

Erstatningsrettslig vern av foreldres personskade ved barns død

Den 30. oktober 2018 falt en enstemmig, historisk dom i Høyesterett, som endret en over 80 år gammel restriktiv høyesterettspraksis vedrørende pårørendes psykiske skade.¹ Det erstatningsrettslige vernet av pårørendes personskade er svært begrenset både i Skandinavia og Europa ellers. Det er derfor nokså oppsiktsvekkende når Høyesterett nå staker ut en ny kurs, uten motstykke i noe annet europeisk land. Høyesterett tar i så måte sitt ansvar som rettsutvikler på historisk stort alvor i erstatningsretten. En utfordring er imidlertid at dommens resultat og prinsipielle begrunnelse kan anses å være prosesskapende.

Den konkrete saken gjaldt en mors rett til erstatning for psykisk skade etter sønnens død. Spørsmålet var om skaden var for upåregnelig og fjern, og derfor måtte avgrenses etter adekvansreglene. Rettsfeltet utvikles i praksis nær knyttet til nyanser i faktum. En vurdering av dommen nødvendiggjør derfor en nærmere presentasjon:

En gutt, på 15 år, hadde blitt innlagt på sykehus for mellomgulvbrokk tre dager før han døde. To dager etter innleggelsen ble han kjørt til et annet sykehus for operasjon. Moren fulgte behandlingen tett, blant annet fordi gutten hadde Downs syndrom. I ambulansen på veien dro pasienten ut ventrikkelsonden. Da reisefølget kom frem, ga mottakende lege beskjed om at det var nødvendig å re-etablere sonden. Beskjeden ble ikke fulgt opp, og pasienten ble plassert på barnekirurgisk post i påvente av operasjon neste dag. Moren sov i en seng ved siden av sønnen om natten. Da moren våknet morgenen etter, var sønnen uten åndedrett. Han var blå i huden. Hun varslet personalet, og gjenopplivning ble forsøkt. Etter 45 minutter ble sønnen erklært død.

I ettertid ble det konstatert at re-innsetting av ventrikkelsonden ville forhindre at gutten døde. Han ville sannsynligvis ha blitt frisk etter operasjonen. Norsk pasientskadeerstatning erkjente ansvar på grunn av svikt i ytelsen av helsehjelp. Det ble imidlertid gitt avslag på kravet om erstatning for økonomisk tap, som var en følge av morens psykiske plager. Moren brakte saken inn for tingretten, og fikk medhold i kravet. Staten ved Pasi-

1. HR-2018-2080-A.

entskadenemnda anket til lagmannsretten, som frifant staten. For Høyesterett var partene enige om at det forelå ansvarsgrunnlag og faktisk årsakssammenheng.

Pårørendes erstatningsrettslige vern har vært diskutert i teorien i over 40 år. Det er også en kjent debatt i mange europeiske land. Typetilfellet utgjør en av de eldste og mest utfordrende problemstillingene for adekvansreglenes grenser. Et felles trekk er holdningen til såkalte tredjepartsskader som anses som avledet fra primærskadelidtes personskade og derfor ikke umiddelbart kan anses for å ha samme erstatningsrettslige vern. Et annet felles trekk er forståelsen av nære pårørendes særlige mottakelighet for psykiske skader. Det prinsipielle utgangspunktet er at pårørendes personskade ikke erstattes. Det finnes likevel noen unntak, og typisk er disse aktuelle i relasjonen mellom foreldre og barn. Kjernen i diskusjonstemaet er gjennomgående hvor nært foreldrene har vært involvert i hendelsesforløpet.

Det er nettopp dette poenget Høyesterett tar utgangspunkt i når de åpner for en endring av praksis. Førstvoterende bereder grunnen med en usedvanlig grundig gjennomgang av 4 høyesterettsdommer over en tidsperiode på nesten 80 år. Det er særlig 3 dissensdommer fra 1938, 1960 og 1965 som står i sentrum, og disse omhandler alle barn og unges dødsfall. Førstvoterende foretar en sjeldent grundig tekstanalyse av både flertall og mindretall, og gjengir domsvota over flere sider. Det er påfallende i så måte at førstvoterende støtter seg likeverdig til synspunkter hos mindretallet, som om rettspolitikken på området alltid hadde vært forankret der.

