

FAB 2015-2

Rt. 2013 s. 1689 – Å dømme i verdispørsmål

[side 137]

Randi Sigurdsen

Randi Sigurdsen er cand.jur. 2000 og phd i rettsvitenskap i 2013. Hun er ansatt som førsteamanuensis ved Det juridiske fakultet, UiT, Norges arktiske universitet og som seniorrådgiver i Statens Helsetilsyn. Hun har tidligere arbeidet hos Fylkesmannen i Telemark.

Artikkelen er en analyse av Høyesteretts dom publisert i Rt. 2013 s. 1689. Dommen er avsagt under dissens 3-2. Spørsmålet i saken var om en kvinne hadde rett til pasientskadeerstatning. Kvinnen hadde fått psykiske skader etter å ha født et barn med Downs syndrom. I artikkelen blir det lagt vekt på den ulike tilnærmingen som henholdsvis flertall og mindretall har til sakens hovedproblemstilling og i bruken av rettskildematerialet.

1 Innledning

1.1 Aktualitet

I desember 2013 behandlet Høyesterett en sak referert i Rt. 2013 s. 1689, der spørsmålet var om en kvinne hadde rett til pasientskadeerstatning fordi hun ikke hadde fått utført fostervannsdagnostikk som ønsket. Kvinnen ønsket undersøkelsen for å få avklart om fosteret hadde en funksjonsnedsettelse. Barnet hun senere fødte viste seg å ha Downs syndrom. Kvinnen mente at manglende utført fostervannsdagnostikk medførte at hun utviklet en varig psykisk lidelse.

[side 138]

Kravet om erstatning retter seg mot at den ønskede fosterundersøkelsen ikke ble gjennomført, og ikke mot eksistensen av barnet. Til tross for dette utgangspunktet, har saken etter mitt syn også en verdimeisig side, fordi det ble født et barn hvis eksistens kunne vært forhindret. En sak med flere likhetstrekk ble behandlet i Rt. 1999 s. 203, heretter omtalt som steriliseringsdommen. Hovedspørsmålet der var om foreldrene hadde rett til å få erstattet utgiftene til oppfostring av et barn som var født etter at den ene forelderen hadde gjennomført et steriliseringsinngrep.

I steriliseringsdommen fremhevet Høyesterett at de sto overfor et verdivalg. Høyesterett kom enstemmig til at fødsel av et barn ikke er å anse som en skade i erstatningsrettslig forstand. Dette er en interesse som ikke skal undergis økonomisk vurdering.¹ Høyesterett ga imidlertid ingen signaler om rett til erstatning er avskåret ved enhver uønsket fødsel. Følgelig ble det ikke sagt noe om årsak til svikten i helsehjelpen, eller om konsekvensene svikten har for foreldrene kan være av betydning for erstatningsspørsmålet. Høyesterett konkretiserte heller ikke hvilke verdier som stod mot hverandre i steriliseringsdommen, og hvordan disse ble vektet. Dommen er kritisert blant annet for manglende begrunnelse av det verdimeisige standpunktet.²

Høyesterett delte seg 3-2 i dommen avsagt i desember 2013. Dissensen gjaldt spørsmålet om det forelå en erstatningsberettiget skade. Flertallet kom til at det ikke var tilfellet. Hovedbegrunnelsen var den samme som i steriliseringsdommen: at eksistensen av et barn ikke er en skade i erstatningsrettslig betydning. Mindretallet mente derimot at vilkårene for erstatning var til stede.

Formålet med denne artikkelen er å vurdere hvordan flertallet og mindretallet i Høyesterett nærmet seg en problemstilling som leder opp til verdimeisige avveininger. Jeg vil vurdere hvordan problemstillingene ble formulert. Videre vil jeg undersøke hvilke argumentasjonskilder som ble benyttet, og hvordan disse ble tolket og vektet. Et underliggende formål er følgelig å vurdere om Høyesterett denne gangen var mer åpen om sine verdivurderinger enn hva tilfellet var i steriliseringsdommen. Åpenhet om de skjønsmessige verdivurderingene er vesentlig fordi avveiningene kan ha politiske undertoner. Standpunktets rettslige legitimitet [side 139] avhenger av at argumentasjonen er rettslig forankret. Argumentasjonen skal ivareta kravene som stilles etter juridisk metodelære, og ikke være et resultat av friere vurderinger.

1.2 Sakens bakgrunn

Fra tidligere hadde kvinnen tvillinger født i 2001. Tvillingene var født for tidlig og hadde behov for særskilt omsorg. I tillegg hadde hun ett barn som var født i 2006. Da hun ble ikke-planlagt gravid i 2007, ønsket hun å sikre seg mot å få et barn med funksjonsnedsettelse. Kvinnen ble undersøkt på et sykehus og orientert om at bare fostervannsdagnostikk kunne avklare om barnet hadde en kromosomanomali. Likevel ble ikke denne undersøkelsen gjennomført. Ifølge kvinnen ville hun tatt abort om hun hadde visst om kromosomfeilen.

I fremstillingen av kvinnens begrunnelse for anken til Høyesterett, fremgår det at «fostervannsdagnostikk ble nektet» (avsnitt 18). Dette er en terminologi som er fulgt opp i de øvrige avsnittene som omhandler hennes begrunnelse, se avsnitt 20 («avslaget») og 21 («nektelsen»). Førstvoterende viser til kvinnens anførsel om «nektelse» av fosterdiagnostikk i forbindelse med diskusjonen om det forelå brudd på EMK (avsnitt 42). Utover dette omtaler både førstvoterende og annenvoterende at kvinnen ikke fikk tilbud om undersøkelsen (avsnitt 3, 35 og 49). Ettersom først- og annenvoterende viser til sammenfallende faktiske forhold i sin diskusjon av om det foreligger erstatningsrettslig vem,

legger jeg til grunn at det fra sykehusets side ikke ble utvist noen aktivitet for å gjennomføre fostervannsdagnostikk. Situasjonen for kvinnen ville vært en annen om hun var blitt nektet undersøkelsen. Imidlertid er det et forhold som fortrinnsvis har betydning for en diskusjon om ansvarsgrunnlag.

