

I hvilken grad vil Rt. 2013 s. 1689 føre til en innsnevring av erstatningsvernet på området for familieplanlegging?

Kandidatnummer: 204134

Antall ord: 14862



JUS 399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[09.12.2014]

Innholdsfortegnelse

1. Innledning og tema for oppgaven.....	4
1.1 Oppgavens tema.....	4
1.2 Nærmere konkretisering av skadetyper som skal behandles i oppgaven, samt avgrensning av skadetyper som faller utenfor oppgavens tematikk	8
2. Bakgrunnsrett og begrepsavklaringer	8
2.1 Gjenstand for erstatning: Grunnvilkåret om skade.....	8
2.1.1 Innledning.....	9
2.1.2 Skadebegrepet i alminnelig erstatningsrett.....	9
2.1.3 Skadebegrepet i pasientskadeloven.....	11
2.1.4 Forholdet mellom pasientskadeloven og de alminnelige erstatningsrettslige regler.....	12
2.2 Ulike skadetyper som kan oppstå ved medisinsk feilbehandling under svangerskap	13
2.3 Hensyn bak erstatningsreglene: reparasjon og prevensjon.....	14
3. Krav om erstatning for medisinsk feilbehandling i forbindelse med svangerskap hvor kravet gjelder andre skader enn påførte oppfostringsutgifter	16
3.1 Utgangspunkt	16
3.2 Den juridiske argumentasjonen i Rt. 2013 s. 1689, «Fostervannsprøvedommen»	16
3.3 Flertallets bruk av forarbeider – er demokratisk legitimitet ivaretatt?	17
3.4 Sammenhengen mellom verdivalget i «Steriliseringsdommen» og «Fostervannsprøvedommen»	19
3.4.1 Innledning.....	19
3.4.2 Nærmere om rettstilstanden bak ”Steriliseringsdommen”: Barn regnes ikke som «skade» etter norsk rett	20
3.4.3 NOU 1992:6	21
3.4.4 Saksforholdet og begrunnelsen for resultatet i Høyesterett	21
3.4.5 Kritik av høyesteretts verdivurdering i «Steriliseringsdommen».....	22
3.5 Høyesteretts verdivurdering i «Steriliseringsdommen» og «Fostervannsprøvedommen» - samme grunnlag for å legge vekt på alminnelig rettsfølelse?	24
4. Tolkningen av skadebegrepet i «Fostervannsprøvedommen» som svakhet ved avgjørelsen?.....	27
4.1 Legger flertallet til grunn feil tolkning av skadebegrepet?	27

4.2 Foreløpig oppsummering: hvor langt holder rettskildebruken i «Fostervannsprøvedommen»?	29
5. Foreligger det grunn til å skille mellom skader som oppstår under svangerskapet og skader som oppstår samtidig som barnet blir født?	30
5.1 Innledning	31
5.2 Fosterets rettsvern i abortlovgivningen	33
5.3 Abortloven og «Fostervannsprøvedommen»	34
5.4 Et blikk på utenlandsk rett – Har sondringen mellom ulike skadetyper kommet uttrykk i praksis?	36
5.4.1 Innledning	36
5.4.2 Britisk rett	36
6. Medfører manglene ved begrunnelsen i «Fostervannsprøvedommen» at dommens prejudikatsverdi blir svekket?	41
7. Avsluttende bemerkninger	43
8. Litteraturliste	45

1. Innledning og tema for oppgaven

1.1 Oppgavens tema

Tema for oppgaven er grensene for erstatningsansvaret når det gjelder krav som oppstår etter medisinsk feilbehandling under svangerskap, og hvorvidt grunnvilkåret om skade er oppfylt i ulike typetilfeller. Det skal tas utgangspunkt i to sentrale dommer avsagt i Høyesterett som gjelder to ulike typetilfeller av skade angående erstatningskrav i forbindelse med medisinsk feilbehandling, hvor resultatet av feilbehandlingen var at det ble født et barn. Avgjørelsene kan oppfattes slik at de legger betydelige begrensninger på adgangen til å få erstatning etter feilbehandling, særlig på grunnlag av hvordan skadebegrepet er tolket. Spørsmålet er hvilken prejudikatsvirkning dommene har eller bør ha utover de konkrete tilfellene de direkte tar stilling til.

I 2013 avgjorde Høyesterett en sak om erstatning for medisinsk feilbehandling, hvor en gravid kvinne som ble påført en psykisk lidelse som følge av informasjonssvikt fra legepersonell, ikke fikk tilkjent erstatning for sitt økonomiske tap, da svangerskapet resulterte i at det ble født et barn med downs syndrom.¹ Feilbehandlingen bestod i at kvinnen feilaktig ikke ble tilbudt fostervannsprøve etter at hun under svangerskapet hadde uttrykket frykt for at barnet ville bli født med funksjonshemming, og gjort det klart at hun ikke ville takle en slik belastning. Hun hadde fra før tre barn, hvorav to var født premature. Kvinnen fremhevet at hun i forbindelse med belastningen feilbehandlingen hadde medført for henne, hadde utviklet en psykisk lidelse i etterkant av fødselen, og som hadde påført henne et økonomisk tap. Den psykiske lidelsen ble ikke bestridt av motparten. Hun krevde de økonomiske

¹ Rt. 2013 s. 1689. Dommen har blitt kalt "Downs-dommen", men dette er et navn som, i hvert fall etter min forståelse, ennå ikke har festnet i norsk teori og praksis. Jeg har også problemer med å akseptere navnet av moralske årsaker. Avgjørelsen vil derfor i denne oppgaven bli referert til som «Fostervannsprøvedommen».

utgiftene erstattet, under anføring av Pasientskadeloven² § 2 bokstav a som rettslig grunnlag. Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt den psykiske skaden hadde erstatningsrettslig vern, og Høyesterett begrunnet resultatet med at psykiske skader med en så nær tilknytning til fødselen av et barn ikke bør undergis vurdering med økonomiske mål.³ Begrunnelsen ble i stor grad utledet fra avgjørelsen i Rt. 1999 s. 203, «Steriliseringsdommen».

I «Steriliseringsdommen» avviste Høyesterett krav om erstatning for oppfostringsutgifter til foreldre som hadde født et barn etter et mislykket steriliseringsinngrep utført på barnets far. Det ble av Høyesterett foretatt en verdivurdering, hvor det ble lagt til grunn at det å føde et friskt barn ikke er å regne som en erstatningsrelevant skade, og at kravet dermed ikke var erstatningsrettslig vernet. I begrunnelsen het det at dette blant annet var av hensyn til barnets, foreldrenes, og samfunnets interesser generelt.⁴ Det ble i Høyesterett ikke foretatt noen nærmere avveining av disse anførte verdiene, eller gjort rede for hvilken måte de gjorde seg gjeldende i den konkrete saken. Det er derfor uklart hvilken rekkevidde denne verdivurderingen har for andre typetilfeller av skade når det gjelder erstatning for medisinsk feilbehandling under svangerskap og fødsel, spesielt for krav som ikke gjelder oppfostringsutgifter. Usikkerheten angående rekkevidden av «Steriliseringsdommens» verdivalg skal drøftes med utgangspunkt i avgjørelsen i «Fostervannsprøvedommen», hvor den samme verdivurderingen ble lagt til grunn av Høyesterett på et annet typetilfelle enn krav om oppfostringsutgifter. Dette blir et spørsmål om avgjørelsens prejudikatsvirkning, hvor kvaliteten på den juridiske argumentasjonen i dommen kan ha betydning for hvorvidt resultatet i avgjørelsene kan anvendes som mer generelle retningslinjer også for andre skadetyper enn de som direkte behandles.⁵

Tilsier bruken av «Fostervannsprøvedommen» sett i lys av «Steriliseringsdommen» at det ikke kan kreves erstatning for medisinsk feilbehandling under svangerskap i det hele tatt? Eller blir dette å trekke virkningen av dommene for langt? Det blir aktuelt å vurdere hva bruken av «Steriliseringsdommen» som prejudikat for «Fostervannsprøvedommen» har å si for atter nye typetilfeller som kan tenkes å ligge enda lenger fra kjernen av standpunktet i dommen.

De faktiske forholdene i saken fra 2013 var til dels svært forskjellige fra «Steriliseringsdommen» fra

² Lov 15. juni 2001 om erstatning ved pasientskader mv. (passkl)

³ Rt. 2013 s. 1689, avsnitt 40

⁴ Rt. 1999 s. 203, på side 207.

⁵ Bjørn Henning Østenstad, «Sårstellodommen (Rt. 2010 s. 612) – prejudikat for kva?», JV nr. 08 2014, s. 484 flg, hvor Sårstellodommens prejudikatsvirkning diskuteres. Artikkelen behandles nærmere i punkt 5 og 6 i oppgaven.

1999, særlig når det gjaldt hva som ble anført som den ansvarsbetingende skaden. Erstatningskravet i «Fostervannsprøvedommen» knyttet seg til økonomiske utgifter som følge av en psykisk skade den erstatningssøkende kvinnen ble påført, en langt mer kurant erstatningspost enn krav om oppfostringsutgifter slik som i 1999. Likevel gikk flertallet langt i å koble de to sakene sammen, og kom til at også kravet i «Fostervannsprøvedommen» måtte avvises etter en verdivurdering som ikke lot seg undergi økonomiske mål, da kravet hadde for nær tilknytning til fødsel av et barn.⁶ Dette på tross av at alle grunnvilkårene for erstatningsansvar i utgangspunktet var oppfylt.

Hovedproblemstillingen som oppgaven søker å svare på aktualiseres i stor grad av avsigelsen av «Fostervannsprøvedommen». Det kan anføres at avgjørelsen kunne vært behandlet så og si helt uten kobling til den forutgående «Steriliseringsdommen» fra 1999, da de to dommene gjelder forskjellige typetilfeller ved medisinsk feilbehandling i forbindelse med svangerskap. Det var Høyesteretts valg å knytte de to avgjørelsene så tett sammen, og for dette kan de kritiseres. Årsaken(e) til sammenkoblingen og de potensielle konsekvensene av denne felles behandlingen av ulike typetilfeller skal her undersøkes. Dersom «Fostervannsprøvedommen» burde ha vært avgjort mer frakoblet «Steriliseringsdommen», vil dette kunne få betydning for 2013-dommens prejudikatsvirkning for fremtidige tilfeller. Mer konkret blir spørsmålet i hvilken grad «Fostervannsprøvedommen», sett i lys av «Steriliseringsdommen» vil føre til en innsnevring av erstatningsvernet for andre typetilfeller av medisinsk feilbehandling under svangerskap, hvor resultatet av svangerskapet er at det fødes et barn.

Det er pasientskadeloven og de alminnelige erstatningsrettslige reglene som kan tenkes som rettslig utgangspunkt for behandlingen av skadebegrepet, avhengig av om det foreligger en skade på pasient eller ikke.⁷ I argumentasjonen i «Fostervannsprøvedommen» blir det ikke gjort noe forsøk på å behandle de to regelsettene hver for seg, og det synes å legges til grunn at skadebegrepet skal forstås likt for tilfeller etter de alminnelige erstatningsreglene og pasientskadeloven, uten at dette kommer eksplisitt til uttrykk.

Et tema som derfor kommer opp i forbindelse med «Fostervannsprøvedommen», og som vil bli noe behandlet i oppgaven, er hvorvidt det etter norsk rett i dag lar seg gjøre å trekke en grense mellom tilfeller etter alminnelig erstatningsrett og etter pasientskadeloven som faller innenfor erstatningsvernet ved feilbehandling under svangerskap og fødsel, og de tilfeller som ikke er vernet. Særlig interessant er det å se på grensetilfellene, hvor det per i dag er usikkert om det kan tilkjennes erstatning basert på behandlingssvikt i forbindelse med et familieplanleggende medisinsk inngrep. Usikkerheten skyldes til en viss grad, og er i alle fall forsterket ved, avgjørelsen i

⁶ Rt. 2013 s. 1689, avsnitt 40

⁷ Det er "pasientskader" som gir passkl. anvendelse, jf. Lovens §1, andre ledd

«Fostervannsprøvedommen».

Et av formålene med oppgaven er å undersøke innholdet i lovgivningen på området for erstatning for medisinsk feilbehandling, og hvilke føringer lovgivning gir ved avgjørelsen av erstatningsspørsmål knyttet til ulike typetilfeller i forbindelse med svangerskap, fødsel og medisinsk feilbehandling. Det kommer tydelig frem i «Steriliseringsdommen» at Høyesterett foretar en verdivurdering i avgjørelsen av erstatningskravet som ble løst etter de alminnelige erstatningsrettslige regler.⁸ Det kan reises spørsmål om hvorvidt, og eventuelt i hvilken grad, denne verdivurderingen er i koherens med annen lovgivning innenfor erstatningsretten, herunder pasientskadeloven, som ble anvendt i «Fostervannsprøvedommen». Bruken av pasientskadeloven og dens forarbeider gjør det aktuelt å foreta en vurdering av hvorvidt hensynet til demokratisk legitimitet og lovgivers vilje er tilstrekkelig ivare tatt. I avgjørelsen fra 2013 dreide det seg om et typetilfelle hvor spørsmålet om abort ville vært aktualisert ut fra lovgivningen, og hensyn og verdier bak abortlovgivningen vil derfor være aktuelt kilder å vurdere.

Da rettskildene ellers er noe begrenset for denne tematikken i norsk rett, vil det videre være av interesse å undersøke hvordan lignende verdispørsmål har blitt løst i utenlandsk praksis, herunder hvorvidt det er foretatt en tilsvarende kobling mellom saker som gjelder krav om erstatning for oppfostringsutgifter etter medisinsk behandlingssvikt, og andre tilfeller av skade under svangerskap som følge av medisinsk feilbehandling hvor kravet består i økonomiske utgifter som følge av den påførte fysiske eller psykiske skade. En analyse av verdivurderingene i utenlandsk rettspraksis vil kunne kaste lys over de interesser og hensyn som kanskje ikke har kommet tilstrekkelig til uttrykk i norsk rett etter dagens rettsstilstand, og særlig etter avsigelsen av «Feilbehandlingsdommen».

Oppgaven vil for en stor del ha innslag av drøfting av ulike typetilfeller av skader i forbindelse med medisinsk feilbehandling ved svangerskap, hvor formålet er å analysere rekkevidden av skadevilkåret. Det vil holdes et kritisk blikk på «Steriliseringsdommen» og «Fostervannsprøvedommen» som prejudikater basert på de normative utgangspunkt erstatningsretten gir, sammenholdt med pasientskadeloven, abortloven, samt verdier og argumentasjon utledet fra utenlandske rettskilder.

