegging – særlig om utgifter til underhold av velskapt barn som fødes etter "mislykket" sterilisering eller abort.

### Lovregister:

NL Norske lov av 1687 (Norske lov)

Skl. Lov om skadeserstatning. Lov 13 juni 1969 nr. 26 (skadeserstatningsloven)

Abl. Lov om svangerskapsavbrudd. Lov 13 juni 1975 nr. 50 (abortloven)

Passkl. Lov om erstatning ved pasientskader mv. Lov 15 juni 2001 nr. 53 (pasientskadeloven)



Biotl. Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. Lov 12 mai 2003 nr. 100 (bioteknologiloven)

**Lovforarbeider og offentlige utredninger:**

Ot.prp.38 (1974-1975) – Om lov om svangerskapsavbrudd

Ot.prp. nr. 53 (1977-1978) – Om lov om endring i lov av 13.juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd.

NOU 1992:6 Erstatning ved pasientskader

Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven)

Ot.prp.nr.31 (1998-1999) Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven)

Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) Om lov om medisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)

St. meld. nr. 14 (2001-2005): 5 Fosterdiagnostikk – regjeringen.no

**Rettsavgjørelser**

**Høyesterett:**

Rt.1955.872

Rt.1960.357

Rt.1999.203

Rt.2013.1689

**Underrettspraksis:**

LF-1996-1005

RG-2011-1039

LG-2012-111628

**Forvaltningsavgjørelser fra Pasientskadenemnda:**

PSN-2005-536

PSN-2006-295

PSN-2010-40

PSN-2010-177

PSN-2010-925

### **Utenlandske rettskilder**

#### **Dansk litteratur:**

Retfølelsen – en bog om straf og etik

#### **Danske dommer og avgjørelser:**

PF-sag-09-6470

PF-sag-02-3296

Anonymisert avgjørelse fra Patienskadeankenævnet fra 2012 der erstatningskrav fra foreldre ble avvist etter KEL § 19, stk. 1 og § 20, stk. 1.

#### **Svenske dommer og avgjørelser:**

Pasientskadenåmndens referatsamling 1994.

Pasientskadenåmndens referatsamling, 1995:02.

#### **Svensk lovbestemmelse:**

Skadestandsloven 2 kap 2 § SkL

#### **Nettsider:**

[www.aftenposten.no](http://www.aftenposten.no) (13.05.2014)