Ifølge dommens avsnitt 18 mener kvinnen at årsaken til den psykiske lidelsen hun utviklet etter at datteren var født, er en kombinasjon av uvissheten hun hadde levd med under svangerskapet og retraumatiseringen hun opplevde da det ble klart at datteren hadde Downs syndrom. Erstatningskravet ble avvist av Norsk pasientskadeerstatning (NPE) og senere Pasientskadenemnda, fordi de mente det ikke forelå en skade med erstatningsrettslig vern. Kvinnen fikk derimot medhold i både tingretten og lagmannsretten. Staten erkjente at det forelå en medisinsk dokumentert psykisk lidelse. I anken til Høyesterett gjorde staten gjeldende at mellom behandlingssvikten – manglende utført fosterdiagnostikk – og den [side 140] psykiske lidelsen var det verken faktisk eller adekvat årsakssammenheng. Videre viste staten til at barnets eksistens ikke er en skade med erstatningsrettslig vern. Kvinnen hevdet derimot at det var årsakssammenheng, faktisk og adekvat, mellom behandlingssvikten og skaden. Hun mente også at «nektelsen» av å foreta fostervannsdagnostikk var i strid med EMK artikkel 3 og 8 (avsnitt 21). Denne påstanden ble enstemmig avvist av Høyesterett (avsnitt 42-44 og 53). Jeg velger å begrense fremstillingen til spørsmålene der det er dissens og går derfor ikke nærmere inn i denne diskusjonen.

2 Sakens erstatningsrettslige spørsmål

Kvinnens krav om erstatning ble behandlet etter pasientskadeloven.³ Saken reiste to hovedspørsmål. For det første om det forelå skade i erstatningsrettslig forstand. Dermed om det var årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og skaden. Selv om steriliseringsdommen er kritisert,⁴ er det senere lagt til grunn at eksistensen av en person ikke er en skade.⁵ Denne saken utfordret dette utgangspunktet. Kravet i denne saken var formulert til å gjelde mørens rett til dekning av det økonomiske tap den psykiske lidelsen påførte henne, ikke eksistensen av barnet.

Hva gjelder faktisk årsakssammenheng, hevdet kvinnen at den psykiske lidelsen hun hadde utviklet – skaden – var en følge av at det ikke ble gjennomført fostervannsdagnostikk. Hun ville avsluttet svangerskapet hvis fosterundersøkelsen var blitt utført og dermed unngått å bli påført den psykiske lidelsen. Videre mente hun at det forelå adekvat årsakssammenheng. Det var ikke upåregnelig at en psykisk skade var følge av svikten i helsehjelpen. De to dommerne i mindretall mente at det forelå både faktisk og adekvat årsakssammenheng mellom svikten i helsehjelpen og kvinnens psykiske lidelse (avsnitt 49). Som følge av at flertallet kom til at det ikke forelå en erstatningsberettiget skade, diskuterte de ikke kravet til årsakssammenheng. [side 141] Jeg omtaler derfor ikke spørsmålene som gjelder årsakssammenheng her. Spørsmålet flertallet reiser i avsnitt 36 om skaden har erstatningsrettslig vern, leder imidlertid til visse adekvansbetraktninger. Det vil jeg komme tilbake til.

Det tredje alminnelige hovedvilkåret for erstatning – ansvarsgrunnlag – ble ikke diskutert fordi staten erkjente ansvar for det som ble hevdet å være en svikt i helsehjelpen. Opplysningene i saken er sparsomme med hensyn til hvorfor kvinnen ikke fikk utført den ønskede fostervannsprøven. Likevel stiller jeg spørsmål ved om det var en svikt at fostervannundersøkelse ikke ble gjennomført. Dette er en undersøkelse som blir utført for et mindre antall gravide på nærmere medisinsk indikasjon.

Etter pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a har en pasient rett til erstatning når skaden skyldes «svikt ved ytelsen av helsehjelp». Begrepet «svikt» er benyttet for å vise at terskelen for å kunne oppnå erstatning skal være forholdsvis lav.⁶ Intensjonen er imidlertid ikke å gi erstatning ved ethvert tilfelle der flere ressurser kunne vært brukt i gjennomføring av helsehjelpen. Erstatningsreglene fordrer en avveining av pasientens interesser mot allmennhetens interesser.⁷ Helsehjelp kan være meget ressurskrevende. Vurderingen av om det foreligger «svikt» må ses sammenheng med hva som er vanlig god praksis.⁸ Foruten at pasienten har rett til nødvendig helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1b, skal helsehjelpen være forsvarlig, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-2. At helsehjelpen skal være i tråd med «vanlig god praksis», tilsier at den skal være innenfor forsvarlighetskravet. Forsvarlighetskravet er uttrykk for en minstestandard og ikke en standard for hva som er å anse som optimal helsehjelp.⁹ Helsepersonell må ta stilling til hvor mye av samfunnets ressurser som skal brukes på den enkelte pasient. Til støtte for avveiningen er det utgitt veiledere og retningslinjer. For den aktuelle saken foreligger det et rundskriv utgitt av Helsedirektoratet: IS-23/2004 *Veiledende retningslinjer for bruk av ultralyd i svangerskapet. Bruk av ultralyd i den alminnelige svangerskapsomsorgen og i forbindelse med fosterdiagnostikk*. Av rundskrivet følger det at fosterdiagnostikk bare skal utføres når det er indikasjon [side 142] for dette. Det er angitt ulike situasjoner der fosterdiagnostikk kan tilbys.¹⁰ Samme sted står det at i spesielle tilfeller kan fosterdiagnostikk tilbys dersom kvinnen eller familien er i en vanskelig livssituasjon og ikke vil klare belastningen et funksjonshemmet barn kan medføre. Mindretallet siterer fra rundskrivet for å få frem dette innholdet (avsnitt 49). I vurderingen av om det foreligger svikt, skal det tas hensyn til hvilke krav som med rimelighet kan stilles til virksomheten, jf. § 2 andre ledd. Hvilke forventninger den aktuelle pasienten har hatt, er dermed ikke avgjørende.¹¹