⁸ Rt. 1999 s. 203, på side 207

1.2 Nærmere konkretisering av skadetyper som skal behandles i oppgaven, samt avgrensning av skadetyper som faller utenfor oppgavens tematikk

Den videre fremstillingen tar hovedsakelig sikte på å omtale skader som oppstår hos kvinnen under svangerskapet, altså tilfeller hvor mor er pasient. Skader på fosteret eller barnet omfattes ikke av problemstillingen. Heller ikke fysiske skader på far som følge av medisinsk behandling som skulle ha forhindret unnfangelse vil behandles nærmere. Som eksempel på sistnevnte kan fysisk skade på far i forbindelse med et mislykket steriliseringsinngrep nevnes. Når det gjelder anførte skader på far, er det kun krav om oppfostringsutgifter som vil bli nærmere behandlet i oppgaven.

Det avgrenses også mot tilfeller av erstatning for såkalt «wrongful life», hvor barnet selv krever erstatning på grunnlag av sin eksistens.⁹

Familieplanlegging er et begrep som nevnes i oppgaven. Etter prevensjonsmidlenes og de medisinske inngrepenes inntog, er det nødvendig med stadig mer legehjelp som del i foreldrenes planlegging av sin familie. Kjønstad nevner mulighetene for å kunne få resept på prevensjonsmidler, foreta steriliserings- og abortinngrep, samt å kunne motta genetisk veiledning, som eksempler på tjenester legene kan utføre i denne sammenheng.¹⁰ I denne fremstillingen vil begrepet bli brukt som fellesbetegnelse på medisinsk behandling for å enten fremme eller forhindre svangerskap og fødsel. Det er skader som oppstår ved at familieplanleggende inngrep ikke går som planlagt, som oppgavens problemstilling tar sikte på å behandle.

2. Bakgrunnsrett og begrepsavklaringer

2.1 Gjenstand for erstatning: Grunnvilkåret om skade

⁹ Blant annet slått fast i LF-1996-1005. Se også f.eks. Asbjørn Kjønstad, «Erstatning ved «feilslått» familieplanlegging – særlig om utgifter til underhold av velskapt barn som fødes etter «mislykket sterilisering eller abort», LOR 1991 s. 131 flg, på s. 135.

¹⁰ Kjønstad (1991), på s. 131

2.1.1 Innledning

«Fostervannsprøvedommen» vil potensielt kunne få betydning av tolkningen av skadebegrepet både for saker om pasientskade etter pasientskadeloven og etter alminnelig erstatningsrett, avhengig av dommens prejudikatsverdi. Av denne grunn blir det hensiktsmessig med en kort gjennomgang av skadebegrepet etter pasientskadeloven og de alminnelige erstatningsregler, samt de hensyn som begrunner skadekravet og erstatningsreglene etter tradisjonell rettsoppfatning.

2.1.2 Skadebegrepet i alminnelig erstatningsrett

Det er personskadene som er relevante i tilknytning til denne oppgaven, og det vil derfor ikke gis en nærmere beskrivelse av rene tingsskader og formuestap. En personskade omfatter så vel fysiske, som psykiske, skader på person.¹¹ Det er de økonomiske konsekvensene av «primærskaden» som kan kreves erstattet, og disse vil bestå i inntektstap og/eller merutgifter i tilknytning til skaden.¹²

Nygaard definerer en skade innen erstatningsretten som et negativt faktum eller en ugunstig effekt, og presiserer at spørsmålet om hvorvidt et forhold er negativt eller ugunstig, og således en erstatningsrelevant skade, må avgjøres på normativt grunnlag.¹³

At skadebegrepet er normativt, innebærer at det må avgjøres ut fra generelle verdipremisser eller legislative hensyn.¹⁴ I dette ligger det at skadebegrepet gis forskjellig betydning når det sondres mellom ulike livsområder. Hensyn og interesser som spiller inn på ett livsområde innenfor erstatningsretten, kan gjøre seg mindre gjeldende på andre områder. Hensynene er derfor med på å begrunne erstatningsretten ved siden av reparasjons- og prevensjonshensynet, idet ulike hensyn og interesser på ulike livsområder innen erstatningsretten vil kunne være med på å avgjøre om erstatning skal tilkjennes.

Den normative funksjonen er en naturlig følge av at de erstatningsrettslige reglene er svært generelle, og kan gjøres gjeldende innen nær sagt alle rettsområder innenfor rettsvitenskapen. Behovet for generelle og anvendelige regler er dermed åpenbart, i tillegg til eksistensen av de mer spesielle regler for erstatning,

¹¹ Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, Gyldendal 2009, på side 48

¹² Lødrup (2009), på side 48

¹³ Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, (2007), på side 59

¹⁴ Nygaard, 2007, på side 59

som blant annet Pasientskadeloven. At skadebegrepet ikke er enkelt å fastlegge generelt for alle typer tilfeller som kan tenkes å oppstå, betyr at grensen for hvilke tilfeller som skal være underlagt erstatningsrettslig vern, i noen tilfeller kan være vanskelig å trekke. Dette gjelder for eksempel grensen mellom krav på erstatning for oppfostringsutgifter til et født barn, og krav knyttet til fysisk eller psykisk skade på foreldrene etter medisinsk feilbehandling under svangerskap. Det kan for noen tilfeller være klart hva som ikke er vernet av erstatningsreglene, men hvor grensen mer nøyaktig skal gå mellom de ulike tilfeller, er ikke enkelt å ta stilling til på generell basis.

Det er ikke alle typer skader som er anerkjent som dekket av erstatningsansvaret. Selv om alle grunnvilkårene for erstatningsansvar tilsynelatende er oppfylt i et tilfelle, vurdert ut fra de tradisjonelle vilkårene for erstatningsansvar, er det ikke dermed gitt at erstatning tilkjennes. Grunnvilkåret om skade anses i visse tilfeller å ikke være oppfylt, selv om skadelidte er påført et økonomisk tap. I tillegg til de alminnelige vilkårene for ansvar, kreves at den rettigheten eller interessen som er skadet, må være vernet av erstatningsreglene.¹⁵ Det må i visse tilfeller foretas en nærmere normativ vurdering av spørsmålet om kravet skal være ansvarsbetingende. I Høyesterett har slike normative vurderinger blitt foretatt blant annet i «Steriliseringsdommen», Rt. 2007 s. 425 «Rikstoto-dommen» og Rt. 1992 s. 1469 «Leiebilddommen», i tillegg til «Fostervannsprøvedommen» som er utgangspunktet for denne oppgaven.

I skadevilkåret ligger det ikke bare at skadelidte må ha blitt påført en ulempe eller utsatt for en negativ effekt, det stilles også et krav om økonomisk tap som supplement til skadevilkåret; skaden eller ulempen må være av økonomisk art. Dette vilkåret er med på å avgrense rekkevidden av erstatningsvernet i en rekke tilfeller, blant annet på familierettens område.¹⁶

I «Steriliseringsdommen» ble det uttalt at det var *«tale om en interesse som etter [førstvoterendes] mening ikke bør undergis vurdering med økonomiske mål»*.¹⁷ Ses uttalelsen i sammenheng med reparasjonshensynet i erstatningsretten, ser vi at det legges til grunn at fødselen av et barn ikke kan «repareres» med penger. Sagt på en annen måte, kan vi si at skadevilkåret er todelt; det må foreligge en ulempe eller en negativ effekt for den skadelidte, og denne ulempen må i tillegg ha gjort utslag som et økonomisk tap for vedkommende. Alle erstatningskrav vil nødvendigvis bestå i et økonomisk tap, ettersom et erstatningskrav er et krav om penger.¹⁸ Men det foreligger ikke nødvendigvis en ansvarsbetingende skade fordi den skadelidte er påført et økonomisk tap – det var dette som var situasjonen i «Steriliseringsdommen»; foreldrene led et økonomisk tap da de ble ansvarlige for det

¹⁵ Kjønstad, (1991), på side 133

¹⁶ Stavang, TFE-2004-243, på side 244

¹⁷ Rt. 1999 s. 203, på side 207

¹⁸ Stavang, TFE-2004-243, på side 244

«uønskede» barnets oppfostringsutgifter, men barnet ble ikke av Høyesterett ansett som en erstatningsrelevant skade.

Typisk for noen av eksemplene på tilfeller som skal behandles i oppgaven, er at grunnvilkårene for erstatning i utgangspunktet er oppfylt. Systemet som ligger til grunn for erstatningsretten, herunder hensynet til reparasjon, tilsier da at erstatning tilkjennes. Likevel kan det gjøre seg gjeldende normative hensyn som kan være avgjørende for hvorvidt et krav anses erstatningsrettslig vernet. Som nevnt ovenfor, har det vært avgjørende at et krav har vært for verdibasert til å kunne underlegges vurdering etter økonomiske mål. Spørsmålet om et krav har erstatningsrettslig vern, beror altså i noen tilfeller på en normativ vurdering. På tross av at grunnvilkårene for erstatning er oppfylt, kan likevel en helhetsvurdering tilsi at erstatning ikke skal tilkjennes. På denne måten er erstatningsreglens normative funksjon også et viktig hensyn som er med på å begrunne de erstatningsrettslige reglene, sammen med reparasjons- og prevensjonshensynet som omtales nedenfor.

2.1.3 Skadebegrepet i pasientskadeloven

Utenfor disse alminnelige ulovfestede erstatningsreglene finnes også lovfestede vilkår for erstatningsansvar på særlige rettsområder. For erstatning for medisinsk feilbehandling kommer pasientskadeloven til anvendelse der en pasient er voldt skade av helsetjenesten.¹⁹ Pasientskadeloven inneholder omtrentlig de samme vilkårene for erstatning som grunnvilkårene etter den alminnelige læren om erstatningsrett, herunder er skadebegrepet langt på vei definert på samme måte for personskadene. Det må foreligge en pasientskade som gir utslag i et økonomisk tap. Skadevolderen, en helseinstitusjon eller en lege, må kunne holdes ansvarlig for den aktuelle skaden, og til sist må det foreligge adekvat årsakssammenheng mellom skaden og skadevolders handling/unnløstelse.²⁰

I NOU 1992:6 er skadevilkåret definert, og det uttales at det i selve ordet «skade» ligger en naturlig forståelse av at «det har skjedd noe som ikke skulle ha skjedd», det vil si en uønsket konsekvens av den aktuelle helsehjelpen som er utført.²¹

¹⁹ Jf. Passkl. § 1

²⁰ NOU 1992:6 Erstatning ved pasientskader, punkt 3.1

²¹ NOU 1992:6, punkt 4.4.1

Videre uttales det at uttrykket dekker så vel fysiske som psykiske skader, på linje med de skader som er vernet etter de alminnelige erstatningsrettslige regler. Det er etter pasientskadeloven kun pasientskader som reguleres, og rene tings-, formuesskader og miljøskader faller dermed utenfor lovens virkeområde.

2.1.4 Forholdet mellom pasientskadeloven og de alminnelige erstatningsrettslige regler

Det er som nevnt kun tilfeller av pasientskader som reguleres av pasientskadeloven. Der en kommer til at et eller flere av vilkårene for behandling etter pasientskadelovens regler ikke er oppfylt, er det anledning til å vurdere forholdet etter de alminnelige erstatningsrettslige regler. Terskelen for erstatningsansvar etter de to regelsett må derfor stilles likt i de fleste tilfeller av personskader.

At reglene i pasientskadeloven og den alminnelige erstatningsretten henger tett sammen, kan også illustreres ved at det i forarbeidene til pasientskadeloven henvises til rettspraksis som ble avsagt før pasientskadelovens ikrafttredelse, og som altså ble vurdert etter den alminnelige erstatningslæren.²²

I «Fostervannsprøvedommen», som ble avsagt med dissens, bruker flertallet vilkåret om «pasientskade» i pasientskadeloven, og anvender lovens forarbeider utvidende ved å trekke ordlyden over på tilfeller som behandles etter den alminnelige erstatningsretten.²³ Høyesterett tar altså stilling til forholdet mellom de to regelsettene ved å angi at uttalelsene i pasientskadelovens forarbeider har større rekkevidde enn kun krav om oppfostringsutgifter, også der det ikke foreligger en pasientskade som gjør at pasientskadeloven kommer til anvendelse. Flertallet anvender dette som moment i en totalvurdering hvor resultatet ble at det ikke kunne tilkjennes erstatning i 2013-dommen. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om dette er en korrekt tolkning av de aktuelle forarbeidene. Regelsettene henger tett sammen, og presumsjonen er da at skadebegrepet skal tolkes og anvendes likt for tilfeller av personskade. Men en parallell anvendelse av pasientskadeloven krever allikevel en selvstendig tolkning innenfor rammen av pasientskaderett, og en begrunnelse for hvorfor den kan gjøres gjeldende for andre tilfeller av skade hvor pasientskadelovens vilkår ikke er oppfylt. Spørsmålet blir om den utvidede tolkningen av skadebegrepet i fremtidige saker bør få anvendelse også i saker som behandles etter de alminnelige erstatningsrettslige regler, eller om det Høyesterett gjorde i «Fostervannsprøvedommen» blir å trekke forarbeidsuttalelsene for langt.

²² NOU 1992:6, punkt. 3.3.2.1

²³ Rt. 2013 s. 1689, avsnittene 27 og 38, jf. NOU 1992:6 punkt. 4.4.1

2.2 Ulike skadetyper som kan oppstå ved medisinsk feilbehandling under svangerskap

I oppgaven vil det drøftes og analyseres ulike typer skader som kan oppstå som følge av medisinsk behandling under svangerskap. For at denne angivelsen av oppgavens innhold ikke skal bli for generell, vil det i det følgende angis noen typer av skadetilfeller som skal analyseres videre i oppgaven. Det er vanskelig å komme bort fra at de to dommene vil fungere som prejudikat for tilnærmet identiske tilfeller i fremtiden, uavhengig av dommens juridiske overbevisningsverdi. Det er derfor i større grad aktuelt å se på andre skadetyper som de to avsagte høyesterettsdommene vil kunne få betydning for dersom de gis prejudikatsvirkning utover de tilfellene de konkret behandler.

