

Betydningen av hensynet til «barnets beste» i erstatningsretten

- særlig om relevans og vektlegging av hensynet ved vurderingen av barns medvirkningsansvar etter skadeserstatningsloven § 5-1

Kandidatnummer: 99

Antall ord: 14846



**JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet**

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2023

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	3
1.1 Tema, problemstillinger og aktualitet	3
1.2 «Barn» i juridisk forstand.....	5
2. Presentasjon av hensynet til «barnets beste»	6
2.1 Kort om tolkningen av BK art. 3 nr. 1 og Grl. § 104 annet ledd	6
2.2 Hensynets grunnleggende krav til rettsanvendelsen.....	7
3. Utviklingen av hensynet til «barnets beste» i erstatningsretten	10
3.1 Økt fokus i rettspraksis	10
3.2 «Barnets beste» i relasjon til barns erstatningsansvar i henhold til skl. § 1-1	10
4. Relevans og vektlegging av «barnets beste» ved vurderingen av barns medvirkningsansvar.	15
4.1 Utviklingen av skl. § 5-1 i relasjon til barns medvirkningsansvar	15
4.1.1 Kort om bestemmelsens innhold	17
4.2 Betydningen av «barnets beste» ved skyldvurderingen etter skl § 5-1	18
4.2.1 Barns forståelse av risiko – «egen skyld»	19
4.2.2 Særlig om hensynet til barns sosiale sårbarhet og utvikling	20
4.2.3 Tilsier hensynet til «barnets beste» en mer subjektiv vurdering av «egen skyld»?	22
4.2.3.1 Handlingsalternativ, skadesituasjonens kompleksitet og skadetype.....	24
4.3 Betydningen av «barnets beste» ved avkortningsvurderingen etter skl. § 5-1	26
4.3.1 «atferden, og dens betydning for at skaden skjedde».....	27
4.3.2 «omfanget av skaden»	29
4.3.3 «forholdene ellers»	29
5. Hensynet til «barnets beste» ved utmåling av oppreisningserstatning	31
5.1 Oppreisningserstatningens særlige ansvarsgrunnlag og hensyn	31
5.2 Rettspraksis som illustrerer vektleggingen av «barnets beste» ved utmåling av oppreisningserstatning etter skl. § 1-1, jf. § 3-5	32
5.3 Overføringsverdien av nevnt rettspraksis for utmåling av oppreisningserstatning knyttet til skl. § 5-1.....	35
5.4 Synes hensynet til «barnets beste» tilstrekkelig ivaretatt i rettspraksis knyttet til vurderingen av oppreisningserstatning?	36
5.4.1 Nærmere om utmålingsvurderingen av oppreisning overfor skadelidte i HR-2023-1172-A	38
6. Bør det foretas endringer i skl. § 5-1 for å sikre en tilstrekkelig ivaretagelse av hensynet til «barnets beste»?	40
7. Avsluttende bemerkninger og refleksjoner	43
8. Kilderegister	46

1. Innledning

1.1 Tema, problemstillinger og aktualitet

Barns rettigheter og plikter innenfor det juridiske landskapet er ofte kjennetegnet ved særreguleringer som tar hensyn til barns spesielle status som mindreårige. Helt tilbake til romerretten kan man spore praksis med særbehandling av barn i erstatningssaker.¹ Ved innføringen av skadeserstatningsloven i 1969 ble barns spesielle stilling reflektert i skl. § 1-1, som frem til i dag utgjør en særbestemmelse som regulerer barns erstatningsansvar i situasjoner der barn opptrer som skadevolder.² På skadelidte-siden ble barns rettslige posisjon knyttet til deres medvirkningsansvar ikke like tydelig regulert ved innføringen av skadeserstatningsloven. Det var lenge rettspraksis som styrte føringen for hvordan en eventuell avkortning i erstatning grunnet barns medvirkning til skade skulle vurderes.³ Likevel ble det ved lovendring i 1987 inntatt et unntak i skl. § 5-1, som legger til grunn at barn under 10 år aldri kan få avkortet sitt erstatningskrav grunnet egen medvirkning til skade. Situasjonen for barn over 10 år er etter lovens ordlyd opp til en konkret vurdering. Hvordan denne vurderingen foretas i lys av nye rettskilder, og hvilken betydning det har at skadelidte er barn, skal belyses i den videre avhandlingen.

Etter vedtakelsen av skadeserstatningsloven i 1969 og lovendringen i 1987 har det kommet stadig mer forskning, fokus og samfunnsmessig forståelse rundt barns utviklingspsykologi.⁴ Ved innføringen av den lovfestede 10-årsgrensen ble det til en viss grad anerkjent i lovens forarbeider at barn er mer sårbare enn voksne.⁵ Det ble imidlertid først gjennom dette fokusskiftet allment kjent at barn har en mer begrenset forståelse av risiko enn tidligere antatt.⁶ Denne endringen markerer en økende bevissthet rundt barns spesielle behov og sårbarhet når det gjelder erstatningsrettslige spørsmål.