Mindretallet synes å legge til grunn i avsnitt 49 at det manglende tilbudet om fosterdiagnostikk var en svikt. Jeg forstår derimot reglene slik at det er overlatt til helsepersonellet å foreta en konkret avveining innenfor de ovennevnte rettslige rammer. Dermed kan legen som kvinnen var i kontakt med, ha hatt legitime grunner for å avslå kvinnens ønske. I så fall foreligger det ikke et avvikende forhold sett i lys av vanlig god medisinsk virksomhet.¹² Flertallet viser i avsnitt 43 til rundskrivet, men med det utgangspunkt at fostervannsdagnostikk kun tilbys der det er indikasjon for det.

Kvinnen ble informert om at fostervannsdagnostikk kunne gi den sikreste avklaringen av hennes bekymringer. Det foreligger imidlertid ingen opplysninger om at hun på nytt henvendte seg til eksempelvis fastlege, jordmor eller sykehus og på nytt fremsatte ønske om denne undersøkelsen, fordi usikkerheten var en psykisk belastning for henne. Etter min mening er det uklart hvorvidt det foreligger en «svikt» i helsehjelpen.

3 Høyesteretts argumentasjon

3.1 Formulering av problemstillingen

På vegne av flertallet innleder førstvoterende med å vise til at saken gjelder spørsmål om erstatning for pasientskade. Videre sier han i avsnitt 24 at kravet gjelder kvinnens psykiske skade, og «ikke det forhold at hun har født et barn med Downs syndrom». Førstvoterende peker dermed på at skadekravet er knyttet til kvinnen, [side 143] ikke til barnet hun har født. Førstvoterende trekker tilsynelatende en linje mellom en klar juridisk problemstilling og et mer verdimessig aspekt. I samme avsnitts neste setning fortsetter han:

«Jeg finner det likevel naturlig å ta utgangspunkt i rettskilder som belyser rekkevidden av det erstatningsrettslige vernet når det fødes et barn, til tross for at medisinsk behandling skulle forhindre fødselen.»

Problemstillingen formuleres således på en måte som gir det rettslige spørsmålet en form av verdispørsmål. Deretter går førstvoterende over til å drøfte rettskilder som omhandler det erstatningsrettslige vernet. Begrunnelsen for at flertallet finner det «naturlig» å ta dette rettskildemessige utgangspunktet, fremgår ikke.

Andrevoterende innleder i avsnitt 48 med å vise til at det avgjørende er at det «kreves erstatning for mors psykiske skade, ikke for utgifter til oppfostring av et uønsket barn». Mindretallet formulerer således en problemstilling som tydeligvis er erstatningsrettslig forankret, og følgelig mindre verdipåvirket. Ved å stille spørsmålet slik er det også tydelig at problemstillingen er en annen i denne saken enn hva som var tilfellet i steriliseringsdommen.

Tilsynelatende stiller både flertallet og mindretallet samme hovedspørsmål – om kvinnen har krav på erstatning for den psykiske lidelsen hun utviklet. Flertallet dreier imidlertid vurderingstemaet mot en nærmere (kritisk) granskning av det erstatningsrettslige skadebegrepet. Det leder til ulikt startpunkt for de rettslige resonnementene, og til ulik bruk av de samme rettskildene.

3.2 Flertallets slutninger

Hvilke kilder som er relevante avhenger av den rettslige problemstillingen. Flertallet finner at det må gjøres en nærmere vurdering av det erstatningsrettslige skadebegrepet. Ettersom lovens ordlyd ikke inneholder en definisjon av «skade», er pasientskadelovens forarbeider et naturlig startpunkt. Førstvoterende viser til en forarbeidsuttalelse i avsnittene 25-26 om at utgifter til oppfostring av et barn som medisinske tiltak skulle forhindre, ikke er å anse som en personskaade. Videre viste førstvoterende i avsnitt 28 til at skadebegrepet etter denne loven er å forstå på samme måte som i erstatningsretten for øvrig. Førstvoterende fremhevet både i avsnitt 26 og 27 passusen i forarbeidene «krav som følge av» at barn fødes fordi et medisinsk inngrep mislykkes. Ifølge førstvoterende viser utsagnet at intensjonen ikke er å yte erstatning for oppfostringskostnader til et barn. Samme passus gir [side 144] etter flertallets mening grunnlag for videre slutninger, og blir derfor trukket frem i en senere sammenheng.

Med dette som bakgrunn viste førstvoterende til Høyesteretts enstemmige votum i steriliseringsdommen i avsnitt 29-30. Han gjentok Høyesteretts uttalelse om at avgjørelsen langt på vei er et verdivalg. Heller ikke førstvoterende utdyper hvilke verdier det må gjøres et valg mellom. En mulig indikasjon på hvilke verdier som står sentralt, er henvisningen i avsnitt 31 til at samme løsning – at det ikke gis erstatning for at et barn er født som et inngrep skulle forhindre fødselen av – også gjelder når barnet har nedsatt funksjonsevne. Forarbeidene til pasientskadeloven omtaler ikke hvilken betydning det kan ha for retten til erstatning at barnet er funksjonshemmet. Førstvoterende fant imidlertid støtte for sine vurderinger i lovgivning som verner mot diskriminering av funksjonshemmede.