Spørsmålet om krav om oppfostringsutgifter er i dag avgjort i norsk rett ved «Steriliseringsdommen»; det er utvist medisinsk feilbehandling i forbindelse med en abort eller steriliseringsinngrep utført på far, og det fødes et friskt, men uønsket, barn. Den samme situasjonen kan oppstå ved steriliseringsinngrep utført på mor. I tillegg kan det tenkes tilsvarende tilfeller hvor det blir født et barn som ikke er friskt, dvs. et uønsket barn som er skadet eller på annen måte har nedsatt funksjonsevne. «Steriliseringsdommen» må anses som prejudikat for også disse situasjonene, og er således ikke problematiske.

Et annet tilfelle som skal omtales, men som også allerede er avgjort av domstolene, er situasjonen der kvinnen pådrar seg en psykisk lidelse og hun i denne forbindelse påføres et økonomisk tap som følge av den medisinske feilbehandlingen. Den psykiske tilstanden kan oppstå som følge av et mislykket abort- eller steriliseringsinngrep hvor det i etterkant fødes et barn. Videre kan den psykiske lidelsen knytte seg til et tilfelle av informasjonssvikt fra medisinsk personell, slik at abortinngrep ikke blir utført, og det fødes et skadet barn. Dette siste tilfellet er tilsvarende den situasjonen som ble behandlet av Høyesterett i «Fostervannsprøvedommen»

Det blir mer problematisk med tanke på parallelltolkning fra «Fostervannsprøvedommen» dersom en erstatnings sak reiser spørsmål både om oppfostringsutgifter for et født barn etter feilslått medisinsk behandling, og krav om skade for fysisk eller psykisk skade under svangerskapet eller fødselen. Et slikt tilfelle har foreløpig ikke vært oppe for norsk Høyesterett, men har vært behandlet i britiske House of Lords.²⁴ Det er her interessant å se på sontringen mellom de ulike skadene som grunnlag for erstatningskrav.

²⁴ MacFarlane and Another v. Tayside Health Board [1999] UKHL 50 og Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust [2003] UKHL 52.

Videre kan det tenkes flere skadesituasjoner som er ulike de som er behandlet av Høyesterett i 1999 og 2013, og som disse avgjørelsene kanskje vil fungere som prejudikat for i fremtiden, avhengig av hvorvidt det kan utledes generelle rettsregler fra de to avgjørelsene; Det kan tenkes at en kvinne lider økonomisk tap ved tapt arbeidsinntekt som følge av en fysisk skade grunnet medisinsk feilbehandling tidlig i svangerskapet som gjør henne sengeliggende, og at tapet på den måten gjør seg gjeldende allerede før barnet er født.

Et annet eksempel er at et abortinngrep ble mislykket på grunn av uaktsomhet hos legen som utførte inngrepet, og at når konsekvensen (at kvinnen fortsatt er gravid) blir oppdaget, er svangerskapet kommet for langt i utvikling til at et nytt abortinngrep kan tillates. Kan kvinnen for slike tilfeller kreve erstattet tapt arbeidsinntekt eller annet økonomisk tap i forbindelse med fødselen?

Kravets identitet utgjør også et viktig moment i vurderingen av erstatningsvern; Erstatningspostene som kreves, vil for de ulike typetilfellene kunne omfatte oppfostringsutgifter og andre utgifter i forbindelse med barnet, i tillegg til medisinske og andre utgifter knyttet til den medisinske feilbehandlingen. I flere av tilfellene er det dessuten slik at oppfostringsutgifter og andre utgifter til barnet ikke kreves dekket, og kravet består da kun i å få dekket utgifter som ikke knytter seg til eksistensen av barnet.

2.3 Hensyn bak erstatningsreglene: reparasjon og prevensjon

NOU 1977: 33 utgjør forarbeider til endringer i skadeserstatningsloven i 1985. Her ble hovedhensynene bak reglene formulert slik:

*«[d]e hovedhensyn som anføres som begrunnelse for erstatningsretten er dels å gjenoppbygge skaden, dels å forebygge at skade blir voldt. Man sier derfor at hovedformålene med skadeserstatning er gjenoppretting og prevensjon».*²⁵ Disse to hensyn er med på å begrunne hvorfor vi har regler om erstatningsansvar.

Reparasjonshensynet eller kompensasjonshensynet inneholder en motivasjon om å sette skadelidte i samme stilling som om den skadevoldende handling ikke hadde inntrådt. Begrunnelsen for dette er den grunnleggende tankegangen om at den som volder skade eller ulempe for en annen, må rette opp denne

²⁵ NOU 1977:33 Om endringer i erstatningslovgivningen, på side 23

skaden, og rette opp den ubalanse som har oppstått.²⁶ En oppretting av skaden kan likevel ikke gjøres gjeldende med mindre det kan påvises at det faktisk foreligger en skade, et ansvarsgrunnlag og faktisk årsakssammenheng mellom skaden og den ansvarsbetingende handling.

Anne Marie Frøseth tar imidlertid i «Skadelidtes egeneksponering for risiko i erstatningsretten» fra 2013 motsatt utgangspunkt hva angår reparasjonshensynet ved å bygge på det tyske prinsippet om *casus sentit dominus* – tapet blir hvor det rammer.²⁷ Etter denne grunntanken er hovedregelen at skadelidte bærer en viss egenrisiko for påført skade, og at det er erstatningsansvar som krever en nærmere begrunnelse²⁸, fremfor den motsatte holdningen som reparasjonshensynet tradisjonelt fremmer i norsk erstatningslære.

Frøseth uttaler på s. 62 at;

*«Etter min mening har denne grunntanken fått for liten plass i den norske erstatningsrettslige diskusjonen. Grunntanken bør få fornyet oppmerksomhet i dagens moderne samfunn, og balanseres mot reparasjonstanken. Prinsippet kan understreke betydningen av at de rettslige vurderingene på bakgrunn av erstatningsreglene også tar hensyn til skadelidtes rolle og forbindelse til risikokilden».*²⁹

Dersom en i større grad anvender grunntanken om at ansvaret som hovedregel skal ligge der den rammer, vil det kanskje kunne lede til avvisning av en del krav hvor de tradisjonelle grunnvilkårene for erstatningsansvar er oppfylt. I relasjon til temaet medisinsk feilbehandling vil det for eksempel kunne argumenteres for at det å få et barn til syvende og sist er foreldrenes, skadelidtes, ansvar. Det må kunne legges til grunn at det er foreldrene som har den største forbindelsen til risikoen det å føde et barn utgjør – det er foreldrene som har skapt barnet, på tross av at den uaktsomme legen skulle ha forhindre at det ble født.

Som Frøseth selv fremhever, er grunntanken om at tapet blir der det rammer, ikke gitt stor oppmerksomhet i norsk erstatningsrett. Det vil derfor i oppgaven først og fremst tas utgangspunkt i det tradisjonelle reparasjonshensynet, da det er dette som ligger til grunn blant annet for lovgivningen som blir anvendt i «Fostervannsprøvedommen». Grunntanken om at tapet blir der det rammer, illustrerer likevel at også hensynene som er med på å begrunne erstatningslæren er styrt av normative vurderinger.

Når det gjelder prevensjonshensynet, vil risikoen for mulig erstatningsansvar oppfordre enhver, og spesielt ulike aktører innenfor en del livsområder, til å opptre aktsomt og redelig. Selv om de etiske og

²⁶ Endre Stavang, «Økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav», TFE-2004-243, på side 247

²⁷ Anne Marie Frøseth, «Skadelidtes egeneksponering for risiko i erstatningsretten», (2013), på side 61

²⁸ Frøseth, (2013), på side 62

²⁹ Frøseth, (2013), på side 62

moralske interesser på området for medisinsk behandling i seg selv skulle tilsi at legepersonell opptre så aktsomt og etisk forsvarlig som mulig, kan økonomisk prevensjon også spille en viktig rolle, for eksempel når det gjelder arbeidsgiveransvaret. For sykehuset, som arbeidsgiver, kan dette handle om å sørge for at legepersonellet følger betryggende rutiner og behandlingsmåter i kontakt med pasienter.

3. Krav om erstatning for medisinsk feilbehandling i forbindelse med svangerskap hvor kravet gjelder andre skader enn påførte oppfostringsutgifter

3.1 Utgangspunkt

Det er krav om erstatning knyttet til fysiske og psykiske skader på kvinnen under svangerskapet som står sentralt å behandle i fremstillingens hoveddel. Når krav om oppfostringsutgifter gjøres rede for i det følgende, er det i forlengelsen av de oppfatninger og vurderinger som ble lagt til grunn i «Steriliseringsdommen», og som Høyesterett behandlet og la til grunn i «Fostervannsprøvedommen».

I den følgende drøftelsen skal det tas utgangspunkt i psykisk skade som følge av informasjonssvikt under svangerskapet, som vil drøftes ut fra sammenhengen disse kravene har til erstatningssaker hvor det kreves oppfostringsutgifter. Etter pasientskadeloven § 1, er det «skader» på pasienter som kan kreves erstattet. Ordlyden er vid, og naturlig forståelse innebærer at psykiske skader på pasient er vernet på lik linje med fysiske skader. Denne forståelsen kommer også til uttrykk i lovens forarbeider.³⁰

Spørsmålet om erstatning for psykiske skader i tilknytning til medisinsk feilbehandling i forbindelse med svangerskap kom opp for Høyesterett i avgjørelsen av «Fostervannsprøvedommen». Sakens bakgrunn er gjort rede for ovenfor, og det vil i de følgende kapitler i større grad foretas en analyse og kvalitetsvurdering av de metodiske grepene som ble tatt i avgjørelsen.

3.2 Den juridiske argumentasjonen i Rt. 2013 s. 1689, «Fostervannsprøvedommen»

³⁰ NOU 1992:6, punkt 3.3.1

Det kanskje mest avgjørende for flertallets avvisning av erstatningskravet i «Fostervannsprøvedommen» ble en uttalelse i NOU 1992:6 på side 90, hvor utvalget slår fast at skadebegrepet ikke omfatter krav «som følge av» at det blir født et barn, til tross for at et inngrep skulle forhindre det. Flertallet kom til at også en psykisk skade som A ble påført, i vid forstand måtte sies å være følge av en slik fødsel. Basert på forarbeidsuttalelsen fant altså flertallet at heller ikke psykiske skader som oppstår i forbindelse med svangerskap er erstatningsrettslig vernet.³¹

Flertallet anvendte mye av verdigrunnlaget i «Steriliseringsdommen» som støtte for sitt syn, hvor det ble vist særlig til at hensynet til barnet måtte stå sentralt. Flertallet la til grunn at det ville kunne være en belastning for et barn å bli ansett som en «skade» som gir krav på erstatning. Videre trakk flertallet frem at det i praksis kan skapes vanskelige avgrensings- og bevisproblemer dersom det ytes erstatning i et tilfelle som i «Fostervannsprøvedommen», ettersom det ville være vanskelig å avgjøre hvorvidt de psykiske problemene skyldes behandlingssvikten eller fødselen og eksistensen av barnet.³²

Problematikken som har gjort seg gjeldende angående rekkevidden av det erstatningsrettslige vernet for tilfeller av medisinsk feilbehandling under et svangerskap i etterkant av avsigelsen av «Fostervannsprøvedommen», knytter seg dermed blant annet til den vide anvendelsen av de verdier som kom frem i «Steriliseringsdommen». Det kan spørres om Høyesterett har blandet sammen de ulike typetilfellene her, eller om dette er et bevisst resultat av deres rettsanvendelse.

3.3 Flertallets bruk av forarbeider – er demokratisk legitimitet ivaretatt?

Når det gjelder flertallets bruk av forarbeider i «Fostervannsprøvedommen», er det spesielt to forhold det kan stilles spørsmål ved, og som skal kommenteres nedenfor.

Flertallet legger i sitt votum avgjørende vekt på uttalelsen i NOU 1992:6 s. 90 om at krav som oppstår «som følge» av at det blir født et barn, og at denne uttalelsen i vid forstand utelukker erstatning til A. Flertallet tolker uttrykket i «vid» forstand, og legger dermed en utvidende tolkning til grunn for sitt

³¹ Rt. 2013 s. 1689, avsnitt 38-41, jf. NOU 1992:6 Erstatning ved pasientskader, på side 90

³² Rt. 2013 s. 1689, avsnitt 39

standpunkt.³³

Forarbeidene gir uttrykk for lovgivers vilje, og er en relevant rettskilde å se hen til dersom lovtekst ikke gir anvisning på hvordan et rettslig begrep skal forstås i den aktuelle loven. I dette tilfellet skadebegrepet i forbindelse med pasientskader. En forarbeidsuttalelse er imidlertid ikke nødvendigvis like språklig presis og gjennomtenkt som en lovbestemmelse, og innholdet og ordlyden er heller ikke legitimert på samme måte som en vedtatt lovbestemmelse. Prinsipper for lovtolkning, herunder utvidende og innskrenkende tolking, bør derfor ikke anvendes like direkte på forarbeidsuttalelser som på lovtekst. I dette tilfellet strekkes en forarbeidsuttalelse til å innsnevre rekkevidden av erstatningsvernet ved at psykiske skader som oppstår etter behandlingssvikt faller utenfor skadebegrepet, noe som ikke umiddelbart kan leses ut fra forarbeidsuttalelsene. At flertallet legger en utvidende tolkning av ordlyden i pasientskadelovens forarbeider avgjørende til grunn for domsresultatet, kan derfor kritiseres.

I tillegg kan flertallet kritiseres for kun å anvende de uttalelsene i forarbeidene som taler i retning av at psykisk skade etter behandlingssvikt ikke omfattes av skadebegrepet etter pasientskaderetten.

Flertallet starter sitt votum med å gjøre rede for rettskilder som belyser rekkevidden av det erstatningsrettslige vernet når det fødes et barn etter et mislykket medisinsk inngrep som skulle ha forhindret fødselen, og viser i denne sammenheng til en uttalelse fra Ot.prp.nr31 (1998-1999) side 90. Her uttaler utvalget at;

«[...] skadebegrepet etter dette ikke omfatter krav som følge av at det blir født et barn hvis fødsel et inngrep skulle forhindre. Hvis f.eks. 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 det kan kreves erstatning for etter § 3 første til tredje ledd».

Denne uttalelsen tas til inntekt for at fødselen av et barn etter behandling som skulle forhindret fødselen, ikke regnes som en erstatningsberettiget skade etter pasientskadeloven. Flertallet følger så opp med en utvidende tolkning av «som følge» av, i NOU 1992:6, som omtalt ovenfor, og trekker den slutning at heller ikke psykiske skader som oppstår etter samme type behandlingssvikt har erstatningsvern.