¹ Kolsum (2020) s. 90.

² Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven – skl.).

³ Se pkt. 4.

⁴ Frøseth (2013) s. 228-229.

⁵ Ot. Prp. Nr. 81 (1986-1987) s. 42, Innst O nr. 19 (1987-1988) s. 8.

⁶ Frøseth (2013) s. 228-229.

Vurderingen av barns medvirkningsansvar er bare i begrenset grad reflektert i rettspraksis. Det er få dommer som tar opp denne problematikken, og de fleste er relativt gamle.⁷ Man finner dermed ikke spor av endringer i synet på barns utviklingspsykologi i rettspraksis knyttet til skl. § 5-1. Det tidligste sporet som synes å anerkjenne dette fokusskiftet i erstatningsretten finner man i Syklist-dommen fra 2003 knyttet til vurderingen av barns erstatningsansvar etter skl. § 1-1.⁸

I tillegg til det endrede fokuset i kunnskap og forståelse om barns utvikling, har innholdet i nasjonal og internasjonal lovgivning utviklet seg over tid og påvirket tolkningen av erstatningsreglene. FNs konvensjon om barnets rettigheter er nå inkorporert i norsk lov, noe som medfører at hensynet til «barnets beste» går foran regler i nasjonal lovgivning ved motstrid.⁹ «Barnets beste» ble også grunnlovsfestet ved innføringen av Grunnlovens kapittel om menneskerettigheter i 2014.¹⁰

Til tross for lovfesting av hensynet til «barnets beste» og den vekt det ifølge barnekonvensjonen og Grunnloven skal tillegges, har det tatt tid før hensynet har fått selvstendig betydning og eksplisitt blitt vektlagt i rettspraksis på erstatningsrettens område. Det er først i de siste årene at Høyesterett uttrykkelig har reflektert over hensynets vekt og betydning i avgjørelser knyttet til barns erstatningsansvar etter skl. § 1-1.¹¹

På denne bakgrunn vil avhandlingens formål være å belyse hvilken innvirkning hensynet til «barnets beste» har på rettsanvendelsen i erstatningsretten. Det vil rettes et særlig fokus på vurderingen av barns medvirkningsansvar, da «barnets beste» er et forhold som ikke tidligere er berørt i rettspraksis knyttet til skl. § 5-1. I denne sammenheng vil det først tas stilling til hvordan Høyesterett har forsøkt å ivareta hensynet til «barnets beste» i nyere avgjørelser knyttet til barns erstatningsansvar på et prinsipielt nivå. Det vil undersøkes hvorvidt dette kan anses tilstrekkelig utfra de krav barnekonvensjonen stiller til vurderinger av avgjørelser som berører

⁷ Sentrale dommer om barns medansvar er bl.a. Rt. 1940 s. 16, Rt. 1965 s. 1115, Rt. 1977 s. 313, Rt. 1981 s. 492 og Rt. 1991 s. 1124.

⁸ Rt. 2003 s. 433 avsnitt 40 «Normen må [...] tilpasses krav og forventninger ut fra alder og utvikling».

⁹ Convention on the Rights of the Child/ FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen – BK) art. 3 nr.1, Jf. Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) §§ 2 og 3.

¹⁰ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges grunnlov (Grunnlova – GrL.) § 104 annet ledd.

¹¹ Se eksempelvis HR-2018-1014-A, avsnitt 49-54.

barn. Deretter vil det vurderes om, og eventuelt hvilken, overføringsverdi hensynet betydning knyttet til skl. § 1-1, får på området for barns medvirkningsansvar etter skl. § 5-1.

Det vil være aktuelt å ta stilling til om de nåværende lovgivningsvilkårene etter skl. § 5-1 kan sies å være i samsvar med de kravene barnekonvensjonen stiller, eller om hensynet til «barnets beste» stiller ytterligere krav til rettsanvendelsen. I den anledning vil det analyseres hvordan hensynet får betydning under bestemmelsens skyldvurdering, og under de momentene som etter lovens ordlyd skal tillegges vekt i avkortningsvurderingen. Et sentralt spørsmål vil være om de retningslinjene som følger av «barnets beste» krever at vurderingene i større grad ivaretar individuelle hensyn, enn det skl. § 5-1 i utgangspunktet legger opp til. Blant annet fordi barns utvikling og subjektive forutsetninger i den konkrete situasjon nå må tillegges større vekt.¹²

Avslutningsvis skal det foretas en kort rettspolitisk vurdering knyttet til medvirkningsbestemmelsens ordlyd sett opp mot hensynet til «barnets beste». Her vil det tas stilling til om loven bør endres for å bedre ivareta de retningslinjene som følger av barnekonvensjonen og Grunnloven, eksempelvis ved å fjerne eller heve den lovfestede aldersgrensen, eller ved innføring av mer detaljerte retningslinjer i lovens ordlyd som tar hensyn til barns særlige stilling.