Etter den innledende drøftelsen av skadebegrepet, gikk førstvoterende over til sakens hovedspørsmål – om kvinnens psykiske lidelse ga grunnlag for erstatning. Førstvoterende slo fast at det ikke gjelder noe skille mellom fysisk og psykisk skade. Deretter drøftet han i avsnittene 36-39 spørsmålet om det var slik nær tilknytning mellom den psykiske lidelsen og fødselen av barnet at det ikke forelå erstatningsrettslig vern. Det forhold at problemstillingen ikke er omtalt i noen autoritative rettskilder, talte etter førstvoterendes oppfatning for at det ikke foreligger vern. Dessuten talte etter hans oppfatning forarbeidsuttalelsen «krav som følge av» imot et slikt vern, fordi den psykiske skaden i vid forstand var å anse som en følge av en slik fødsel (avsnitt 38). Det vil si en fødsel som helsehjelp kunne forhindre. På nytt viste han til uttalelsene i steriliseringsdommen og trakk frem hensynet til barnet. For et barn kan det være en belastning å bli ansett som en skade. Flertallet la også vekt på avgrensings- og bevisproblemer. Flertallet konkluderer i avsnitt 40 med «at krav med en så nær tilknytning til fødsel av et barn, ikke bør undergis vurdering med økonomiske mål».

3.3 Mindretallets slutninger

Annenvoterende sier i avsnitt 48 at omtalen i forarbeidene av skadebegrepet var generell og måtte ses i lys av den konkrete eksempelbruken som gjelder oppfostringskostnadene. Forarbeidsuttalelsen var følgelig ikke til hinder for å gi kvinnen erstatning for den psykiske skaden svikten i helsehjelpen har påført henne. Annenvoterende kommenterte ikke uttrykket «krav som følge av», som førstvoterende [side 145] så tydelig fremhevet. Den kortfattede sammenfatningen av hvilke slutninger forarbeidene gir grunnlag for, tyder på at annenvoterende har et mer restriktivt syn på hvor langt uttalelsene kan trekkes.

Også når det gjelder betydningen av steriliseringsdommen, hadde mindretallet et annet syn. Mindretallet pekte i avsnitt 48 også kort på at hovedproblemstillingene er forskjellige i de to sakene. At dommen ikke blir mer omfattende omtalt, kan være en følge av at mindretallet ikke finner grunnlag for å trekke relevante slutninger fra den. Mindretallet la også vekt på andre reelle hensyn. Der flertallet mener at hensynet til barnet taler mot erstatningsrettslig vern, fremhever mindretallet i avsnitt 51 at erstatningen vanskelig kan sies å være problematisk for barnet, ettersom det er mors helseskade som erstattes.

Mindretallet viste til de samme kildene som flertallet – lovens forarbeider, Høyesteretts praksis og reelle hensyn, men trekker andre slutninger. Deres diskusjon omhandler kvinnens rett til erstatning for en psykisk skade, uten å gå veien om hvilket erstatningsrettslig vern som foreligger når barn blir født selv om medisinske tiltak kunne forhindre fødselen.

3.4 Betydningen av reelle hensyn

3.4.1 Innledning

Ettersom det er trukket to forskjellige konklusjoner basert på de samme rettskildene, er det nærliggende å stille spørsmål ved om forskjellene kan tilskrives at kildene er tolket i lys av ulike verdier eller hensyn. Verdier og hensyn som kommer til uttrykk i rettsordningen og i rettsanvendelsen, kan sammenfattes i samlebetegnelsen «reelle hensyn».¹³ Foruten at reelle hensyn er en selvstendig rettskilde, er dette hensyn som har gyldighet ved tolkningen av andre rettskilder.¹⁴ I begge sammenhenger er reelle hensyn omtalt som godhetsbetraktninger, bl.a. oppfatninger om hva som er rettferdig og betraktninger om hvilket formål loven bør fremme. [side 146] I tillegg inngår også konsekvensbetraktninger i reelle hensyn.¹⁵ Det vil si en vurdering av hvilke konsekvenser ulike tolkningsresultater vil få i den enkelte saken.¹⁶

3.4.2 Betydningen av hvordan problemstillingen blir formulert

Formuleringen av det rettslige spørsmålet kan påvirke rettskildebruken. Problemformuleringen danner utgangspunkt for det videre resonnement på vei frem mot avklaring av hva som er gjeldende rett. I en sak som denne beror diskusjonen på skjønnsmessige avveininger. Det kan derfor være vesentlig å formulere problemstillingen slik at den gir den ønskede åpning for å anvende rettslig skjønn, uten at det strider mot den juridiske metode.