I Ot.prp.nr.31 (1998-1999) uttales det imidlertid på side 52 at *«dersom en mann blir sterilisert og hustruen blir gravid fordi steriliseringen har vært mislykket, og hun blir påført en skade som følge av svangerskapet, vil hun ikke omfattes av loven slik § 1 er formulert. Hun må da holde seg til sykehuset*

³³

Rt. 2013 s. 1689, avsnitt 38

*direkte og kreve erstatning etter de alminnelige erstatningsrettslige regler».*³⁴

Uttalelsen uttrykker ikke direkte at andre typer økonomiske tap enn de som knytter seg til selve fødselen av barnet, oppfostringsutgifter ol., er å regne som vernet av erstatningsreglene. Hvorvidt kvinnen i eksempelet skulle blitt tilkjent erstatning, drøftes heller ikke. Utvalget synes imidlertid å skille tydelig mellom vurderingen av fødselen av et barn som et ikke erstatningsrelevant forhold, og andre skader som kvinnen blir påført i forbindelse med svangerskapet, hvor det i det minste bør holdes åpent hvorvidt et slikt tilfelle kunne ledet til erstatningsansvar. En slik forståelse av forarbeidene følger direkte av forarbeidenes ordlyd, uten at den språklig må trekkes videre. Uttalelsen i forarbeidene går dermed klarere i retning av at andre skader som oppstår i forbindelse med fødsel av et barn etter behandlingssvikt *kan* være omfattet av erstatningsreglene, enn hva den utvidende tolkede «som følge» av i flertallets votum taler mot at slike skader omfattes.

Forarbeidsuttalelsen i Ot.prp.nr. 31 (1998-1999) verken problematiseres eller nevnes av flertallet i «Fostervannsprøvedommen». Det er usikkert hvorvidt unnlatelsen er bevisst av flertallet, eller om denne forarbeidsuttalelsen er noe verken flertallet eller mindretallet har vært oppmerksom på.

Forarbeidene gir samlet sett ikke noe klart inntrykk av hvorvidt det har vært lovgivers intensjon å ekskludere psykiske skader som følge av behandlingssvikt i forbindelse med svangerskap fra området for erstatningsvern. At det kan trekkes ut uttalelser av forarbeidene som taler for begge løsninger, fører i det hele tatt til at forarbeidene blir en usikker rettskilde å vektlegge i dette spørsmålet. Det kan derfor anføres at flertallet ikke i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til demokratisk legitimitet ved å legge så stor vekt på forarbeidsuttalelser i «Fostervannsprøvedommen».

3.4 Sammenhengen mellom verdivalget i «Steriliseringsdommen» og «Fostervannsprøvedommen»

3.4.1 Innledning

I norsk rett er det i dag «Steriliseringsdommen» som utgjør det hovedsakelige rettskildematerialet som begrunnelse for at en uønsket fødsel av barn som følge av medisinsk feilbehandling ikke utgjør en skade som har erstatningsrettslig vern etter de alminnelige erstatningsrettslige regler. Og ved siden av

³⁴ Ot.prp.nr.31 (1998-1999) side 52.

pasientskadelovens forarbeider, var begrunnelsen i «Steriliseringsdommen» avgjørende for resultatet i «Fostervannsprøvedommen». Problemstillingen «Steriliseringsdommen» tok stilling til er verken berørt i skadeerstatningsloven eller dens forarbeider, men var på dette tidspunkt behandlet i pasientskadelovens forarbeider, forut for lovens ikrafttredelse.

3.4.2 Nærmere om rettstilstanden bak "Steriliseringsdommen": Barn regnes ikke som «skade» etter norsk rett

En skade er i teorien definert som en negativ effekt eller en ulempe.³⁵ Når en eller begge av foreldrene til et barn har undergått medisinske inngrep for å forhindre at det blir født et barn, vil det at det likevel fødes et barn kunne anses som en ulempe for foreldrene. Rent språklig faller dermed fødselen av et barn inn under skadebegrepets definisjon i alminnelig erstatningsrett, og etter vilkåret «skader» i pasientskadeloven § 3 nr. 2.

Videre er det helt opplagt at et barn vil påføre foreldrene økonomiske utgifter. De økonomiske utgiftene det kreves for å oppfostre et barn, kan i dag enkelt legges til grunn ved en stipulert utgiftspost, for eksempel på samme måte som beregning av fremtidig tapt arbeidsinntekt. Et barn kan rent språklig sett også utgjøre et økonomisk tap.

Det er imidlertid i dag et etablert synspunkt i norsk rett at et barn ikke er å regne som en erstatningsrelevant «skade».³⁶

Stavang kommer blant annet inn på dette når det gjelder kravet om økonomisk tap i en artikkel fra 2004, hvor han uttaler at det at det fødes et barn til tross for at en av foreldrene har gjennomgått et steriliseringsinngrep, vanligvis blir ansett å ligge i en annen sfære enn den økonomiske fordi man i samfunnet misliker tanken på at et barn skal måles i penger.³⁷ Det er altså andre begrunnelser enn den rent objektive forståelsen av skadebegrepet som legges til grunn i avgjørelsen av at et barn ikke er å regne som en erstatningsrelevant skade, og som er med på å gjøre skadebegrepet i den alminnelige erstatningsretten til et normativt begrep.

³⁵ Nygaard (2007), på side 59

³⁶ Kjønstad (1991) synes å være alene i teorien om å anerkjenne erstatningskrav hvor et født barn er gjenstand for erstatning. Motsatt hos Nygaard (2007) s. 60, Hagstrøm LOR (1994) s. 151, Lødrup s. 300.

³⁷ Stavang, 2004, på side 244

3.4.3 NOU 1992:6

Av NOU 1992:6 kan det utledes at krav om oppfostringsutgifter til barn som fødes etter et mislykket steriliserings- eller abortinngrep, ikke omfattes av pasientskadelovens virkeområde.

I forarbeidene drøfter utvalget skadevilkåret etter pasientskadeloven. Herunder nevnes enkelte av de skadetyper som ikke omfattes av lovens vilkår. Utvalget uttaler at med «skade» i pasientskadelovgivningen menes «fysisk skade» og at dette ikke omfatter fødsel av barn. Videre uttales det at *«de tilfeller hvor en sterilisering eller abort mislykkes, men hvor dette ikke fører til noen skade, utelukkende at et barn blir født»* [...] ikke er å regne som en fysisk skade.³⁸

Begrunnelsen for utvalgets syn er at Pasientskadenemnda har avvist krav i slike saker på grunnlag av at vilkåret om «skade» ikke er oppfylt. Utvalget finner at det i slike tilfeller ikke bør ytes erstatning for utgiftene til barnets oppfostring.³⁹

Spørsmålet om erstatning for fødsel av barn blir igjen nevnt under anmerkningene til lovens § 1, hvor det konkluderes på samme måte angående skadevilkåret.

Pasientskadeloven tar sikte på å yte erstatning for personskader. Fødselen av et barn vil etter utvalgets mening vanskelig kunne anses som en personskade, og erstatning for denne typen tilfeller faller derfor utenfor lovens virkeområde. Utvalget presiserer at et krav om erstatning til oppfostringsutgifter eventuelt må forfølges etter alminnelige erstatningsregler, men finner ikke grunn til å gå nærmere inn på hvorvidt et slikt krav overhodet vil kunne føre frem etter norsk rett.⁴⁰

3.4.4 Saksforholdet og begrunnelsen for resultatet i Høyesterett

Saksøkeren, en mann, hadde fått utført et steriliseringsinngrep, men ble 11 år etter inngrepet likevel far til et friskt barn. Mannen og barnets mor gikk til søksmål mot eieren av sykehuset hvor

³⁸ NOU 1992:6, punkt 4.4.1

³⁹ NOU 1992:6, punkt 4.4.1

⁴⁰ NOU 1992:6, kommentar til lovens § 1

steriliseringsinngrepet ble utført, med krav om erstatningsansvar for det økonomiske tapet de var påført som følge av svangerskapet og utgifter til barnets forsørgelse.

Paret hevdet at det var utvist uaktsomhet i forbindelse med steriliseringsinngrepet. Som rettslig grunnlag var skadeserstatningsloven § 2-1 om arbeidsgiveransvar anført.⁴¹ Det ble av førstvoterende uttalt at skadeserstatningsloven ikke løser alle spørsmål knyttet til skadebegrepet, og hvilke tap som er erstatningsrettslig vernet. Førstvoterende fant at spørsmålet om erstatning måtte avgjøres uavhengig av loven.⁴²

Høyesterett presiserte at en ikke her stod ovenfor noen enstemmig rettsoppfatning, på tross av at det ikke tidligere hadde vært tilkjent erstatning for liknende tilfeller i underrettene. Retten bemerket videre at det kunne anføres argumenter både for og imot erstatningsrettslig vern, og at de faktiske forhold i forbindelse med svangerskap kan være svært forskjellige, samtidig som erstatningsrettens bredde verner svært ulike interesser både av økonomisk og ikke-økonomisk art. Dette kunne tale for erstatningsansvar i det foreliggende tilfellet.

Når Høyesterett avviser erstatningskravet, er det med følgende begrunnelse:

*«Etter mitt syn beror imidlertid avgjørelsen langt på vei 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 saken».*⁴³

Rettsstilstanden i norsk rett har etter «Steriliseringsdommen» vært at grensen for erstatningsrettslig vern i alle fall må trekkes ved erstatning for oppfostringsutgifter hvor det er født et barn etter medisinsk feilbehandling. Et barn er ikke en erstatningsrelevant skade etter norsk rett.

3.4.5 Kritikk av høyesteretts verdivurdering i «Steriliseringsdommen»

Høyesteretts avgjørelse i «Steriliseringsdommen» har vært mye kritisert i tiden etter avsigelsen. Det er i og for seg lett å være enig i dommens resultat av moralske grunner, og det ville vært vanskelig å skulle forsvare motsatt resultat, nemlig at et født barn kan anses som en skade som bør og skal erstattes; Det er

⁴¹ Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) skl.

⁴² Rt. 1999 s. 203, på side 207

⁴³ Rt. 1999 s. 203, på side 207

den normative vurderingen av skadebegrepet som hindrer at kravet kan anses erstatningsberettiget. Denne oppfatningen er lagt til grunn som den rådende rettsoppfatningen i Norge i dag, og vil neppe fravikes.

Avgjørelsen i «Steriliseringsdommen» ble langt på vei basert på et verdivalg. Kritikken av dommen har hovedsakelig rettet seg mot at Høyesterett er for lite nyansert med hensyn til de verdier som har vært avgjørende; det kommer ikke til uttrykk hvordan verdiene som ligger bak verdivalget har blitt avveid.

Hans Petter Graver skriver blant annet om «Steriliseringsdommen» at;

*«[s]elv om avgjørelsen til syvende og sist beror på et verdivalg, så følger det ikke av den grunn at det ikke kan og bør gis en begrunnelse for valget. Og denne begrunnelsen bør bestå i en vurdering av relevante fakta og argumenter. Gjør man det, vil det vanskelig kunne hevdes at det er tale om å la «en interesse (bli undergitt en) vurdering med økonomiske mål» slik førstvoterende i Rt-1999-203 demagogisk uttrykker det».*⁴⁴

Det Graver her sikter til er at det blir for forutinntatt og for dårlig reflektert av Høyesterett å presentere vurderingen som én enkelt interesse. Det er selvfølgelig mange interesser som kan spille inn ved spørsmålet om erstatning for oppfostringsutgifter. Disse verdiene, og spenningsforholdet dem imellom, må avklares før de kan avveies og deretter lede til et resultat. Det kan være forskjellige verdier knyttet til sterilisering og abort, autonomi, økonomi, sosiale forhold, helse og moral, og noen verdier kan gjerne tenkes å trekke i begge retninger angående erstatningsspørsmålet.⁴⁵

Høyesterett uttaler at skadeserstatningsloven og dens forarbeider ikke løser spørsmålet om erstatning for oppfostringsutgifter, og at spørsmålet må avgjøres uavhengig av loven. Dette stiller imidlertid større krav til at den ulovfestede begrunnelsen må være overbevisende for det resultat som blir valgt.

Som Høyesterett selv uttaler på s. 207 i «Steriliseringsdommen», kan det anføres argumenter både for og mot erstatningsrettslig vern. Det finnes i tillegg noe underrettspraksis i norsk rett, samt rettspraksis fra utlandet som har behandlet lignende spørsmål tidligere.⁴⁶ Disse argumentene eller tidligere avgjørelsene utdypes imidlertid ikke videre, da Høyesterett som nevnt velger å avgjøre saken basert på et verdivalg. Når Høyesterett velger å avgjøre spørsmålet om erstatning basert på et verdivalg, i stedet for å forsøke å anvende allerede eksisterende materielle kilder, velger de å løse saken uten å legitimere begrunnelsen for

⁴⁴ Graver, TFE 2012, på side 4

⁴⁵ Graver, TFE 2012, på side 4

⁴⁶ Se blant annet Kjøenstad (1991) for en gjennomgang av norske og utenlandske saker avsagt før «Steriliseringsdommen».

resultatet i rasjonelle kilder. Resultatet, at kravet om oppfostringsutgifter ikke har erstatningsrettslig vern, har som nevnt gode grunner for seg, men disse uttrykkes ikke når Høyesteretts begrunnelse utelukkende er at det må foretas et verdivalg, hvor tre generelle interesser blir vektlagt. Disse tre interessene; ”*hensynet til barnets, foreldrenes og samfunnets interesser generelt vurdert*”,⁴⁷ blir heller ikke videre utdypet eller nyansert.

3.5 Høyesteretts verdivurdering i «Steriliseringsdommen» og «Fostervannsprøvedommen» - samme grunnlag for å legge vekt på alminnelig rettsfølelse?

Hva var bakgrunnen for Høyesteretts standpunkt i «Steriliseringsdommen» om at kravet om oppfostringsutgifter ikke hadde erstatningsrettslig vern når det ble vist til hensynet til barnet, foreldrene og samfunnet generelt? En kan til en viss grad tenke seg til hva Høyesterett må ha ment når det legges vekt på de tre generelle verdiene som ble avgjørende for sakens utfall, selv om dette blir på grensen til å legge ord i munnen på Høyesterett.

Når Høyesterett trekker frem hensynet til barnet, må det ut fra konteksten kunne tolkes som at det ville være uheldig for barnet dersom han eller hun fikk kunnskap om at foreldrene krevde alle oppfostringsutgifter erstattet. Hensikten til Høyesterett er nok å unngå at barnet skal føle seg uønsket av foreldrene i lang tid, og kanskje resten av livet. Søksmålet i seg selv vil nok kunne bidra til uheldige virkninger for barnet, dersom det blir gjort kjent med det, men dersom det tilkjennes erstatning for oppfostringsutgifter etter mislykket sterilisering, ville nok utbetalingen kunne forsterke denne følelsen, idet det vitner om at rettssystemet også anerkjenner at barnet er en uønsket effekt.