1.2 «Barn» i juridisk forstand

Etter barnekonvensjonen art. 1 defineres barn som «every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier». Myndighetsalderen i Norge er 18 år, etter vergemålsloven § 2 tredje ledd.¹³ For den videre avhandlingen vil begrepet «barn» følgelig brukes om enhver person under en alder av 18 år.

¹² Se pkt. 2.2.

¹³ Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål.

2. Presentasjon av hensynet til «barnets beste»

2.1 Kort om tolkningen av BK art. 3 nr. 1 og GrL. § 104 annet ledd

Hensynet til «barnets beste» kommer til uttrykk i både barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 annet ledd. Norge ratifiserte barnekonvensjonen den 8. januar 1991 og i 2003 ble barnekonvensjonen en del av norsk lov.¹⁴ Det var først ved Grunnlovens 200 års-jubileum i 2014 at Stortinget vedtok bestemmelsen som omhandlet «barnets beste» i grl. § 104, som omfatter menneskerettigheter som gjelder spesielt for barn. For barn kommer den i tillegg til de øvrige menneskerettighetsbestemmelsene. For den videre fremstillingen begrunnes det først kort hvorfor de to bestemmelsene kan tolkes samlet, for så å kommentere hvilken betydning dette har for rettskildene knyttet til hensynet.

Av FNs barnekonvensjon art. 3. nr. 1 fremkommer det at:

«In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration».

Videre fremkommer det av Grunnloven § 104 annet ledd at:

«Ved handlingar og i avgjerder som vedkjem born, skal kva som er best for barnet, vere eit grunnleggjande omsyn».

Grunnloven § 104 er inspirert og utformet etter mønster av barnekonvensjonen.¹⁵ Det blir uttalt i Grunnlovens forarbeider generelt at «Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser [...] må tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og praksis knyttet til disse».¹⁶ Valget om å la grl. § 104 annet ledd følge mønsteret fra barnekonvensjonen ble blant annet begrunnet med muligheten for å kunne se hen til internasjonal rettspraksis.¹⁷ Høyesterett har videre uttalt at det i praksis skjer en integrert tolkning av Grunnlovens

¹⁴ Regjeringen (2022) pkt. 4-5.

¹⁵ Dok. Nr. 16 (2011-2012) s. 192.

¹⁶ Dok. Nr. 16 (2011-2012) s. 90

¹⁷ Dok. Nr. 16 (2011-2012) s. 192, Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64.

menneskerettighetsbestemmelser og parallelle konvensjonsbestemmelser.¹⁸ Vilkårene «skal»/«shall» og «grunnleggende hensyn»/«primary consideration» brukes om hverandre i den videre avhandlingen.

Når man tolker Grl. § 104 i lys av BK art. 3 kan det oppstå spørsmål om hvorvidt barnekomiteens General Comments (heretter GC) kan vektlegges som bidrag til begrunnelse for tolkning.¹⁹ Her kan det vises til HR-2018-2096-A avsn. 14, hvor førstvoterende ved spørsmålet om GC kunne brukes som tolkningsbidrag uttalte at «Høyesterett i en rekke saker har lagt til grunn at General Comments fra barnekomiteen er en relevant rettskilde når innholdet av konvensjonsforpliktelsene skal fastlegges. Hvilken vekt som skal legges på uttalelsene, beror blant annet på hvor godt de er forankret i konvensjonsteksten. Et annet sentralt moment er om det dreier seg om tolkningsuttalelser, eller om uttalelsen mer må sees som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område».

Begrunnelsen for å vektlegge barnekomiteens generelle uttalelser ligger i den særlige rollen komiteen har som primært håndhevingsorgan, samt at kommentarene bygger på komiteens samlede innsikt og erfaring.²⁰ Vekten kan følgelig variere, men det er likevel klart at GC kan tillegges vekt ved tolkningen av innholdet i de krav som følger av hensynet til «barnets beste».