Høyesterett har ens oppfatning av sakens tema – om kvinnen har rett til erstatning for den psykiske lidelsen hun er påført etter ikke å ha fått den helsehjelpen hun ønsket. Flertallet valgte imidlertid å starte sin drøftelse med å rette oppmerksomheten mot at det ble født et barn som det ville vært mulig å forhindre fødselen av. Derved etablerte de en bredere rettslig kontekst, som ga mulighet til å anvende en verdimessig preferanseramme, der også det forhold at *dette* barnet ble født kunne diskuteres. Både problemstillingen knyttet til at et barn er uønsket, og det faktum at barnet har en funksjonsnedsettelse, leder mot verdispørsmål. Det er imidlertid sistnevnte forhold, at *dette* barnet ble født, som reiser de mest dyptgripende verdibaserte spørsmål. Det er en følge av at skaden – den psykiske lidelsen – ifølge kvinnen ikke ville inntruffet dersom hun hadde hatt kunnskap om fosterets kromosomfeil. Hadde hun hatt denne kunnskapen, ville hun tatt abort. Ettersom kvinnen hevdet at hennes psykiske lidelse er en kombinasjon av usikkerheten under svangerskapet og retraumatiseringen ved fødselen, forstår jeg henne slik at hun ikke ville blitt påført den psykiske lidelsen om barnet hadde normal utvikling. Ved å dreie problemformuleringen mot barnet gir det flertallet mulighet til å foreta bredere verdibetraktninger i det videre resonnementet.

Mindretallet holder seg derimot til sakens hovedspørsmål – om kvinnen har rett til pasientskadeerstatning. Disse to dommerne ser hen til at kvinnen er blitt påført [side 147] en psykisk skade, og trer følgelig inn i saksforholdet etter at den psykiske skaden er realisert. Innslagspunktet til problemstillingen fører til at denne fremstår som rendyrket erstatningsrettslig, og har dermed en smalere rettslig kontekst. Dette begrenser hvilke skjønnsmessige avveininger som må foretas. At mindretallet velger en problemformulering der det er tydelig at det er kvinnens situasjon som skal diskuteres, er et verdimessig valg tilsvarende flertallets valg av startpunkt. Men mindretallets verdivalg fremstår ikke med samme tydelighet som flertallets.

Høyesterett deler seg i synet på hva som er innslagspunktet for drøftelsen av sakens hovedspørsmål om kvinnen har rett til erstatning. Ved å velge ulikt startpunkt gir det grunnlag for å stille ulike rettslige spørsmål og dermed ulik bruk av verdimessige avveininger. For å få den retning på drøftelsen som er ønsket, og samtidig holde denne innenfor den juridisk faglige modell, er det dermed av betydning hvordan spørsmålet blir stilt – om det blir stilt «rett».

3.4.3 Reelle hensyn ved tolkningen av de øvrige rettskildene

Flertallet reiste spørsmål om hvor langt det erstatningsrettslige vernet rekker når det fødes et barn hvis eksistens kunne vært forhindret ved medisinsk behandling. Det fordrer at skadebegrepet blir drøftet. Ettersom pasientskadeloven verken inneholder en definisjon av begrepet eller har en formålsbestemmelse som gir en veiledning i forståelsen av begrepet, er forarbeidene et naturlig startpunkt.¹⁷ Herfra velger flertallet i avsnitt 26 å sitere en uttalelse, der det blir vist til at skadebegrepet ikke omfatter «krav som følge av» av at et uønsket barn blir født. Plassen flertallet vier forarbeidsuttalelsen, indikerer at det er viktig å få frem hvilket formål loven *ikke* skal fremme. Derigjennom viser flertallet at det fra lovgivers side ikke er meningen å gi erstatningsrettslig vern for enhver svikt i helsehjelp, selv om svikten har uønskede følger for den som er rammet. Ved at flertallet foretar en konsekvensbetraktning med negativt fortegn, markerer de sitt verdimessige ståsted. Det er øyensynlig vesentlig å få frem at erstatningskrav som har sitt utspring i at det er født et barn, vil kunne stride mot et grunnleggende syn på verdien av barn. Loven har derfor ikke til formål å støtte oppunder denne type krav. Godhetsbetraktninger eller moralske betraktninger knyttet til respekten for det fødte liv, støtter dette synet. Barn er et gode, ikke en skade. Flertallets henvisning til deler av forarbeidene som leder til en negativ avgrensning av skadebegrepet, kan muligens [side 148] tilskrives et politisk forankret menneskesyn. Det samme gjelder slutningene de trekker fra forarbeidsuttalelsene. Argumentasjonsformen er imidlertid rettslig.

Flertallet viser i avsnitt 38 igjen til passusen «krav som følge av» når de stiller spørsmål ved om psykiske skader med en nær tilknytning til fødselen av et barn har erstatningsrettslig vern. Ved å formulere denne problemstillingen får flertallet frem at det til tross for faktisk årsakssammenheng gjelder avgrensingsregler. Påpekningen er en forlengelse av deres drøfting av hvilket formål loven ikke skal ivareta. Ingen andre rettskilder behandler spørsmålet om rett til erstatning for en psykisk skade der det er nærhet mellom skaden og fødselen av et barn. Førstvoterende mener det taler for at det ikke er erstatningsrettslig vern. Førstvoterende foretar en antitetisk tolkning. Mangelen av positiv omtale av problemstillingen i rettskildene stenger for en løsning som gir kvinnen erstatningsrettslig vern. Denne slutningen er ikke uten videre overbevisende, selv om førstvoterende i avsnitt 37 mener at rettskildene gir «klar støtte» for dette synet.

Ved å diskutere avgrensingsproblematikken i tilknytning til skadebegrepet får passusen «krav som følge av» rettskildemessig relevans. Førstvoterende sier i avsnitt 38 at den aktuelle skaden i vid forstand er en følge av at barnet ble født. Det blir åpnet for en tilsynelatende lang linje mellom fødselen av barnet og skaden på kvinnen. Dermed kan hensynene som ligger til grunn for avgrensningen av skadebegrepet, bidra til å sette stengsel for rett til erstatning for en psykisk skade som har nærhet til fødselen av et barn. Det er imidlertid spørsmål om det blir trukket for vidtgående slutninger fra passusen «krav som følge av».