Når det gjelder hensynet til foreldrene, må det kunne antas at det ville vært uheldig om foreldrene i saker om erstatning for oppfostringsutgifter i forbindelse med mislykket sterilisering skal argumentere i retten for at barnet har vært en ulempe, og dermed en skade for dem. Når de har valgt å beholde barnet og tatt det til seg i familien, vil en slik prosess i retten kunne tenkes å slå negativt ut i forholdet mellom foreldre og barn.

Imidlertid er verken hensynet til barnet eller foreldrene ensidige hensyn, slik at de utelukkende kan tale for at erstatningskrav avvises; økonomisk sett vil familien stilles bedre dersom erstatning tilkjennes.

⁴⁷ Rt. 1999 s. 204, på side 207

Foreldrene ville hatt et bedre utgangspunkt for å gi barnet en god og stabil oppvekst, samtidig som barnets søsken og foreldre i mindre grad vil merke det økonomiske presset av å få et ikke-planlagt barn inn i familien. Poenget er å illustrere Gravers kritikk om at hensyn og interesser som taler mot erstatning i ett tilfelle, ikke veier like tungt i et annet tilfelle. Dersom de normative spenningene i forbindelse med å se på barnet som en negativ effekt ikke gjør seg like sterkt gjeldende, for eksempel i et tilfelle hvor barnet ikke er anført å være den erstatningsbetingende skaden, vil kanskje de positive økonomiske virkningene av en erstatningsutbetaling for familiens vedkommende kunne gjøres sterkere gjeldende som argument for erstatningsansvar. «Fostervannsprøvedommen» er et slikt eksempel.

Når det vises til samfunnet generelt, kan det legges vekt på at Høyesterett valgte å trekke frem uttalelser fra Byretten og Lagmannsretten, hvor det ble uttalt i Lagmannsretten at erstatningsutbetaling vil «virke støtende på den alminnelige rettsfølelse». ⁴⁸ Det ble antatt at tilkjenning av erstatning for oppfostringsutgifter etter mislykket sterilisering ville stride mot den rådende oppfatning i samfunnet av hva som er rett. At Høyesterett også sier at spørsmålet beror på et verdivalg, vitner om en oppfatning om at det ville blitt ansett som umoralsk å tilkjenne erstatning for oppfostringsutgifter.

I «Steriliseringsdommen» var spørsmålet om utgiftene til oppfostringen av et barn skulle regnes som en erstatningsrelevant skade. Ut fra et etisk ståsted, er det klart at avvisningen av kravet lar seg forsvare, noe det synes å ha vært enighet om i det norske samfunn.

Flertallet i «Fostervannsprøvedommen» uttaler at de verdibaserte hensyn bak de prinsipper som er utviklet rundt krav om erstatning for uønsket fødsel, slår til med samme tyngde på problemstillingen om A skulle få tilkjent erstatning for psykisk skade etter medisinsk feilbehandling. ⁴⁹

I «Fostervannsprøvedommen» var ikke erstatningskravet knyttet til eksistensen av barnet, men en psykisk skade som oppstod som følge av den medisinske feilbehandlingen. Det er ikke gitt at etiske syn like klart vil forhindre erstatning i et slikt tilfelle, da den rådende oppfatningen i samfunnet ikke like klart kan legges til grunn. Tilfellet er dermed mindre klart enn forholdet i «Steriliseringsdommen». Det er da kritikkverdig at flertallet legger til grunn at de samme hensyn som ble lagt til grunn i «Steriliseringsdommen», slår til med samme tyngde i et tilfelle hvor erstatningskravet gjaldt psykisk skade.

Flertallet konkluderer så med at «[e]n samlet avveining av disse hensynene tilsier at krav med en så nær

⁴⁸ Rt. 1999 s. 203, på side 207

⁴⁹ Rt. 2013 s. 1689, avsnitt 38

*tilknytning til fødsel av et barn, ikke bør undergis vurdering med økonomiske mål».*⁵⁰

At det i «Fostervannsprøvedommen», på samme måte som i «Steriliseringsdommen», legges til grunn at kravet ikke bør undergis en vurdering etter økonomiske mål, og dermed ikke er erstatningsrettslig vernet, peker på at flertallet er av den oppfatning at det strider mot den alminnelige rettsfølelse eller den rådende etiske oppfatningen i samfunnet å tilkjenne erstatning.

Det at avgjørelsen ble avsagt med 3-2 dissens og begge underrettene kom til at erstatning skulle tilkjennes, taler i det hele tatt mot at det kan legges til grunn en rådende samfunnsoppfatning for erstatningsspørsmålet.

Graver har kritisert «Steriliseringsdommen» for å ha vært for dårlig begrunnet, og han uttaler at *«[s]elv om løsningen til syvende og sist beror på et verdivalg, må retten sørge for at valget er velbegrunnet. Og begrunnelsen bør bestå i en vurdering av de relevante argumenter og fakta i saken»*.⁵¹ Hvis ikke argumentene kommer tilstrekkelig til uttrykk, virker det i større grad som om dommerne tar en beslutning basert på en løsning de selv mener er den rette, fremfor basert på en vurdering av gjeldende rett. Vurderingen blir i alle fall ikke nyansert og fyllestgjørende nok.

Kritikken til Graver er relevant også for flertallets votum i «Fostervannsprøvedommen». Verdigrunlaget, eller den alminnelige rettsoppfatning, som flertallet bygger på, er her enda mindre klart enn i «Steriliseringsdommen». I «Steriliseringsdommen» var det tross alt enkelt å forstå bakgrunnen for Høyesteretts avgjørelse; oppfatningen om at et barn ikke er å regne som en skade har vært den rådende oppfatningen i norsk rett og samfunn allerede i flere år før avsigelsen av dommen i 1999. Det at det ikke kan legges til grunn en rådende etisk oppfatning angående spørsmålet om erstatning i «Fostervannsprøvedommen», gjør det vanskeligere å uten videre være enig med flertallets resultat.

Når grunnvilkårene for erstatning er oppfylt, samt at rettskildebildet er noe begrenset, gir det Høyesterett en desto større oppfordring til å begrunne hvorfor systemet for erstatningsansvar skal fravikes i dette tilfellet. Behovet for nyansering og begrunnelse fra Høyesteretts side, blir derfor om mulig enda større i «Fostervannsprøvedommen». Det er en mangel ved «Fostervannsprøvedommen» at flertallet regelrett legger den dårlig begrunnede verdivurderingen fra «Steriliseringsdommen» til grunn for domsresultatet.

⁵⁰ Rt. 2013 s. 1689, avsnitt 40

⁵¹ Graver, TFE 2012, på side 4

4. Tolkningen av skadebegrepet i «Fostervannsprøvedommen» som svakhet ved avgjørelsen?

4.1 Legger flertallet til grunn feil tolkning av skadebegrepet?

Et viktig moment for forståelsen av avgjørelsen i «Fostervannsprøvedommen», er at flertallet gjør skadebegrepet etter pasientskadeloven avgjørende også utenfor lovens anvendelsesområde, ved å legge til grunn at «*de hensyn som utvalget bygger på, synes dessuten å ha rekkevidde ut over de eksempler som trekkes frem*» i forarbeidene.⁵² Det er en presumsjon for at skadebegrepet etter pasientskadeloven og den alminnelige erstatningslæren skal tolkes og anvendes på samme måte, men skadebegrepet må allikevel tolkes selvstendig innenfor rammen til pasientskadelovgivningen. En slik tolkning av skadebegrepet i pasientskadeloven ble ikke foretatt av flertallet i «Fostervannsprøvedommen», noe som kanskje kan ha vært med på å begrunne den utvidede anvendelsen av pasientskadelovens forarbeider som drøftet ovenfor.

Pasientskadeerstatningsloven gjelder for «pasientskader».⁵³ Pasientskadeloven § 1 angir rammen for pasientskadelovgivningen, og hva som ligger i skadebegrepet;

«Denne loven gjelder skader som er voldt

a) i institusjon under spesialhelsetjenesten og den kommunale helse- og omsorgstjenesten.

b) under ambulansetransport, eller

c) av helsepersonell som yter helsehjelp i henhold til offentlig autorisasjon eller lisens, personer som opptrer på vegne av disse, personer som har rett til å utøve yrke som helsepersonell midlertidig i Norge uten norsk autorisasjon, lisens eller spesialistgodkjenning eller andre personer som er fastsatt i forskrift.

Slike skader regnes som pasientskader dersom de er voldt under veiledning, undersøkelse, diagnostisering, behandling, ekspedisjon av legemidler fra apotek, pleie, vaksinasjon, prøvetaking,

⁵² Rt. 2013 s. 1689, avsnitt 38

⁵³ Passkl. § 1, annet ledd.

analyse av prøver, røntgen, forebygging av helseskader, medisinsk forsøksvirksomhet samt donasjon av organer, blod og vev».

Som bestemmelsen angir, gjelder loven for «pasientskader». En naturlig forståelse av ordlyden peker på at det er personskader på pasienten som er vernet. I Ot.prp.nr.31 (1998-1999), diskuteres hvilke skadetyper som bør dekkes av loven:

«Lødruputvalget foreslår at erstatning gis ved «skade» som er påført pasienten (lovutkastet § 3 jfr § 1). Skadebegrepet er ikke begrenset til de fysiske skader. Utvalget uttaler (NOU 1992:6 s 90):

«Med skade menes videre ikke bare fysisk skade, men også psykiske skader kan gi rett til erstatning hvis vilkårene ellers er tilstede. Dette gjelder uavhengig av om de er en følge av en fysisk skade eller ikke. Psykiske skader forårsaket ved at bedøvelse ikke har virket etter sin hensikt, kan f.eks. etter dette være erstatningsbetingende.»⁵⁴

Hensikten med sitatet ovenfor er å belyse at pasientskadeloven dekker fysiske og psykiske personskader i tilfeller hvor den skadelidte er å regne som pasient i henhold til de situasjoner som er opplistet i lovens § 1. Tingskader og andre skader av ikke-økonomisk art faller som nevnt utenfor lovens virkeområde.

«Fostervannsprøvedommen» gjaldt krav om erstatning for psykisk skade på mor i forbindelse med fødsel av et barn med downs syndrom som følge av medisinsk feilbehandling. Når kvinnen er «pasient» etter pasientskadeloven § 1, og har blitt påført en psykisk skade, må følgelig lovens bestemmelser komme til anvendelse.

«Steriliseringsdommen» fra 1999 gjaldt krav om erstatning for oppfostringsutgifter for et barn som ble født etter et mislykket steriliseringsinngrep. Dommen ble avsagt før pasientskadeloven trådte i kraft. Dersom kravet i saken vurderes etter pasientskadelovens regler, vil imidlertid vilkåret om «pasientskade» slik det er lagt til grunn i forarbeidene, vanskelig være oppfylt; det dreide seg ikke om en fysisk eller psykisk skade på pasient, men et økonomisk tap påført familien. Uavhengig av de verdiene Høyesterett fant avgjørende for å nekte erstatning i dommen om sterilisering, ville altså ikke tilfellet kunne blitt behandlet etter pasientskadelovens bestemmelser, da vilkåret om pasientskade ikke var oppfylt.

Såfremt pasientskadeloven hadde eksistert forut for avsigelsen av «Steriliseringsdommen», skulle altså de to høyesterettsdommene ikke vært avgjort etter samme regelsett. At flertallet i

⁵⁴ Ot.prp.nr.31 (1998-1999), på side 54

«Fostervannsprøvedommen» legger til grunn den samme argumentasjonen som i 1999, tyder på at forholdet mellom de to situasjonene har blitt misforstått. Hensynet til lovgiver og demokratisk legitimitet tilsier at pasientskadelovens forarbeider må anvendes på tilfeller som behandles etter pasientskadelovgivningen. Flertallet i «Fostervannsprøvedommen» uttaler imidlertid at hensynene har en mer omfattende rekkevidde enn hva som fremgår direkte av forarbeidene, og gir altså forarbeidsuttalelsene virkning også for tilfeller som skal behandles etter de alminnelige erstatningsrettslige regler.⁵⁵

Ettersom det er presumsjon for at de to regelsettene skal tolkes og anvendes likt hva gjelder forståelsen av skadebegrepet på området for personskader, kan det argumenteres for at anvendelse av pasientskadelovgivningens forarbeider og rettspraksis hensiktsmessig kan gjøres gjeldende også for tilfeller som behandles etter de alminnelige reglene. Bruk av rettskilder utenfor lovens egne virkeområde må imidlertid begrunnes ut fra hensyn som kan legitimere en slik bruk. En nærmere begrunnelse for hvorfor flertallet i «Fostervannsprøvedommen», anvender forarbeidene utvidende, gis imidlertid ikke. Selv om en anvendelse av pasientskadelovens forarbeider kan forsvares for tilfeller som behandles etter de alminnelige erstatningsrettslige reglene, så må dette forutsette at det dreier seg om situasjoner som gjelder tilfeller av personskader. Tilfeller av tingsskader og andre økonomiske tap hos den skadelidte, kan ikke på samme måte bli behandlet av reglene i pasientskadeloven. Derfor vil forarbeidsuttalelsene forut for pasientskadeloven, slik det forutsettes i «Fostervannsprøvedommen», ikke kunne anvendes på tilfeller hvor det ikke foreligger personskader, slik som situasjonen i «Steriliseringsdommen».

4.2 Foreløpig oppsummering: hvor langt holder rettskildebruken i «Fostervannsprøvedommen»?

I en ny juridisk artikkel i Lov og Rett, stiller Bjørn Henning Østenstad spørsmål om «Sårstelldommen» skal gis prejudikatsvirkning, og tillegges vekt utover det faktum at det er en dom avsagt av Høyesterett, for fremtidige saker angående pasientbehandling i forvaltningsretten.⁵⁶

Et av trekkene han peker på som svakhet ved avgjørelsen er at det ikke ble formulert *«noko fullstendig*

⁵⁵ Flertallets utvidende tolkning av skadebegrepet er behandlet ovenfor, under punkt 4.1.1

⁵⁶ Østenstad, LoR, 2014

*rettssetning av fleirtalet: tvert imot baserer ein seg på ulike grunnlag «sett i sammenheng».*⁵⁷ Han mener da at det er en sammensetning av vilkårslæren brukt utenfor sitt tradisjonelle virkeområde, i tillegg til at skillet mellom normering og tvangsgjennomføring i helsehjelpen ble brutt ned, og en oppfatning av at bruk av tvang er et fritt forvaltningsskjønn, som utgjorde det rettslige grunnlaget. Samlet sett ble dette hjemmel for å fravike legalitetsprinsippet, og godta helsehjelp gjennomført ved tvang.