2.2 Hensynets grunnleggende krav til rettsanvendelsen

Både Barnekonvensjonen og Grunnloven tilsier etter sin ordlyd at hensynet til «barnets beste» «skal» vektlegges i alle avgjørelser som omhandler barn.²¹ Ved bruk av ordlyden «skal» er det lagt til grunn en sterk rettslig forpliktelse til å vektlegge hensynet. Det vil følgelig ikke være opp til en skjønnsmessig vurdering hvorvidt det skal tas stilling til i den konkrete sak eller ei.²² I den anledning kan det spørres om en slik rettslig forpliktelse oppstiller et krav om at det også synlig må kunne vises til *hvordan* hensynet er vurdert og vektlagt i begrunnelsen for avgjørelser, eller om det må anses tilstrekkelig at hensynet nevnes uten en nærmere vurdering av hvilken betydning det faktisk har hatt.

¹⁸Rt. 2015 s. 93 avsnitt 54-67.

¹⁹ FNs komité for barns rettigheter er autorativ fortolker av BK, opprettet med hjemmel i BK art. 43 nr. 1.

²⁰ Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 272.

²¹ Grl. § 104 og BK art. 3.

²² Kolsum (2020) s. 100.

Den rettslige forpliktelsen som fremgår av ordlyden «skal» tilsier at det må kunne vises eksplisitt til at hensynet er vektlagt i begrunnelsen for avgjørelse. Barnekomiteens generelle kommentarer støtter opp om dette, hvor det uttales at det ved vurderingen av «barnets beste» synlig skal vises «what has been considered to be in the child's best interests; what criteria it is based on; and how the child's best interests have been weighed against other considerations».²³ Høyesterett la en tilsvarende forståelse til grunn i Rt. 2015 s. 93 hvor det ble uttalt i avsnitt 65 at «avgjørelser som gjelder barn, både må vise at barnets interesser er identifisert, og hvordan de er veiet mot andre hensyn».

Det vil være en krenkelse av hensynet til «barnets beste» dersom det ikke er noe spor av det i rettsavgjørelser som omhandler barn. Ytterligere krav til fremgangsmåten av hvordan hensynet faktisk skal tolkes og etterleves er imidlertid usikkert. Det kan argumenteres for at det vil være for liten rettssikkerhetsgaranti overfor barnet dersom det er tilstrekkelig for rettsanvender å vise til at hensynet er nevnt, men ikke hvordan det faktisk er etterlevd.²⁴ At det bør kreves mer enn at «barnets beste» bare blir nevnt i avgjørelsen støttes av GC 14 avsn. 36 hvor det uttales at «states may not exercise discretion as to whether children's best interests are to be assessed».

Ved vurderingen av hvordan hensynet til «barnets beste» skal etterleves, vil hvilken vekt hensynet skal tillegges i den konkrete avgjørelse være av stor betydning. Det fremkommer av ordlyden i både Grl. § 104 og BK art. 3 nr. 1 at «barnets beste» skal være et «grunnleggende hensyn». Om hva det vil si at hensynet skal være grunnleggende er det uttalt i GC 14 avsn. 37 at «the expression «primary consideration» means that the child's best interests may not be considered on the same level as all other considerations». Videre er det uttalt i forarbeidene til Grunnloven at «vekten som skal legges på barnets interesser, vil variere alt etter hvor sterkt berørt barnet er, og hvor alvorlig beslutningen er for barnet».²⁵

Det er likevel åpent for at hensynet til «barnets beste» kan balanseres mot andre hensyn. Selv om ikke hensynet i et hvert tilfelle må være avgjørende for vurderingen i saken, skal det likevel ifølge Høyesterett danne utgangspunktet for avgjørelsen.²⁶ Innholdet og vektleggingen av

²³ General comment No. 14 (2013) avsnitt 6 bokstav C.

²⁴ Kolsum (2020) s. 101.

²⁵ Dok. Nr. 16 (2011-2012) på s. 192.

²⁶ Rt. 2015 s. 155 avsnitt 48.

hensynet beskrives av Høyesterett på følgende måte i Rt. 2015 s. 155 avsn. 47-48: «[D]et nærmere innholdet av artikkel 3 har vært behandlet i en rekke avgjørelser fra Høyesterett, senest i HR-2015-206-A (sak nr. 2014/1583). Der heter det i avsnitt 65 at «hensynet til barnets beste er ikke det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende», jf. også plenumsavgjørelsen i Rt-2012-1985 avsnitt 134-136. Videre uttaltes det i 2015-avgjørelsen avsnitt 65 at «ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnets beste ha stor vekt - det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen.»».