Flertallet har valgt en angrepsvinkel som gir grunnlag for å tolke rettskildene i en verdibasert kontekst. Konsekvensbetraktninger har en sentral plass. Disse gir argumenter for at nærhet mellom psykisk skade og barnets eksistens, forhindrer erstatning. Dessuten legger flertallet vekt på det som kan forstås som godhets- og

rettferdighetsbetraktninger. Barn skal ikke oppleve å bli ansett som en skade. Det gjelder uavhengig av om barnet er funksjonshemmet eller ikke. Følgelig leder forarbeidsuttalelsene til en forståelse av at lovens formål i denne sammenheng er å sikre respekten for det fødte barnet. Dette formålet er så verdimeessig sentralt at interessene til den kvinne som er påført skade i forbindelse med gjennomføring av svangerskap og fødsel, må vike. Det gjelder selv om kvinnen ønsket å sikre seg mot den potensielle skaderisiko.

Som følge av deres problemformulering tar ikke mindretallet et like tydelig standpunkt til betydningen av lovens formål. Det som imidlertid er klart, er at de [side 149] to dissenterende dommerne mener at det ikke kan trekkes så vidtgående slutninger av forarbeidsuttalelsen «krav som følge av», ettersom denne passusen ikke nevnes. De sier i avsnitt 48 at omtalen av skadebegrepet må forstås i lys av det etterfølgende eksemplet, altså oppfostringskostnader til barn som er født etter et mislykket steriliseringsinngrep. Eksemplet får en avgrensende effekt på skadebegrepet. Mindretallet tolker skadebegrepet slik at loven dekker flere skadetyper enn hva flertallet finner grunnlag for. Mindretallet foretar en verddivurdering med karakter av rettferdighetsbetraktninger. I motsetning til flertallet er dette en vurdering i lys av morens interesser. Oppmerksomheten blir rettet mot kvinnens situasjon etter at hun ikke fikk den ønskede helsehjelpen, fremfor å fremheve eksistensen av barnet. Gjennom denne tilnærmingen får de frem hvilket formål de mener loven skal fremme.

Ved tolkningen av forarbeidene peker flertallet og mindretallets konsekvens- og rettferdighetsbetraktninger i ulike retninger. Forskjellen bunner i ulike syn på hvordan eksistensen av barnet skal vektlegges kontra mors psykiske skade. At mindretallet tolker rettskildene utfra andre hensyn enn flertallet, fremgår også av deres oppfatning av hvilke slutninger som kan trekkes fra steriliseringsdommen. Mindretallet fremholder forskjellen i tvistespoersmålet mellom denne saken og steriliseringsdommen. De omtaler ikke at Høyesterett i den tidligere saken la vekt på at avgjørelsen var et verdivalg. Ved å være så kortfattet unngår mindretallet å ta opp til diskusjon de mulige verdiavveininger som Høyesterett gjorde den gang.

Flertallet benytter i avsnitt 29 steriliseringsdommen som kilde både i den generelle diskusjonen av skadebegrepet og i avsnitt 39 i diskusjonen av om nærheten mellom eksistensen av barnet og kvinnens psykiske lidelse stenger for erstatningsrettslig vern. Derved får de frem at vi står overfor grunnleggende verddivurderinger. Men heller ikke de klargjør *hvilke verdier* som står på spill, noe som svekker den rettslige legitimiteten av argumentasjonen. Henvisningene til steriliseringsdommen gir inntrykk av at kjernen i verddivurderingen er at eksistensen av et barn stenger for erstatning til foreldrene, uten hensyn til hvilke skadevirkninger dette gir for foreldrene. Disse godhets- og rettferdighetsbetraktningene benyttes således for å fremheve verdien av et barn.

3.4.4 Reelle hensyn som selvstendig rettskilde

Med den ulike anvendelsen av reelle hensyn i tolkningen av de positive autoritative kildene, er det ikke overraskende at bruken av reelle hensyn som selvstendig rettskilde [side 150] er forskjellig. Godhetsvurderingene er tydelig farget av de grunnleggende ulike syn på hvilke interesser som skal fremmes. Der flertallet mener at hensynet til barnet tilsier at det ikke skal være grunnlag for erstatning, finner mindretallet at det er uproblematisk. Flertallets begrunnelse er at det for barnet vil kunne være belastende å bli ansett som en skade. De to dissenterende dommerne mener derimot at en erstatning til moren ikke vil være problematisk for barnet. Deres begrunnelse er i avsnitt 51 at om barnet blir klar over at det var uønsket, så vil ikke det påvirkes av om moren er tilkjent erstatning.

Å likestille barn uansett hvilket utgangspunkt de har i livet, kan anses som en rettferdighets- eller godhetsbetraktning. Ettersom kvinnen ønsket å forhindre fødselen av et barn med funksjonsnedsettelse, men ikke hadde generelle betenkeligheter mot å få ett barn til, legger flertallet vekt på godhetsbetraktninger. Det gjør de for å tydeliggjøre at saken fordrer et verdimeessig standpunkt. Dessuten anvender de i avsnitt 31 systembetraktninger når de henviser til andre lovbestemmelser som har til formål å forhindre diskriminering av utsatte grupper. Flertallet får derved frem at dette er et verdihensyn som har generell anvendelse ved tolkningen av hele vårt lovverk. Det inntrenger ingen rett til erstatningen fordi «feil» barn er født.