Det Østenstad kommenterer om «Sårstelldommen», kan til en viss grad også trekkes inn som poeng overfor flertallets rettskildebruk i «Fostervannsprøvedommen». Som behandlet ovenfor, synes flertallet å legge til grunn både anvendelse av hensynene bak pasientskadeloven utenfor dens virkeområde, samt en ukritisk bruk av verdivalget i «Steriliseringsdommen» på et annet skadetilfelle. Ingen av disse to rettskildefaktorene, som var avgjørende for resultatet i «Fostervannsprøvedommen», synes å kunne anvendes direkte for det aktuelle spørsmålet i saken. Det blir en sammensetning av to forskjellige rettslige spor, som i utgangspunktet ikke lar seg forene; Bruken av forarbeidene ivaretar ikke demokratisk legitimitet da de blir anvendt på et forhold som ligger utenfor det opprinnelige virkeområdet for loven (se punkt 3.3), og det ikke blir foretatt noen selvstendig tolkning av skadebegrepet innenfor rammen av pasientskadelovgivningen (se punkt 4.1). I tillegg gjaldt «Steriliseringsdommen» et annet typetilfelle av erstatningskrav for medisinsk feilbehandling, slik at det ikke er grunnlag for å anvende samme verdiforutsetninger i begge sakene (se punkt 3.5).

Når det heller ikke begrunnes hvorfor disse ulike rettslige sporene etter flertallets oppfatning kunne tillegges tilstrekkelig vekt til å føre til domsresultatet i «Fostervannsprøvedommen», tilsier det ytterligere at de hensynene som ligger bak Østenstads oppfatning om manglende prejudikatsvirkning i «Sårstelldommen», langt på vei kan gjøres gjeldende også for «Fostervannsprøvedommen».

På hvilken måte vurderingene av argumentasjonen i «Fostervannsprøvedommen» spiller inn på avgjørelsens prejudikatsverdi, vil bli nærmere drøftet i oppgavens kapittel 6.

5. Foreligger det grunn til å skille mellom skader som oppstår under svangerskapet og skader som oppstår samtidig som barnet blir født?

⁵⁷ Østenstad, LoR 2014, på side 500

5.1 Innledning

«Fostervannsprøvedommen» har aktualisert spørsmålet om det er grunn til å behandle alle tilfeller av skader som følge av medisinsk feilbehandling i forbindelse med svangerskap på samme måte.

Argumentasjonen i dommen kan tyde på at begrunnelsen for å avvise erstatningskrav i svangerskapsaker vil ha et stort virkeområde, og at alle tilfeller skal behandles likt.

I «Fostervannsprøvedommen» uttaler flertallet at krav som oppstår «som følge av» at det blir født et barn ikke omfattes av skadebegrepet.⁵⁸ I både «Steriliseringsdommen» og «Fostervannsprøvedommen» gjaldt erstatningskravet økonomiske tap som oppstod *etter* fødselen av et barn. Krav som oppstår ”som følge av” at et barn blir født, vil naturlig knytte seg til erstatningsposter som oppstår samtidig med, eller i etterkant av, fødselen. Mange skader i forbindelse med medisinsk feilbehandling vil imidlertid kunne oppstå under svangerskapet, *før* barnet er født.

Som illustrasjon på problemstillingen, kan det oppstilles et praktisk eksempel; En kvinne får utført et steriliseringsinngrep ved et norsk sykehus, hvorpå det i ettertid viser seg at inngrepet var mislykket. Som følge av dette ble kvinnen gravid, og hun velger å beholde barnet. Steriliseringsinngrepet medfører infeksjon i livmoren. Kvinnen må undergå flere behandlende inngrep, og opplever store komplikasjoner gjennom svangerskapet. Hun krever erstatning for de utgifter i forbindelse med inngrepene og sykdomsperioden hun har blitt påført, samt tapt arbeidsinntekt i perioden før fødselen. Kort tid før fødselen ble kvinnens helsetilstand forbedret, slik at hun ikke ble påført noen ytterligere tap etter at barnet ble født.

Situasjonen skissert ovenfor skiller seg en del fra de faktiske omstendighetene i både «Steriliseringsdommen» og «Fostervannsprøvedommen», fordi skaden det eventuelt kan knyttes erstatningsansvar til, oppstod og gjorde seg gjeldende før fødselen av barnet. Det er usikkert om «Fostervannsprøvedommen» kan anvendes som prejudikat for et slikt tilfelle, da det avgjørende momentet i dommen, «som følge av» at det blir født et barn, ikke umiddelbart tilsier at det skal gjøres gjeldende for fysiske skader som oppstår på mor før barnet er født.

Likheten er at det i alle tilfellene dreier seg om et «uønsket» svangerskap, hvor et medisinsk inngrep skulle ha forhindret unnfangelse av barnet.

⁵⁸

Rt. 2013 s. 1689, avsnitt 38, jf. NOU 1992:6 s. 90

Foreligger det gode grunner for å skille mellom skader som oppstår under svangerskapet og skader som oppstår samtidig med eller etter at barnet er født, eller må også slike tilfeller behandles likt som følge av den utvidende tolkningen av forarbeidsuttalelsen i «Fostervannsprøvedommen»?

En sondring mellom ulike skadetyper har vært uttalt i norsk juridisk teori av forfatteren Aslak Syse.⁵⁹ Han reiser spørsmålet om et mislykket abortinngrep som fører til barnefødsel bør være erstatningsrettslig vernet, og svarer bekreftende på dette. Av andre norske teoretikere har det i lang tid vært slått fast at et barn ikke er å regne som en erstatningsrelevant skade, og at oppfostringsutgifter ikke kan kreves etter et mislykket inngrep som skulle forhindre barnet. Det samme har pasientskadelovens forarbeider og rettspraksis, med «steriliseringsdommen» i spissen. Det har i mindre grad vært stilt spørsmål om andre typer krav i forbindelse med mislykkede familieplanleggende inngrep kan aksepteres.

Hvorvidt erstatningskrav for andre skader enn oppfostringsutgifter kan aksepteres må bero på den normative vurderingen av erstatningsrettslig vern, idet det ofte vil være mindre problematisk hvorvidt vilkårene om årsakssammenheng og ansvarsgrunnlag er oppfylt.

Syse viser til de argumenter som ble presentert av Kjørstad i 1991, og uttaler at de etiske betenkelige sidene ved at det skal utbetales erstatning til foreldre som føder friske barn, bør vektlegges noe sterkere enn det Kjørstad legger til grunn.⁶⁰

I forbindelse med mislykket abort med etterfølgende fødsel av friskt barn tar Syse til orde for at erstatningsutmålingen begrenses til dokumenterte krav på kvinnens side, enten i forbindelse med gjennomføringen av et nytt abortinngrep, eller gjennomføringen av svangerskap og fødsel. Erstatning for oppfostringsutgifter bør utelukkes helt – et slikt vern vil relativisere verdien av den normale menneskelige utvikling i en familiesituasjon, og dette er det ingen tradisjon for i Norge.⁶¹

Syse ser altså ut til å ville akseptert andre skadetyper enn oppfostringsutgifter som erstatningsberettigede ved et mislykket abortinngrep. Mer konkrete eksempler enn «dokumenterte krav på kvinnens side» nevnes ikke, men ut fra konteksten, hvor krav om oppfostringsutgifter klart avvises, kan slike dokumenterte krav tenkes å være en fysisk eller psykisk skade påført kvinnen under svangerskapet. Det kan dermed tenkes at Syse ville ha tilkjent erstatning i tilfellet i «Fostervannsprøvedommen».

⁵⁹ Aslak Syse, «Abortloven – Juss og verdier» (1993)

⁶⁰ Syse (1993), på s. 132, jf. Kjørstad (1991)

⁶¹ Syse (1993), på s. 132

5.2 Fosterets rettsvern i abortlovgivningen

Et født barn har et ubestridt krav på rettsvern, på lik linje med andre borgere.⁶² Situasjonen stiller seg annerledes før barnet er kommet til verden, da en norsk kvinne i dag har rett til å foreta selvbestemt abort under visse vilkår. Det kan stilles spørsmål om det kan trekkes en parallell mellom barnets rettsstilling og erstatningsspørsmål som oppstår før og etter fødsel. I det minste om et slikt skille kan gi veiledning for erstatningsspørsmålet.

Abortlovgivningen og dens forarbeider kan her gi veiledning angående hvilke interesser som gjør seg gjeldende under svangerskapet etter norsk rett.

Abortloven⁶³ regulerer når svangerskapsavbrudd kan skje. Det er på det rene at svangerskapsavbrudd i dag er en anerkjent rett i det norske samfunnet, og at det ufødte fosteret ikke har et ubetinget krav på rettsvern. Aslak Syse formulerer blant annet fosterets rettsvern i relasjon til abortlovens regler som «*konkret den beskyttelsen som skal sikre fosterets liv mot å bli utslukket*».⁶⁴

I Ot.prp.nr.38 (1974-1975), forarbeider i forbindelse med vedtakelse av ny abortlovgivning, uttaler departementet at;

*«Et foster har krav på vern i likhet med annet liv. At dette krav på vern ikke er absolutt, er erkjent selv i den mest restriktive lov om svangerskapsavbrudd. Såfremt loven tillater at svangerskap under visse forhold avbrytes, er ikke vernet absolutt. Den nåværende lov aksepterer da heller ikke at fosterets krav på vern er absolutt og ukrenkelig under ethvert forhold».*⁶⁵

Samtidig som det er uttrykket eksplisitt i abortlovens forarbeider at fosterets liv ikke er absolutt, har abortlovgivningen blitt endret flere ganger til fordel for kvinnens rett til å selv bestemme hvorvidt hun ønsker å avbryte svangerskapet. I dag er hovedregelen selvbestemt abort for kvinnen inntil utgangen av

⁶² Jf, b.l.a Kongeriket Norges Grunnlov LOV 1815 17 mai, §93 «ethvert menneske har rett til liv»

⁶³ Lov om svangerskapsavbrudd [abortloven] 13. juni 1975 nr. 50

⁶⁴ Aslak Syse, «Abortloven, - Juss og verdier -» Gyldendal 1993, på side 137. Se også Ot.prp. nr. 53 (1977-1978), på side 10: om prinsippet om fosterets *graderte rettsvern*

⁶⁵ Ot.prp.nr.38 (1974-1975) Om lov om svangerskapsavbrudd, på side 5

12. svangerskapsuke.⁶⁶ Etter utgangen av 12. svangerskapsuke, og i takt med fosterets utvikling, vil det kreves sterkere grunner for å avbryte svangerskapet.⁶⁷ Fosterets krav på rettsvern kan derfor sies å være relativt, og dette peker på at det må skilles mellom fosterets rettsstilling før og etter fødsel.

Da kvinnen har full selvbestemmelsesrett som hovedregel når det gjelder svangerskapsavbrudd, samt at det er legitimert at fosteret ikke har absolutt rettsvern under svangerskapet, tilsier lovgivningen samlet at det er kvinnens interesser som veier tyngst under svangerskapet. Når svangerskapsavbrudd er et vernet rettsgode etter norsk rett, mye basert på kvinnens interesser under svangerskapet, foreligger det gode grunner for at verdisamspill mellom lovene bør føre til at kvinnen får tilkjent erstatning ved feilbehandling under svangerskapet. At kvinnens interesser i abortsituasjonen er større enn fosterets, kan derfor forsvare at fosterets vern må vike for kvinnens også i saker om pasientskadeerstatning.

På dette grunnlaget er det mye som taler mot å behandle krav om erstatning for skade som oppstår under svangerskapet på samme måte som skader som oppstår etter at barnet er født. Fosterets og det fødte barns ulike rettsstilling taler for at det skilles mellom erstatningskrav på de ulike livstadiene.

5.3 Abortloven og «Fostervannsprøvedommen»

I «Fostervannsprøvedommen» oppstod kvinnens psykiske skade som følge av den medisinske feilbehandlingen etter fødselen, og hun fikk vite at barnet var født med downs syndrom. Kvinnen som var saksøker i dommen var i en situasjon hvor svangerskapsavbrudd etter abortloven kunne vært et aktuelt inngrep idet det viste seg at barnet ville bli født med funksjonshemming.

Abortloven gir kvinnen selvbestemmelsesrett hva angår avgjørelsen om å avbryte svangerskapet frem til utgangen av 12. svangerskapsuke.⁶⁸ Kvinnen har rettskrav på å få utført svangerskapsavbrudd i denne perioden, med samme styrke som hun for eksempel har rett til øyeblikkelig helsehjelp etter pasientrettighetsloven § 2-1 første ledd, og retten til økonomisk stønad etter folketrygdlovens

⁶⁶ Jf. abl. § 2, annet ledd.

⁶⁷ Syse (1993), på side 144

⁶⁸ Abl. § 2, 2. ledd

bestemmelser.⁶⁹ Etter 12. svangerskapsuke er det en nemd som, etter kvinnens anmodning, avgjør om svangerskapsavbrudd skal tillates. Av abl. §2, 3. ledd bokstav a-e listes opp de alternative vilkår som må være oppfylt for at abort kan gjennomføres etter 12. svangerskapsuke. Abort kan blant annet 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;

[...]

Ved vurderingen av begjæring om avbrudd begrunnet i forhold som nevnt foran i tredje ledd bokstav a, b og c skal det tas hensyn til kvinnens samlede situasjon, herunder hennes muligheter til å dra tilfredsstillende omsorg for barnet. Det skal legges vesentlig vekt på hvordan kvinnen selv bedømmer sin situasjon».

Lovgiver har anerkjent kvinnens psykiske tilstand samt kvinnens livssituasjon som hensyn i vurderingen av om hun skal ha rett til å gjennomføre abort utenfor selvbestemmelsesretten. Vilkårene i alternativ a) er alternative. Det er ikke noe krav at svangerskapet fører til urimelige psykiske belastninger for kvinnen; også psykiske belastninger ved fødselen eller omsorgen for barnet kvalifiserer til svangerskapsavbrudd. Det er videre tilstrekkelig at svangerskapet, fødselen eller omsorgen for barnet «kan» føre til urimelige psykiske belastninger for kvinnen.⁷⁰ Allerede *utsikter* som oppstår under svangerskapet om en urimelig psykisk belastning for kvinnen i *etterkant* av fødselen vil altså kunne berettige at det blir gjennomført svangerskapsavbrudd etter 12. uke.