Barnekonvensjonens retningslinjer er individfokusert, hvor det fremkommer av konvensjonens forord at dets mål er å ivareta hvert enkelt barns rett «to live an individual life in society».²⁷ På denne måten gir hensynet til «barnets beste» ikke bare en styringsfunksjon, men også en materiell tilleggsdimensjon som skiller seg fra voksne. Konvensjonens forord understreker videre viktigheten av å ta stilling til barns sårbarhet og behov for beskyttelse ved at «the child, by reasons of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection».²⁸ Hensynet til «barnets beste» åpner i så måte opp for å vektlegge barns sårbarhet, både sosialt knyttet til utvikling og forståelse, samt økonomisk, noe som blir spesielt relevant på erstatningsrettens område.²⁹

Hensynet skal følgelig utfra dets ordlyd, forarbeider og uttalelser fra Høyesterett være tungtveiende og danne grunnlaget for enhver vurdering i saker som omhandler barn. Hensynets vekt vil til en viss grad kunne variere også utfra hvilken avgjørelsestype man står overfor. En avgjørelse om utvisning eller fengselsstraff vil være mer inngripende og av større alvorlighetsgrad overfor barn enn det et erstatnings- eller medvirkningsansvar vil ha. Den negative effekten ved å bli ilagt et erstatningsansvar eller få avkortet sitt eget erstatningskrav må heller ikke undervurderes. Slike saker vil ha både en moralsk og stigmatiserende effekt overfor barnet, for ikke å glemme den økonomiske byrden det vil påføre en allerede svakt økonomiskstående person.

²⁷ Barnekonvensjonens forord avsnitt 8.

²⁸ Barnekonvensjonens forord avsnitt 10.

²⁹ Retningslinjene gjelder også barn med nedsatt funksjonsevne jf. Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, 13. desember 2006, art. 7 nr. 2.

3. Utviklingen av hensynet til «barnets beste» i erstatningsretten

3.1 Økt fokus i rettspraksis

Til tross for den tidlige ratifiseringen av barnekonvensjonen og grunnlovfesting av hensynet til «barnets beste» i 2014, må man en del år frem i tid før man finner spor i rettspraksis av hvordan hensynet har blitt vektlagt i relasjon til barn i erstatningsretten.³⁰ Høyesterett uttalte senest i HR-2023-1172-A avsnitt 56 at «[s]enere er det skjedd en ytterligere utvikling i synet på barns ansvar strafferettslig så vel som erstatningsrettslig, ved at hensynet til barnets beste nå tillegges større vekt». Man ser dermed tendenser til et stadig økt fokus på det grunnlov- og konvensjonsfestede prinsippet, hvor dets betydning innenfor erstatningsretten virker å være i stadig utvikling.

Det er hovedsakelig tilfeller der barn opptrer som skadevolder som synes å berøre hensynet til «barnets beste» og dets betydning i erstatningsrettslig rettspraksis. I den videre analysen vil det undersøkes hvordan hensynet til «barnets beste» er vurdert og vektlagt i rettspraksis om barns skadevolderansvar og hvorvidt vektleggingen er tilstrekkelig utfra de retningslinjene som følger av barnekonvensjonen og Grunnloven. Avhandlingens hoveddel vil som nevnt rette seg mot et område hvor hensynet til «barnets beste» ikke har fått noe fremtredende posisjon, nemlig vurderingen av barn som skadelidte og deres medvirkningsansvar etter skl. § 5-1. I denne sammenheng vil det tas stilling til hvilken betydning hensynets økte fokus i erstatningsrettslig rettspraksis har for vurderingen av barns medvirkningsansvar og om det er grunnlag for å overføre vekten «barnets beste» har fått i relasjon til vurderingen av barns erstatningsansvar til vurderingen av barns medvirkningsansvar.

3.2 «Barnets beste» i relasjon til barns erstatningsansvar i henhold til skl. § 1-1

Skl. § 1-1 er, som nevnt, en særregel om barns erstatningsansvar. Herunder fremkommer det av bestemmelsen at: «Barn og ungdom under 18 år plikter å erstatte skade som de volder forsettlig

³⁰ HR-2018-1014-A fremstår som en prinsipiell avklaring hvor det legges til grunn i dommens avsnitt 50 at skl. § 1-1 må tolkes og anvendes med hensynet til «barnets beste» som bakgrunn.

eller uaktsomt, for så vidt det finnes rimelig under hensyn til alder, utvikling, utvist adferd, økonomisk evne og forholdene ellers».

Hensynene bak regelen går ut på at barns skyldevne må anses relativt alt etter dets alder og utvikling, samt at barn har andre økonomiske og sosiale forutsetninger enn voksne.³¹ Bestemmelsen impliserer at barn i mindre grad enn voksne er i stand til å forutse risiko. Barns evner og selvbeherskelse er under utvikling og det vil dermed være rimelig at et barn bærer ansvar for egne handlinger i takt med sin utvikling.³² Lovens forarbeider underbygger at bestemmelse bygger på en relativ skyldevne hvor det uttales i NUT 1964:2 at «[e]n grense vil følge av at det her er tale om skyldansvar, og det er etter utvalgets oppfatning liten mening i å ilegge ganske små barn slikt ansvar».