Mindretallets anvendelse av rettferdighetsbetraktninger knyttes til virkningene av manglende oppfyllelse av ønsket helsehjelp. Kvinnen har søkt hjelp hos helsetjenesten for å hindre at hun får en større omsorgsbelastning enn hun mener at hun makter å bære. Når helsehjelpen svikter og gir henne en psykisk skade, så er det hennes rett til erstatning for helseskaden som er det avgjørende. Barnets funksjonsnedsettelse har dermed ingen direkte relevans i deres rettferdighetsbetraktninger. Dommer Indreberg formulerer mindretallets syn i avsnitt 50:

«Jeg nevner at når det avgjørende er at svikt ved helsehjelpen har ført til psykisk skade, vil ikke vårt tilfelle skille seg rettslig fra et tilfelle der en kvinne søker erstatning for psykisk skade som følge av mislykket abort, hvor barnet som blir født ikke har nedsatt funksjonsevne. Også en slik sak kan bunne i at kvinnen har vurdert det som umulig å mestre sin livssituasjon etter at barnet er født, og utvikler psykisk sykdom som følge av at den helsehjelpen hun oppsøkte for å unngå å komme i en slik situasjon, sviktet.»

Konsekvensbetraktningene til henholdsvis flertallet og mindretallet tar også ulike spor. Hensynet til barnet skal ifølge flertallet stå sterkt. En motsatt konklusjon vil etter deres syn medføre vanskelige avgrensings- og bevisproblemer. Blant annet kan det være vanskelig å skille mellom en psykisk lidelse hos mor som utløses ved [side 151] selve fødselen av barnet, og ikke ved en tidligere svikt i behandlingen. Flertallet uttrykker seg her i generelle vendinger, men denne problematikken har etter mitt syn relevans i den konkrete saken. Avgrensingsproblematikken blir uten nærmere begrunnelse avvist av mindretallet.

3.4.5 Oppsummering av argumentasjonen

Dissensen i dommen er dyptgående. Satt på spissen kan dommen forstås slik at hensynet til barnet står mot hensynet til kvinnen. Ulike skjønnsmessige verdibetraktninger blir tillagt vekt ved tolkning av forarbeid og tidligere høyesterettspraksis. Dessuten blir ulike reelle hensyn anvendt som selvstendig rettskilde. All den tid flertallet og mindretallet har så forskjellig tilnærming til den verdimeessige diskusjonen, ligger det til rette for at Høyesterett på nytt vil få fremlagt saker som gjelder spenningsforholdet mellom foreldrenes rett til erstatning etter svikt i helsetjenestene og eksistensen av et barn.

4 Problemstillinger som med fordel kunne vært diskutert

Domspremissene inneholder ikke alle avveininger som er foretatt. Som følge av de ulike verdimeslige utgangspunktene, ville det vært en fordel om både flertallet og mindretallet klarere hadde angitt hvilke reelle hensyn de tillå størst vekt. Flertallet burde gjøre det fordi de vektlegger at et barn ikke er en skade. Derfra trekker flertallet en forbindelseslinje til at skade som inntreffer hos mor, ikke har erstatningsrettslig vern når det er nærhet mellom eksistensen av barnet og mors medisinske følgetilstand. Imidlertid sier de ikke hvor fjernt forbindelsen mellom barnet og kvinnens psykiske skadetilstand skal være for at erstatningsrettslig vern inntreffer. Standpunktet leder til vanskelige avgrensningsspørsmål. Videre er det spørsmål om kvinnen lettere ville vunnet frem med krav om pasientskadeerstatning for en fysisk skade inntruffet under svangerskap eller fødsel. Det vil i så fall kunne røkke ved forutsetningen om at psykiske og fysiske skader er likestilt. Hovedspørsmålet er imidlertid hvorvidt en kvinne overhodet har rett til erstatning dersom hun har ønsket å beskytte seg mot å føde et barn og helsehjelpen svikter. Et ikke avklart spørsmål er om denne kvinnen ville hatt rett til erstatning dersom usikkerheten hun hadde under svangerskapet som følge av at fosterdiagnostikk ikke var utført, medførte psykiske plager, men barnet viste seg å være uten funksjonshemming. [side 152] I denne type sak kan argumenter knyttet til å forhindre usaklig forskjellsbehandling mellom mann og kvinne bringes inn. Det er kvinnen som bærer de umiddelbare risikoer ved gjennomføring av svangerskap og fødsel, noe som Høyesterett må ta hensyn til i saker som gjelder fødsel av barn som helsehjelp kunne forhindret.

Manglende tydeliggjøring av kolliderende verdier viser seg også i flertallets bruk av steriliseringsdommen, der også de unnlater å avklare *hvaverdivalget* omhandler. Den rettskildemessige betydningen av dommen svekkes. Autoriteten til en rettskilde avhenger ikke bare av *hvem* som er kilden, men også av *argumentasjon*. Når Høyesterett unnlater å gi (fyllestgjørende) begrunnelse for sitt standpunkt, hviler den rettskildemessige betydningen på den autoritet Høyesterett har i kraft av å dømme i siste instans. Gjennomslagskraften svekkes imidlertid som følge av at det er vanskelig å etterprøve argumentasjonen som ligger til grunn for standpunktet. At Høyesterett unnlot å klargjøre sitt verdistandpunkt i steriliseringsdommen, burde vært en oppfordring om å gjøre det i denne saken.