Videre skal det legges «vesentlig» vekt på hvordan kvinnen selv bedømmer sin situasjon.⁷¹ Det er med andre ord i stor grad opp til kvinnen å vurdere hvorvidt svangerskapet, fødselen eller omsorgen for barnet vil belaste henne psykisk eller innvirke på hennes samlede livssituasjon.

Etter ordlyden i abl. § 2, ville kvinnen som var saksøker i «Fostervannsprøvedommen» hatt rett til å gjennomføre abort etter bestemmelsene i a) og b). Selv om kvinnens psykiske tilstand inntrådte etter fødselen, er altså muligheten for psykisk belastning som vilkår for abort en vurdering som under

⁶⁹ Syse (1993), på side 134, jf. Lov 02. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) pasrl. § 2-1 første ledd og Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven) ftrl. (Syses henvisninger er til den tidligere lov om pasientrettigheter og tidligere lov om sosiale tjenester)

⁷⁰ Abl. § 2, 3. ledd bokstav a

⁷¹ Abl. § 2, 4. ledd

omstendighetene kan skje lenge før fødselen. Når mulige psykiske problemer i etterkant av svangerskapet er et forhold som legitimerer svangerskapsavbrudd, kan det anføres at dette også kan vektlegges i vurderingen av erstatningsspørsmålet.

5.4 Et blikk på utenlandsk rett – Har sontringen mellom ulike skadetyper kommet uttrykk i praksis?

5.4.1 Innledning

Høyesterett har i norsk rett ikke foretatt (eller drøftet hvorvidt det er grunn til å foreta) noen sontring mellom skader som følge av medisinsk feilbehandling som oppstår under svangerskapet og skader som oppstår i etterkant av at barnet er født. Som eksempel på det siste er krav om oppfostringsutgifter særlig aktuelt. I denne drøftelsen kan det derfor være aktuelt å se hen til utenlandsk rettspraksis for å nansere rettskildet.

I det følgende avsnittet skal det vises til at to sentrale dommer i britisk rett, fra House of Lords, i mye større grad enn Høyesterett i «Fostervannsprøvedommen», klarer å skille mellom de ulike typetilfellene som de ulike kravene utgjør.

At utenlandsk praksis innehar en klar formening om denne tematikken tilsier ikke at norsk rett bør legge samme oppfatning til grunn, men argumentasjon og begrunnelser angående grensen for erstatningsvern som eventuelt kan spores fra andre lands praksis kan være relevante å se hen til i tvilstilfeller hvor gode begrunnelser for den ene eller den andre løsningen hittil har vært fraværende.

5.4.2 Britisk rett

I britisk rett har oppfatningen tradisjonelt vært at fødsel av et barn ikke kan være en erstatningsrelevant skade for foreldrene, og krav om erstatning har blitt avslått med den begrunnelse at barnet har blitt ansett som en ubetinget glede og positiv virkning for foreldrene. Britisk rettspraksis har imidlertid gjennomgått

en utvikling på området for erstatningsspørsmål i saker som gjelder «wrongful birth»⁷², og etter 1980 har det kommet flere avgjørelser som har tilkjent foreldrene erstatning for uønskede svangerskap og fødsler.

Graver skriver at to avgjørelser fra House of Lords i England er illustrerende når det gjelder uttrykking av nyansene i de erstatningsrettslige spørsmålene som blir reist; *Macfarlane and Another v. Tayside Health Board* [1999] UKHL 50 og *Rees V. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003] UKHL 52.⁷³

Avgjørelsen i *MacFarlane* gjaldt spørsmålet om oppfostringen av et friskt barn som følge av at legepersonell utviste uaktsomhet i forbindelse med et steriliseringsinngrep, kunne kreves erstattet av foreldrene. *MacFarlane* var den første britiske avgjørelsen som omhandlet «wrongful birth» som kom opp for House of Lords, og skapte en ny presedens for denne typen erstatningskrav.

Saksforholdet i *MacFarlane* er nesten tilsvarende som i ”Steriliseringsdommen”; Et mislykket steriliseringsinngrep utført på far førte til fødsel av et friskt barn. Paret krevde erstatning for oppfostringsutgifter til barnet. I tillegg krevde moren erstatning for de økonomiske utgiftene hun hadde blitt påført i forbindelse med svangerskapet og fødselen, samt de smerter og ulemper hun hadde måtte gjennomgå som følge av sykehusets uaktsomhet.

Resultatet i House of Lords ble avvisning av kravet om oppfostringsutgifter for det fødte barnet hos samtlige dommere. Moren fikk imidlertid tilkjent erstatning på 10 000 pund for sitt krav med dissens 4-1. Det skal i det følgende ses på hvordan House of Lords skilte mellom de to kravene som knyttet seg til de ulike tapene hos saksøkerne.

Når det gjaldt foreldrenes krav om oppfostringsutgifter for barnet, ble det pekt på mange av de momentene som enkelt kunne tenkes å ligge bak formuleringen «verdivalg» i «Steriliseringsdommen», med henvisning til de tre generelle interesser som ble lagt til grunn der. Selv om House of Lords nyanserte vurderingen av oppfostringsutgifter langt bedre enn dommerne i «Steriliseringsdommen», ble det til syvende og sist avgjørende at et barn ikke kunne anses som en erstatningsrelevant skade moralsk sett, og at gleden ved å få barnet uansett ville veie tyngre enn de økonomiske ulempene foreldrene ble påført. På samme måte som i «Steriliseringsdommen» berodde altså vurderingen på et verdivalg.

⁷² En «Wrongful birth» er en fødsel som følge av legepersonells feil, hvor en slik fødsel skulle vært avverget, for eksempel ved abortinngrep eller sterilisering, jf. b.l.a Kjønstad (1991), på side 131

⁷³ Graver TFE (2012), på side 1

Morens tilleggskrav om erstatning for tort og sveie i forbindelse med graviditet og fødsel ble på den annen side akseptert av alle dommerne i House of Lords, med unntak av én. Fire av fem dommere anså morens smerter og påkjenninger under svangerskapet og i forbindelse med fødselen som er erstatningsrelevant skade som det kunne knyttes erstatningsansvar til.

Lord Steyn la til grunn at morens krav kunne anføres alene på det grunnlag at hun ble gravid og måtte gjennomgå en fødsel, med de smerter og påkjenninger det medførte. Han avviste videre anførsel fra saksøkte om at moren ikke hadde blitt påført noen personskade ved å gjennomgå svangerskapet og fødselen, og han fant at vilkårene for erstatning var tilstede da de rettferdighetshensyn som forhindret erstatning for barnets oppfostringsutgifter ikke gjorde seg gjeldende for morens krav. Det var ikke noe støtende eller upassende ved å tillate kravet, mente han, da det var et klart avgrenset krav som hadde oppstått helt kurant fra det faktum at fru MacFarlane hadde gått gravid.⁷⁴

Lord Hope fortsatte, og uttalte i sitt votum at kravet til moren virker å være et ukomplisert krav om oppreisning hvor det har skjedd en urett, og som ville vært tilsvarende dersom det hadde foreligget et klassisk tilfelle av personskade.⁷⁵

Morens krav kunne, etter Lord Hopes mening, med enkle ord beskrives som et krav for tap hun hadde lidt som resultat av en skade forårsaket av sykehusets uaktsomhet. Prosessene for steriliseringsinngrep er lett tilgjengelige i britiske sykehus til de som ønsker å benytte seg av dem, og for Lord Hope var det i utgangspunktet ingen grunn til at loven ikke bør erstatte skader hvor unnfangelsen skyldes legepersonales uaktsomhet.

På prinsipielt grunnlag fant Lord Hope at erstatningsposten for morens smerter og påkjenninger hadde et langt mindre moralsk preg, og hadde større preg av å være et økonomisk tap, enn posten for oppfostringsutgifter. Han begrunnet dette synet ved å uttale at selv om gleden over barnet og kjærligheten til det er så stor at den er umulig å verdifastsette, er det ikke noe kjent prinsipp at en slik glede gjør at en ikke er berettiget til erstatning for forutgående smerter og påkjenninger før barnet ble født.

The Lord Ordinary, i underretten, avviste kravet i underretten, med begrunnelsen at gleden over å få et barn langt overstiger de smerter og ulemper svangerskapet medfører. Lord Hope kritiserte denne begrunnelsen, da han mente at det var snakk om å veie prinsipielt svært forskjellige faktorer mot

⁷⁴ *MacFarlane and Another v. Tayside Health Board* [1999] UKHL 50, Lord Steyns votum, avsnittet «The claim for pain, suffering and distress».

⁷⁵ *MacFarlane* [1999] UKHL 50, Lord Hopes votum, avsnittet «The Mother's Claim».

hverandre, og at en slik avveining syntes ikke å være i tråd med erstatningsrettslige prinsipper. Det økonomiske tapet som gjorde seg gjeldende før barnet kom til verden, kunne ikke vurderes mot den emosjonelle gleden, mente han.⁷⁶

Lord Millett, sistvoterende, var den eneste av dommerne som avviste morens krav, da han ikke så noen grunn til å skille mellom de to kravene reist av saksøkerne. Den eneste forskjellen, mente han, var at kvinnens krav i forbindelse med fødselen var av en tidsbestemt art. Han argumenterte imidlertid for å tilkjenne en generell erstatning på 5000 pund i saken for den urett som ekteparet MacFarlane hadde blitt påført av sykehuset. Selv om ingen av kravene var erstatningsrettslig vernet, så han det slik at en beskjeden erstatningssum ville anerkjenne at sykehuset hadde handlet galt, og at det som konsekvens hadde skjedd noe som ikke skulle ha skjedd.⁷⁷

Resultatet i *MacFarlane and Another v Tayside Health Board* viser at det heller ikke i den øverste britiske domstolen foreligger konsensus om hvorvidt det kan tilkjennes erstatning for skader som oppstår under et svangerskap som fører til fødselen av et uønsket barn. I *MacFarlane* var i utgangspunktet alle grunnvilkårene oppfylt når det gjaldt å tilkjenne erstatning for morens krav i forbindelse med svangerskapet og fødselen, på samme måte som i «Fostervannsprøvedommen». Forskjellen ligger i den normative vurderingen av skadebegrepet. Hvor det i «Fostervannsprøvedommen» ble ansett å trå barnet som verdi for nære ved å tilkjenne erstatning for morens psykiske lidelse, ble skaden i *MacFarlane* av flertallet ansett langt mindre problematisk. Flertallet av dommerne i House of Lords fant ikke grunn til å behandle det andre kravet på samme måte som kravet om oppfostringsutgifter hva angikk de moralske og verdimessige vurderinger i spørsmålet om erstatning.

Avgjørelsen i *MacFarlane* ble fulgt opp i House of Lords i *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003] UKHL 52. Ms. Rees fikk utført et steriliseringsinngrep, da hun på grunn av en alvorlig og progressiv synsfeil, følte at hun verken kunne eller ønsket å påta seg de alminnelige oppgavene og ansvaret som morsrollen ville medføre. Hun fikk gjennomført inngrepet hos NHS, men inngrepet viste seg å ha vært mislykket, og Ms Rees unnfanget og fødte en sønn. Hun krevde erstatning både for oppfostringsutgifter og for de ekstra kostnader synsskaden hennes ville medføre for henne som mor og for oppfostringen av sønnen.

Kravet om oppfostringsutgifter ble avvist av samtlige dommere. Avgjørelsen fulgte tett etter *MacFarlane*, og det ble ikke funnet noen gode grunner til fravike resultatet der, da det ikke hadde kommet nye

⁷⁶ *MacFarlane* [1999] UKHL 50, Lord Hopes votum, avsnittet «The Mother's Claim».

⁷⁷ *MacFarlane* [1999] UKHL 50, Lord Millets votum, avsnittet som starter med «It does not, however».

argumenter av betydning for å tilkjenne erstatning for oppfostringsutgifter. Mange av de samme argumentene fra *MacFarlane* ble gjentatt og vektlagt.

Det var kvinnens krav om ekstrautgifter i forbindelse med oppfostringen som skyldtes hennes synsskade, som var gjenstand for de mer kompliserte juridiske drøftelsene i saken. Også dette kravet ble avvist, med dissens 4-3. De fire dommerne i flertallet fant imidlertid at det burde tilkjennes en generell erstatningssum på samme måte som Lord Millett argumenterte for i *MacFarlane*-saken.

Krav om oppfostringsutgifter for et friskt barn ble altså avvist av samtlige dommere også i *Rees*. Når i tillegg kravet om ekstrautgifter, som kvinnen ville bli påført som følge av sin funksjonshemming i rollen som mor, ble avvist, skyldes dette at motsatt løsning ikke ville bli generelt rettferdig. Basert på sosiale og økonomiske forhold i hvert enkelt tilfelle, fantes det ikke god nok grunn til å skille mellom funksjonshemmede og funksjonsfriske på generelt grunnlag. Avvisningen av kravet om ekstrautgifter skyldtes derfor ikke nødvendigvis at tilkjenning av et slikt krav ville kunne bygge på en oppfatning av at barnet ble ansett som en skade.

Lord Bingham uttrykker en viss skepsis til løsningen i sitt votum; Han aksepterer at det foreligger en klar policy i rettstilstanden om at fødselen av et friskt barn ikke kan være gjenstand for erstatning, og således at krav om oppfostringsutgifter skal avvises. Han stiller imidlertid spørsmålstegn ved rettferdigheten ved en regel som avviser ethvert krav fra en pasient som er utsatt for feilbehandling – en rettslig feil – fordi kravet er knyttet til sterilisering eller annet krav i forbindelse med fødselen av et barn.⁷⁸

I britisk rettspraksis av nokså nyere dato, ser vi altså mye klarere skille mellom økonomiske tap som ikke anses erstatningsrettslig vernet på området for familieplanlegging, fordi oppfostringsutgifter knyttet til fødselen av et barn ikke kan anses som en erstatningsrelevant skade, og andre skader som oppstår under svangerskap på grunn av medisinsk feilbehandling utført på en av foreldrene. Den generelle regelen om at et barn ikke er en skade som kan erstattes, som ble lagt til grunn i *MacFarlane* på bakgrunn av krav om oppfostringsutgifter, ble derfor ikke anvendt utenfor nettopp dette typetilfellet. Britisk rettspraksis, basert på de to gjennomgåtte avgjørelsene fra House of Lords, har i motsetning norsk rettspraksis, tatt stilling til hvorvidt det er grunn til å skille mellom de ulike skadetyperne, og kommet frem til et bekræftende svar på denne problemstillingen.