Høyesterett kom i HR-2018-1014-A med en prinsipiell avklaring rundt vurderingen av barns erstatningsansvar. Saken omhandlet spørsmålet om erstatningsansvar for gravferdsutgifter og oppreisningserstatning etter knivdrap. Det ble reist særlig spørsmål om ansvaret overfor barn, da skadevolder på handlingstidspunktet var 15 og et halvt år. Det var ikke tvilsomt at knivdrapene var begått forsettlig. Det er viktig å presisere at denne saken gjelder særlig i relasjon til oppreisningserstatning. Denne type erstatning forutsetter grov skyld og bygger til dels på pønale elementer.³³ Hensynet til «barnets beste» kommer derfor ekstra på spissen. Slike særtrekk må hensyntas ved vurderingen av uttalelser fra avgjørelsens overføringsverdi til vurdering av erstatning for økonomisk tap basert på alminnelig skyldansvar. På tross av dette kommer likevel Høyesterett med enkelte svært generelle uttalelser om betydningen av hensynet til «barnets beste» i erstatningsretten og det er disse som skal belyses videre.

I dommens avsnitt 48-54 tar Høyesterett stilling til betydningen av grl. § 104 og BK art. 3 ved vurderingen av barns erstatningsansvar etter skl. § 1-1. I avsnitt 50 kommer Høyesterett med en fundamental avklaring hvor det blir fastsatt at hensynet til «barnets beste» skal være et grunnleggende hensyn ved alle avgjørelser som berører barn og at skl. § 1-1 derfor må tolkes og anvendes med dette som bakgrunn.

³¹ Kolsum (2020) s. 92.

³² Rt. 2003 s. 433 avsnitt 41: «Fastlegging av normen for aktsomhet må i nødvendig grad ta hensyn til barns spesielle stilling og behov, og ikke hindre en naturlig utvikling».

³³ Se pkt. 5.

Høyesterett uttaler i avsnitt 51 at «barnets beste» likevel ikke i alle tilfeller skal gis utslagsgivende vekt. Det uttales at «[i] hvilken grad hensynet til barnets beste slår gjennom, må bero på en konkret vurdering og avveining av de ulike hensynene som gjør seg gjeldende». Videre i avsnitt 52 viser Høyesterett til barnekomiteens generelle kommentar om at rehabilitering står sentralt når barn har begått kriminalitet og betydningen av at et barn skal få muligheten til å gjøre opp for seg.

Oppsummert konkluderer Høyesterett med at den brede interesseavveiningen ordlyden i skl. § 1-1 legger opp til er utformet slik at den gir rom for den fleksibiliteten som er nødvendig for å ivareta forpliktelsene overfor barn etter Grunnloven og barnekonvensjonen.³⁴ Bestemmelsens ordlyd medfører dermed ingen ytterligere begrensning for å bruke lovregelen i tråd med hensynet til «barnets beste». Likevel er det nødvendig, som fastslått i punkt 2.2, å tydeliggjøre at hensynet har fått selvstendig vekt og hvordan det er vektlagt i helhetsvurderingen.³⁵

Det er verdt å merke seg at Høyesterett i HR-2018-1014-A først tok stilling til betydningen av Grunnloven og barnekonvensjonen etter konklusjonen og vurderingen av skl. § 1-1. Dette blir gjort til tross for at Høyesterett selv uttaler at skl. § 1-1 må tolkes og anvendes i lys av de krav som fremkommer av Grl. § 104 og BK art. 3 nr. 1. Selv om det ikke er uvanlig juridisk metode at grunnlovsbestemmelser og andre bestemmelser av høyere rang trekkes inn avslutningsvis i en drøftelse for å vurdere om de oppstiller innskrenkninger av den øvrige tolkningen, svekkes argumentasjonen likevel noe av at Høyesterett ikke vurderer og viser hvordan de har vektlagt hensynet i selve tolkningsprosessen.³⁶

På denne bakgrunn kan det spørres om Høyesterett i sin avgjørelse faktisk ivaretar de kravene barnekonvensjonen og Grunnloven stiller til vurderingen av hensynet til «barnets beste», sett i lys av dets vekt som et selvstendig og grunnleggende hensyn.³⁷ Da Høyesterett unnlater å vise til hvordan hensynet har blitt vektlagt i den konkrete saken utfra de forholdene man stod overfor, kan det tenkes at hensynet har fått en for beskjedne plass i avgjørelsen. Til tross for at hensynet ikke i et hvert tilfelle må være avgjørende, vil det være utilstrekkelig at hensynet bare nevnes ved avgjørelsen uten å vise hvilken betydning det har fått i avveiningen mot andre

³⁴ HR-2018-1014-A avsnitt 54.