Det viser seg imidlertid at den viktigste beveggrunnen for endring er de siste tiårs endrede oppfatning av skadetypen. Endringen gjelder både den medisinske kunnskapen om psykiske skader og samfunnets holdning til denne typen sykdommer. Førstvoterende distanserer seg derfor både fra domsmaterialet og tidligere litteratur når han uttaler i avsnitt 45 at «betegnelsen 'sjokkskade', i stedet for psykisk skade», har bidratt til å forsterke forestillingen om at vi her har å gjøre med et helt særegent erstatningsrettslig fenomen, mer eller mindre løsrevet fra den øvrige erstatningsretten. Dette er i tilfellet uheldig, og taler for å forlate uttrykket «sjokkskade».

På tross av den endrede oppfatning i synet på skadetypen har stadiet for rettsutviklingen likevel «ikke kommet dit at det nå vil være riktig å helt forlate tanken på at det på dette feltet gjør seg gjeldende særlige avgrensningshensyn. Allerede den omstendighet at vi her har å gjøre med langvarig og temmelig festnet rettsoppfatning, taler mot å gjøre et større sprang».² På dette punktet betoner så førstvoterende et nokså overraskende og nytt metodisk grep. Det vises til at erstatningsrettens funksjon som bakgrunnsrett gir bindin-

2. Avsnitt 47.

ger for takten på rettsutviklingen. Dette er i seg selv et nokså unikt synspunkt for rettsområdet, og for regeldannelse i norsk rett mer generelt. Bakgrunnen for synspunktet er ulike offentlige erstatningsordninger som bygger på en etablert og streng praksis knyttet til adekvansreglene. Det vises til at lovgiver ved vedtakelse av ordningene har forutsatt en slik restriksjon. Resultatet er at vedtakelsen av spesiell erstatningsrett får innflytelse på utviklingen av den alminnelige erstatningsretten.

I lys av forbeholdene tar førstvoterende et tilsynelatende stort materielt sprang når han uttaler: «Etter mitt syn bør det ikke lenger stilles krav om at skadesituasjonen var helt ekstraordinær eller særlig gruoppvekkende. Grensene bør være en del romsligere ...»³ Det vil være nok at det er forhold knyttet til selve skadesituasjonen eller omstendighetene rundt denne som representerer «en særlig belastning for forelderen, utover selve tapet av, eller skaden på barnet».⁴ Høyesterett slår avslutningsvis et markant slag for prinsippet om at «man skal ta skadelidte som han eller hun er», når det understrekes at det i tillegg, innen rimelighetens grenser, må legges vekt på den konkrete forelderens forutsetninger.

Høyesterett nedtoner med dette vekten av selve skadesituasjonen og at den må ha en karakter som «i særlig grad var egnet til å sjokkere». Norsk Høyesterett setter seg i så måte i førersetet blant de mer liberale land i Europa når det gjelder pårørendes erstatningsrettslige vern. Det er mulig det blir en utfordrende rettstilstand for fremtiden all den tid det i et moderne helsevesen er en del av dagliglivets risiko å miste et barn.

Det er bare i England det foreligger en sammenlignbar sak om pasientskade.⁵

Saken omhandlet et barn på ti måneder som ble innlagt med infeksjon. Moren fulgte sønnen og våket over ham under innleggelsen. Moren våknet av sønnen samme natt; han hadde fått et epileptisk anfall med fråde om munnen. Legene påviste leverskade, men forsikret om at det ikke ville føre til alvorlige, varige skader. Informasjonen ble senere karakterisert som uaktsom. Etter en del timer ble pasienten likevel ikke frisk, og det ble konstatert stor hjerneskade som nødvendiggjorde kunstig pustehjelp. Foreldrene besluttet til slutt å avslutte behandlingen, og gutten døde i morens armer 36 timer etter innleggelsen. Etter de medisinske sakkyndiges oppfatning ville gutten overlevd uten varige, alvorlige mén dersom han hadde fått en annen behandling.

Sammenlignet med den norske høyesterettsdommen er grensene for ansvaret i den engelske saken trukket snevrere. Betydningen av morens deltakelse, og et langt og intenst involverende hendelsesforløp, er også betydelig mer vektlagt. Belastningen skyldtes også klar kommunikasjonsvikt, i tillegg til selve behandlingssvikten knyttet til barnet.