⁷⁸ *Rees* [2003] UKHL 52, avsnitt 8.

6. Medfører manglene ved begrunnelsen i «Fostervannsprøvedommen» at dommens prejudikatsverdi blir svekket?

I kapittel 3 og 4 i oppgaven ble rettskildebruken i «Fostervannsprøvedommen» behandlet og sammenholdt med «Steriliseringsdommen», og det ble etter dette konkludert med at flertallets rettskildebruk på flere måter kan kritiseres. Dette er reelt sett et spørsmål om avgjørelsens prejudikatsverdi.

I forlengelse av det som er drøftet ovenfor, både når det gjelder tolkningen av skadebegrepet i «Fostervannsprøvedommen» i kapittel 4 og det som fremgår av analysen av britisk rettspraksis og abortlovgivningen i kapittel 5, blir det aktuelt å stille spørsmålet om «Fostervannsprøvedommen» mangler prejudikatsverdi. Her i kapittel 6 vil altså spørsmålet om prejudikatsvirkningen til «Fostervannsprøvedommen» behandles mer inngående, basert på de undersøkelser gjort i kapittel 5, i tillegg til delvurderingen i kapittel 3 og 4.

En dom avsagt i Høyesterett om et lignende tilfelle vil normalt bli lagt stor vekt på ved avgjørelse av et nytt tilfelle. Om betydningen av uttrykket prejudikatsverdi, uttaler Østenstad at;

«Eg brukar i denne framstillinga prejudikatsomgrepet som eit stikkord for at ein dom frå Høgsterett normalt vil stå i ei særstilling som rettskjeldeargument. Også høgsterettsdommar må likevel underkastast ei vurdering av relevans og vekt, og det kan ikkje trekkjast slutningar frå sjølve prejudikatsomgrepet.»⁷⁹

Den alminnelige oppfatningen i juridisk teori går i retning av Østenstads syn; Høyesterettsavgjørelser står i en særstilling som rettskildefaktor og skal normalt tillegges stor vekt, på grunn av Høyesteretts posisjon som dømmende makt. Likevel må dommens relevans og vekt avgjøres for det aktuelle rettsspørsmålet tilsvarende som for andre rettskildefaktorer.⁸⁰

Det er altså ingen selvfølge at høyesterettspraksis skal legges til grunn for fremtidige rettsavgjørelser, dommens prejudikatsverdi vil være i kraft av dens relevans for det aktuelle rettsspørsmålet, samt juridiske

⁷⁹ Østenstad, 2014, på side 485

⁸⁰ Østenstad, 2014, på side 485, fotnote 9 hvor det henvises til Nygaard 2004 side 82: «Spørsmålet om dommens relevans og vekt i høve til rettsspørsmålet må avgjerast tilsvarende som for andre rettskildefaktorar. Men på grunn av den spesielle posisjon ein høgsterettsdom har som rettskjeldedaktor når det gjeld vekt, skiljer den seg dels ut [...]»

overbevisning. «Fostervannsprøvedommen» er en relativt fersk avgjørelse, og Høyesterett har ikke ennå rukket å stadfeste eller fravike de synspunkt som fremgår av dommen. Spørsmålet i dette avsnittet er dermed hvorvidt «Fostervannsprøvedommen» *bør* få avgjørende betydning for spørsmålet om erstatning i forbindelse med medisinsk feilbehandling ved svangerskap.

Som gjennomgått ovenfor, er det flere momenter i førstvoterendes argumentasjon som tyder på at begrunnelsen i «Fostervannsprøvedommen» ikke er adekvat. Dette gjelder blant annet Høyesteretts bruk av forarbeidene, som flertallet tillegger stor vekt. En dårlig begrunnet dom vil generelt ha mindre prejudikatsverdi enn velbegrunnede avgjørelser, basert på overbevisningskraften.⁸¹ Dommens prejudikatsvirkning bør med dette være noe svekket. Når flertallet baserer mye av argumentasjonen på feil anvendelse av lovgivningen, aktualiseres hensynet til demokratisk legitimitet. Når koblingen til lovgivningen og lovgivers vilje i dommen ikke er umiddelbar, faller noe av Høyesteretts fundament for avgjørelsen i «Fostervannsprøvedommen» bort.

Avgjørelsen i «Fostervannsprøvedommen» ble avsagt med dissens 3-2. I tillegg kom tingretten og lagmannsretten til motsatt konklusjon hva angikk erstatningskravet.⁸² Høyesterett er klart nok ikke bundet av underrettenes vurderinger, og en avgjørelse av Høyesterett kan således ikke sies å mangle prejudikatsverdi basert på at lagmannsretten eller tingretten kom til det motsatte resultat. Imidlertid kan både dissensen og underrettenes uenighet tilsi at det ikke foreligger noen rådende oppfatning blant rettsanvendere angående spørsmålet om erstatningsansvar i tilfeller som i «Fostervannsprøvedommen», og dette taler for at avgjørelsen fra 2013 ikke er hugget i sten.

Som avslutning på sin artikkel, viser Østenstad til at de metodiske mangler ved «Sårstelldommen» til sammen må *«vesentleg svekkje domspremissane sine prejudikatsverknader på eit prinsippnivå, altså for oppfatninga vår av rettskjeldeprinsippa, særleg fordi dei aktuelle standpunkt ikkje blir drøfta og grunngjevne. Som ein funksjon blir også den overordna diskusjonen om kva Sårstelldommen har å seie for legalitetsprinsippet sin styrke i helseretten, påverka»*.⁸³

«Fostervannsprøvedommen» vil per i dag lite trolig alene føre til at det skal skilles mellom psykiske og fysiske skader i erstatningsretten, da dommen har for liten selvstendig rettskildemessig kvalitet til å kunne illegges en så stor rettsskapende betydning. Det hefter så store mangler ved dommens begrunnelse at den

⁸¹ Mads Henry Andenæs «*Rettskildelære*» 2. utgave 2009, på side 84-85

⁸² THARD-2011-97157, LG-2012-111628

⁸³ Østenstad, (2014), på side 500

kan tillegges liten eller ingen prejudikatsvirkning utover det konkrete tilfellet den direkte tar stilling til. Forarbeidsuttalelsen i NOU 1992:6 ble trukket for langt av flertallet til at resultatet kan legges til grunn som gjeldende rett i fremtiden. Det samme gjelder et eventuelt skille mellom skader som oppstår under svangerskapet og skader som oppstår i etterkant av fødselen. Grunnlaget er imidlertid lagt for at det kan skje utvikling i praksis for begge problemstillingene.

Imidlertid er ikke bildet av avgjørelsens rettsskapende virkning fullt så entydig; Det tyder på at det er Høyesteretts usikkerhet når det gjelder problemet med å anvende barnet som verdi i erstatningssaker som er avgjørende for at det ikke tilkjennes erstatning i «Fostervannsprøvedommen». Høyesterett uttrykker at det ikke kan tilkjennes erstatning når barnet som verdi blir trådt for nær, og kan identifiseres med en skade⁸⁴. Denne uklarheten angående hvor grensen for erstatningsrelevante skader skal gå på dette området, kan tenkes å føre til at marginen for hovedregelen gjøres romslig også for fremtidige tilfeller. Ikke før det lar seg gjøre å trekke opp en klarere linje mellom hvilke skader som faller innenfor og utenfor det erstatningsrettslige vernet, kan det svares nøyaktig på hvilken betydning «Fostervannsprøvedommen» vil komme til å få. Grensen for det erstatningsrettslige vernet blir ikke klargjort med denne avgjørelsen.

7. Avsluttende bemerkninger

Grensen for erstatningsrettslig vern når det gjelder medisinsk feilbehandling i forbindelse med svangerskap og fødsel kan ikke klarlegges for andre typetilfeller enn hvor kravet utelukkende gjelder oppfostringsutgifter og spørsmålet er hvorvidt et født barn er å regne som en erstatningsrelevant skade, slik som i «Steriliseringsdommen». Her må kravet klart avvises. Når det gjelder andre typetilfeller, er det usikkert hvor mye «Fostervannsprøvedommen» isolert tilfører dagens rettstilstand, herunder innsnevring av erstatningsvernet på området. Usikkerheten skyldes for en stor del mangelfull juridisk argumentasjon og rettskildebruk i avgjørelsen knyttet til skadebegrepet. «Fostervannsprøvedommen» bør ikke ukritisk legges til grunn for fremtidige tilfeller av feilbehandling under svangerskap, og dermed ikke tillegges noen videre rettsskapende virkning.

Spørsmålet om erstatning for psykiske og fysiske personskader under svangerskap og fødsel kan etter min mening fortsatt holdes åpent. Dette betyr at det kreves avklaring av hvor langt erstatningsvernet rekker, og hva som godtas som en erstatningsrelevant skade på området for familieplanlegging.

⁸⁴ Rt. 2013 s. 1689, avsnitt 38-40

Med avsigelse av avgjørelsene i «Steriliseringsdommen» og «Fostervannsprøvedommen», samt tidligere underrettspraksis⁸⁵, har det blitt fastslått at det ikke er en enkel oppgave for domstolene å ta stilling til denne typen erstatningsrettslige krav, hvor skadevurderingen i stor grad har blitt preget av moralske og etiske oppfatninger. Moralske verdier slik som menneskeverd vil klart nok være med på å prege rettstilstanden innenfor mange rettsområder, og har vært med på å forme rettsstaten og de normene vi har i det norske samfunnet i dag. At et spørsmål er preget av moral er med andre ord ikke problematisk i seg selv, men den konkrete vurderingen av rettsspørsmål blir desto vanskeligere når det er følelser knyttet til moral og livssyn involvert hos allmennheten, og gjerne også hos dommerne.

Dersom en holder seg til den juridiske siden av skadevurderingen, har vi sett at det er mye som taler for å skille mellom de ulike typetilfellene som krav om oppfostringsutgifter og andre skader påført mor under svangerskapet eller fødsel, utgjør. Ser en mer isolert på den sistnevnte skadegruppen, vil det i det hele tatt være gode grunner for å behandle disse som mer alminnelige tilfeller av personskade enn hva rettsregelen fra «Steriliseringsdommen» tilsier brukt i «Fostervannsprøvedommen». Det erstatningsrettslige systemet tilsier til syvende og sist at en skal få erstattet de skader en blir påført dersom vilkårene for dette er tilstede. Et barn er ikke å regne som en skade. Dette er fastslått. Men dette bør ikke føre til at enhver fysisk eller psykisk skade som oppstår på grunn av legepersonells uaktsomhet i forbindelse med svangerskap eller fødsel, og hvor barnet «tilfeldigvis» er uønsket, ikke kan kreves erstattet overhodet. Det vil være mange mer «alminnelige» skader som ikke vil kunne kreves erstattet dersom en følger tendensen etter «Fostervannsprøvedommen» sammenholdt med ”Steriliseringsdommen”, som tilsynelatende taler for at en trår barnet for nært ved å anerkjenne et slikt krav. Holdes typetilfellene atskilt, slik det er pekt på i oppgaven at det foreligger gode grunner for, vil en kanskje se at barnet som verdi ikke nødvendigvis vil krenkes i en rekke av de tilfeller som oppfatningen fra 2013-dommen synes å omfatte.

Som svar på oppgavens hovedproblemstilling i hvilken grad «Fostervannsprøvedommen» vil føre til en innsnevring av erstatningsvernet på området for familieplanlegging, kan det oppsummert sies følgende: «Fostervannsprøvedommen» vil kunne føre til en innsnevring av skadebegrepet, og dermed det erstatningsrettslige vernet dersom avgjørelsen tas til følge i fremtiden. Det finnes imidlertid en rekke gode grunner for at avgjørelsen ikke bør gis prejudikatsvirkning, og anvendes utenfor det konkrete tilfellet avgjørelsen tar stilling til, og spørsmålet om innsnevring av skadebegrepet bør derfor fortsatt stå åpent med denne avgjørelsen.

⁸⁵ Blant annet Trondheim byretts dom av 2. juli 1990 (Sak nr 551/89 A) og Oslo byretts dom av 21. mars 1990 (Sak nr 2038/88-7), som omtalt av Kjøenstad (1991), på side 156-157

8. Litteraturliste

Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov grl.

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

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

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

Lovforarbeider

NOU 1977:33 Om endringer i erstatningslovgivningen

NOU 1992:6 Erstatning ved pasientskader

Ot.prp.nr.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

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

Norske rettsavgjørelser

Rt. 1992 s. 1469

Rt. 1999 s. 203

Rt. 2007 s. 425

Rt. 2010 s. 612

Rt. 2013 s. 1689

LG-2012-111628

LF-1996-1005

THARD-2011-97157

Utenlandske rettsavgjørelser

MacFarlane and Another v. Tayside Health Board [1999] UKHL 50

Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust [2003] UKHL 52

Juridisk litteratur

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære 2.* utg. M.H.Andenæs (2009)

Frøseth, Anne Marie, *Skadelidtes egeneksponering for risiko i erstatningsretten*, Fagbokforlaget (2013)

Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, Gyldendal Norsk Forlag (2009)

Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, Universitetsforlaget (2007)

Syse, Aslak, *Abortloven – juss og verdier*, Gyldendal Norsk Forlag (1993)

Juridiske artikler

Graver, Hans Petter, *Rettferdighet som juridisk argument – kan graviditet sammenlignes med fysisk skade*, Tidsskrift for Erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett 2012 s. 1-4 (TFE-2012-1), Gyldendal Akademisk

Kjønstad, Asbjørn, *Erstatning ved «feilslått» familieplanlegging – særlig om utgifter til underhold av velskapt barn som fødes etter «mislykket» sterilisering eller abort*, Lov og Rett 1991 s. 131-136 (LOR-1991-131), Universitetsforlaget

Stavang, Endre, *Økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav*, Tidsskrift for Erstatningsrett 2004 nr 1(4) s. 243-260 (TFE-2004-243), Gyldendal Akademisk

Østenstad, Bjørn Henning, *Sårstellovdommen (Rt. 2010 s. 612) – prejudikat for kva?*, Lov og Rett Nr. 08 2014 s. 484-501 (LOR-2014-484), Universitetsforlaget