³⁵ General comment No. 14 (2013) avsnitt 36.

³⁶ Kolsum (2020) s. 115.

³⁷ Se punkt 2.2.

hensyn.³⁸ Høyesteretts fremstilling av hensynet i saken kan dermed virke vanskelig å forene med at «barnets beste» skal danne utgangspunktet og stå i forgrunnen i vurderingen. Høyesterett kommer likevel med generelle uttalelser knyttet til «barnets beste» i sine premisser, noe som på bakgrunn av Høyesteretts prejudikatsfunksjon fungerer som retningslinjer for hvordan hensynet generelt skal forstås og anvendes i praksis.

Uttalelsene i HR-2018-1014-A har blitt fulgt opp i senere rettspraksis, inkludert den mest nye referansen til den i HR-2023-1172-A. Dommen omhandler en sak om sovevoldtekt, hvor skadevolder var 15 år og ni måneder på handlingstidspunktet, mens skadelidte var 16 år og fire måneder gammel. Med henvisning til dommen fra 2018 betonte Høyesterett også her at hensynet til «barnets beste» skal tillegges stor vekt ved utmålingen av erstatning, men at det ikke nødvendigvis vil være avgjørende.³⁹ Hvilken betydning hensynet skal få ved vurdering av skyld og utmåling av oppreisningserstatning, både overfor skadevolder og skadelidte i tilfeller hvor begge er barn, beror på en konkret vurdering etter momentene som fremkommer av skl. § 1-1.

I HR-2023-1172-A la Høyesterett, i motsetning til i HR-2018-1014-A, til grunn betydningen av «barnets beste» etter barnekonvensjonen og Grunnloven før de gikk videre til den konkrete vurderingen i saken. I sakens konkrete vurdering benytter Høyesterett aktivt hensynet til «barnets beste» både for å begrunne et høyere oppreisningsbeløp overfor skadelidte, samt et redusert erstatningsansvar overfor skadevolder.

Om utmålingen av erstatning for tilfelle der skadelidte er barn uttalte Høyesterett i avsnitt 51: «Jeg legger til grunn at dette barnets beste her tilsier at oppreisningsbeløpet forhøyes, for å kompensere for at belastningen ved handlingen må antas å ha vært større for henne enn den ville vært for en voksen. En voldtektshandling vil være skremmende for et barn, og skadepotensialet større.» Uttalelsen tilsier at typen skadevoldende handling og hvordan handlingen oppleves for barnet er et relevant moment som kan vektlegges etter hensynet til «barnets beste». Ved spørsmålet om hvorvidt skadetype og belastning er et moment som må få overføringsverdi til vurderingen av barns medvirkningsansvar etter skl. § 5-1, er det viktig å merke seg at det her er tale om oppreisning knyttet til en straffbar handling. Krenkelsen som følger av at det foreligger en straffbar handling vil ikke være relevant under vurderingen av

³⁸ Se punkt 2.2.

³⁹ HR-2023-1172-A avsnitt. 44-45.

barns medvirkning til økonomisk skade, men kan komme inn som et moment for vurderingen av medvirkning til oppreisningstilfeller.⁴⁰ Likevel kan vektleggingen av slike forhold generelt trekke i retning av at hensynet til «barnets beste» åpner for vektlegging av sosiale hensyn.

Videre tok Høyesterett i avsnitt 54 flg. stilling til hvordan hensynet til «barnets beste» påvirket utmålingen av erstatningsansvar overfor skadevolder. I avsnitt 54 ble det uttalt: «hensynet til barnets beste tilsier at oppreisningsbeløpet reduseres, slik at belastningen ved en betalingsforpliktelse blir mindre.» I avsnitt 56 blir det videre påpekt at det «[s]enere har skjedd en ytterligere utvikling i synet på barns ansvar strafferettslig så vel som erstatningsrettslig, ved at hensynet til barnets beste nå må tillegges større vekt. Jo yngre barnet er, jo større grunn er det til å legge vekt på alderen som begrunnelse for å begrense ansvaret». Høyesterett erkjenner følgelig at barnets alder og økonomiske situasjon kan være relevante momenter å vektlegge ved vurderingen av hensynet til «barnets beste».