3. Avsnitt 48.

4. Avsnitt 49.

5. *North Glamorgan NHS Trust v. Walters* (2002) EWCA Civ 1792 i Lloyd's Law Reports 2003, s. 49–61.

Den norske høyesterettsdommen hadde gitt en bedre veiledning dersom den klarere hadde uttrykt hvor vidt den gir en snever unntaksregel for særlig uventet skade. Uklarheten forsterkes ytterligere av at skadelidte i større grad enn tidligere på dette området skal tas som han eller hun er.

Det finnes også ytterligere utfordringer knyttet til Høyesteretts nye retningslinje og hva som kan karakteriseres som «skadesituasjoner eller omstendigheter rundt den i seg selv som representerer en særlig belastning for forelderen». Pårørende er i mange tilfeller en integrert del av behandlingsapparatet, og det er glidende overganger mellom omsorg for disse og medisinsk hjelp. Helsevesenet tar et særlig ansvar for veiledning av pårørende ved mer langvarig behandling av sårbare pasienter, og i noen tilfeller får de pårørende også psykologhjelp selv.

I lys av de ovenfor nevnte punkter, burde betydningen av det uventede ved skadesituasjonen kommet bedre frem i Høyesteretts begrunnelse. Det må finnes objektive momenter for når skadesituasjonen representerer en særlig belastning utover tapet av barnet selv. En løsning kunne være å fremheve behandlingens indikasjon sammenlignet med utfallet av skaden. Et rutineinngrep vil gi andre forventninger enn behandlingen av en dødelig sykdom. Det vil være å legge seg på samme linje som argumentasjonsgrunnlaget i pasientskadelovens § 2 tredje ledd. Regelen angir et ansvarsgrunnlag og en snever unntaksregel for erstatning for særlig uventet skade. Dersom behandlingsindikasjonen er en lite risikofylt sykdom, vil et fatalt utfall med rimelighet representere en særlig belastning. Vurderingstemaet bør imidlertid ikke begrenses til dette.

Argumentasjonen i dommen er nært knyttet til det konkrete saksforholdet, og det er grunn til å presisere at endringen bare er begrenset til enkelte deler av adekvansregelen. Høyesterettsdommens rekkevidde begrenser seg til det erstatningsrettslige vernet ved et barns død, og det er heller ikke grunn til å tro at det vil bli erstatningsansvar for helsevesenet utover klar behandlingssvikt. Dette følger av sakens faktum og kravet om foreldrens nærhet til skadesituasjonen. Det er nødvendig at omstendighetene rundt den skal representere en «særlig belastning, i tillegg til tapet av barnet».

Det kan stilles spørsmål ved hvor langt dommens nye retningslinjer rekker utenfor pasientskadeområdet. Førstvoterende påpeker at ansvarsgrunnlaget prinsipielt kan ha betydning og er tillagt stor vekt i tidligere høyesterettsdommer. Vurderingstemaet gir likevel liten veiledning. Dommens sterke vektlegging av tredjepartens nærhet til skadesituasjonen er typisk for hva pårørende kan bli utsatt under pasientskader. Elementet er i alminnelighet ikke til stede hvor primærskadelidte dør ved trafikkskader. Det spørs derfor om den nye dommen gir grunnlag for endring hva gjelder bilforsikringens dekningsområde. Når det gjelder voldsoffererstatning der primærskadelidte er et barn, er bildet derimot mer uklart. Vurderingstemaet har i nemnda vært om den straffbare handlingen

har vært særlig egnet til å påføre søker et psykisk traume, om det er konstatert årsakssammenheng mellom den straffbare handling og traumet og hvor nær erstatningssøkeren har opplevd gjennomføringen og den umiddelbare skaden av den straffbare handlingen.⁶ Dette kan rimeligvis gi resultater som utgjør en særlig belastning for forelderen utover selve tapet av barnet. I så måte kan den nye dommen også anses å være i tråd med Landsidedommen fra 2017, som legger særlig vekt på «graden av nærhet til drapshandlingene på Utøya, og graden av nærhet til de strafferettslig fornærmede i saken».⁷ Den nye dommen fra 2018 gir nære pårørende ved dødsfall et særskilt vern ved pasientskader, men flytter ikke nødvendigvis adekvansreglenes grenser for øvrig.

Professor dr. juris Anne Marie Frøseth

6. Se blant annet ENV-2009-186 og ENV-2011-20137 -1.

7. HR-2017-352-A.