Mindretallet på sin side klargjør i liten grad hvor den nedre terskelen for kvinnens rett til pasientskadeerstatning ligger. Det må være en nedre grense. Hvis ikke vil det være vanskelig, om ikke umulig, å avklare om den psykiske sykdommen er en følge av svikt i helsehjelpen og ikke har et annet årsaksforhold. Der flertallet drøfter adekvansproblematikken i relasjon til skadebegrepet, velger mindretallet å foreta en mer ordinær erstatningsrettslig tilnærming og konkluderer med at årsakssammenhengen er adekvat. Uansett innfallsvinkel kan det ikke være tvilsomt at adekvansproblematikken er vesentlig å drøfte. Det må anses å være forutsatt i lovens forarbeider:

«Ikke enhver sammenheng mellom handlingen og skaden er tilstrekkelig til å begrunne et erstatningsansvar. Det kreves i tillegg blant annet en viss nærhet i årsakssammenhengen, og upåregnelige skadefølger erstattes ikke.»¹⁸

Til tross for svakhetene jeg mener foreligger ved flertallets argumentasjon, vier de oppmerksomhet mot sakens utfordrende side; selv om det var en svikt at ikke fostervannsdagnostikk ble gjennomført, er kvinnens problemer etter alt å dømme forbundet med at det ble født et barn med Downs syndrom. Jeg forstår kvinnens påstand slik at om barnet var uten funksjonsnedsettelse, ville hun ikke blitt påført en psykisk lidelse. Som flertallet viser til i avsnitt 31, forbyr vår lovgivning «å fremme ringakt overfor noen på grunn av nedsatt funksjonsevne». Mindretallet [side 153] sin tilnærming har en pragmatisk form. De reiser i mindre grad problemstillinger av prinsipiell karakter, men konsentrerer seg om spørsmålet om det skal gis erstatning for mors psykiske skade. Det kan beskrives som en rettsøkonomisk tilnærming. Det er derfor erstatningsrettens hovedproblemstilling som er sakens tema: Når skal tapet som en skade har ført til, flyttes fra skadelidte til skadevolder? De overordnede hensyn erstatningsretten bygger på – forsikringsbetraktninger, gjenoppbyggeshensynet og prevensjonshensyn – gjør det mulig å argumentere for at kvinnen var berettiget erstatning. Dette er vel kjente og aksepterte rettslige argumenter, som av den grunn lett oppfattes som etterprøvbare. Imidlertid hviler også disse hensynene på verdimeslige betraktninger, noe mindretallet med fordel kunne berørt. Følgelig er det en svakhet at mindretallet ikke tydeligere får frem at slik kvinnen begrunnet sitt krav, ville tydeligvis ikke tvisten oppstått om barnet var uten funksjonsnedsettelse. Da ville det vært uten betydning om fosterdiagnostikk var blitt gjennomført.

Note (1)

Rt. 1999 s. 203 (s. 207). Foreldrene var ikke berettiget å få dekket utgiftene til oppfostring av barnet.

Note (2)

Endre Stavang, «Det erstatningsrettslige skillet mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap» i *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2006 nr. 3 s. 162-192 og Hans Petter Graver, «Rettferdighet som juridisk argument – kan graviditet sammenlignes med fysisk skade?» i *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2012 nr. 1/2 s. 1-4.

Note (3)

Se lov 15. juni 2001 nr. 15 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven).

Note (4)

Endre Stavang, «Det erstatningsrettslige skillet mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap» i *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2006 nr. 3 s. 162-192 og Hans Petter Graver, «Rettferdighet som juridisk argument – kan graviditet sammenlignes med fysisk skade?» i *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2012 nr. 1/2 s. 1-4.

Note (5)

Aslak Syse, Morten Kjelland, Rolf Gunnar Jørstad (red.), *Pasientskaderett. Pasientskadeloven med kommentarer og*

utvalgte emner, Oslo 2011 s. 72, Peter Lødrup (med bistand av Morten Kjelland), *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave, Oslo 2012 s. 277 og Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, Bergen 2007 s. 60 og s. 177.

Note (6)

Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) s. 64, Innst. O. nr. 68 (2000-2001) s. 10 og Aslak Syse, Morten Kjelland, Rolf Gunnar Jørstad (red.), *Pasientskaderett. Pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner*, Oslo 2011 s. 106.

Note (7)

Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) s. 63.

Note (8)

Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) s. 64.

Note (9)

Asbjørn Kjøenstad, *Helserett*, 2. utgave, Oslo 2007 s. 230, med illustrasjon på s. 231.

Note (10)

IS-23/2004 *Veiledende retningslinjer for bruk av ultralyd i svangerskapet. Bruk av ultralyd i den alminnelige svangerskapsomsorgen og i forbindelse med fosterdiagnostikk*, s. 10.

Note (11)

Se og Aslak Syse, Morten Kjelland, Rolf Gunnar Jørstad (red.), *Pasientskaderett. Pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner*, Oslo 2011 s. 115.

Note (12)

Aslak Syse, Morten Kjelland, Rolf Gunnar Jørstad (red.), *Pasientskaderett. Pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner*, Oslo 2011 s. 106.

Note (13)

Sverre Blandhol, *De Beste Grunner, Reelle hensyn i juridisk argumentasjon*, Oslo 2013 s. 24.

Note (14)

Begrepet «reelle hensyn» benytter jeg her i betydningen av argumenter som legitimt kan tas i betraktning når det tas stilling til rettslige spørsmål.

Note (15)

Sverre Blandhol, *De Beste Grunner, Reelle hensyn i juridisk argumentasjon*, Oslo 2013 s. 38-39.

Note (16)

Se nærmere Sverre Blandhol, *De Beste Grunner, Reelle hensyn i juridisk argumentasjon*, Oslo 2013 s. 37-41. Blandhol skiller mellom tre typer av reelle hensyn, deriblant betraktning om hva som er godt i seg selv og konsekvensbetraktninger. Han peker på at konsekvensbetraktninger kan ha ulikt meningsinnhold (s. 39). I denne artikkelen bruker jeg konsekvensbetraktninger i betydning av hvilket formål som loven skal ivareta eller hvilke virkninger et tolkningsresultat kan få.

Note (17)

NOU 1992: 6 *Erstatning ved pasientskader* punkt 4.4.1-4.4.2 og kapittel 13 Bemerkninger til de enkelte paragrafer – til § 1 og Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) s. 54-55 og s. 90-91.

Note (18)

Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) s. 13.