Avslutningsvis konkluderte Høyesterett i avsnitt 62 med å redusere erstatningsansvaret basert på det som ble ansett rimelig etter en avveining av kryssende hensyn. Det er nødvendig å merke seg at til tross for at skadevolders erstatningsansvar overfor skadelidte ble redusert, betyr ikke dette at skadelidte ikke kan få utbetalt det oppjusterte erstatningsbeløpet Høyesterett i utgangspunktet la til grunn. Her finnes det ordninger gjennom voldsoffererstatning.⁴¹

Høyesterett anvender i HR-2023-1172-A hensynet til «barnets beste» mer aktivt og gjennomgående i sine premisser enn det som ble gjort i den tidlige dommen HR-2018-1014-A. Det at Høyesterett i HR-2023-1172-A aktivt viser til «barnets beste» og hvilken vekt det har i dommens konkrete vurdering, styrker dommens argumentasjon i henhold til å ivareta forpliktelsene fra barnekonvensjonen og Grunnloven. Dommen kan også tas til inntekt for en positiv utvikling når det kommer til den sentrale plassen «barnets beste» etter barnekonvensjonen og Grunnloven er pålagt å ha.

Både HR-2018-1014-A og HR-2023-1172-A kommer med generelle uttalelser om hvordan hensynet til «barnets beste» skal presenteres og hvor sentralt det skal være i vurderingen av

⁴⁰ Se pkt. 5.

⁴¹ Det følger av Lov 17. juni 2022 nr. 57 om erstatning fra staten til voldsutsatte (voldserstatningsloven) § 8 litra b, at selv om den voldsutsatte har fått utbetalt erstatning i samsvar med dommen mot skadevolderen, kan det søkes om tilleggserstatning til kontoret for voldsoffererstatning dersom erstatningsbeløpet i dommen ble avkortet i medhold av skl. § 1-1.

erstatningssaker som omhandler barns erstatningsansvar etter skl. § 1-1. HR-2023-1172-A gir også uttrykk for hvordan hensynet kan vektlegges som argument for erstatningsutmålingen både på skadevolders og skadelidtes side i oppreisningstilfeller. Mer konkret om avgjørelsens overføringsverdi og betydning vil kommenteres gjennomgående under avhandlingens punkt 4 vedrørende hensynets betydning for vurderingen av barns medvirkningsansvar.

4. Relevans og vektlegging av «barnets beste» ved vurderingen av barns medvirkningsansvar

4.1 Utviklingen av skl. § 5-1 i relasjon til barns medvirkningsansvar

Den opprinnelige romerske tilnærmingen for medvirkningsansvaret generelt var at medvirkning førte til at ethvert krav mot skadevolder falt bort, kjent som «culpapakompensasjon».⁴² Dette prinsippet dominerte norsk rett helt frem til 1900-tallet, hvor fordelingsprinsippet overtok og ble lovfestet gjennom straffelovens ikrafttredelseslov § 25 i 1902.⁴³ I 1985 ble regelen overført til skadeserstatnings-loven § 5-1 med noen formuleringstilpasninger. Realiteten i bestemmelsen ble likevel ikke endret, og eldre rettspraksis har derfor fortsatt relevans.⁴⁴

Når det gjelder barns særlige stilling i medvirkningstilfeller ble rettstilstanden, som nevnt i innledningen, endret i 1987 ved innføringen av en nedre aldersgrense på 10 år for barns medvirkningsansvar. Før denne endringen var dommen Rt. 1965 s. 1115 en sentral referanse og fungerte som retningslinje for vurderingen av barns medvirkningsansvar.⁴⁵ I denne saken hadde en 7 år gammel gutt klatret opp i en høyspentmast og ble som følge av dette påført alvorlige skader. E-verket ble funnet objektivt ansvarlig, men gutten ble likevel, under dissens (3-2), pålagt å tåle en reduksjon i erstatningen på 1/3 grunnet egen medvirkning til skaden.⁴⁶ Dommen ble senere kritisert, men den fungerte lenge som en generell retningslinje som åpnet for at barn helt ned i 7-årsalderen kunne bli pålagt et medvirkningsansvar.

⁴² Lødrup (2009) s. 410.

⁴³ Lødrup (2009) s. 410.

⁴⁴ Lødrup (2009) s. 410 og Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 460.

⁴⁵ Nygaard (2007) s. 388.

⁴⁶ Rt. 1965 s. 1115.

Den restriktive tilnærmingen til unge barns medvirkningsansvar ble opprettholdt i Rt. 1977 s. 313 og Rt. 1981 s. 492. Begge avgjørelsene involverte 13-år gamle barn, hvor det ene henholdsvis ble skadet under lek med en sementblander, og det andre ved lek med stjalne boltepatroner. I begge tilfellene ble barnets grove uaktsomhet tillagt avgjørende vekt. Høyesterett tok ikke stilling til barnas unge alder og begrensede utvikling når det gjaldt forståelse og håndtering av risiko. Retten syntes å nærmeste stille tilsvarende krav til barns opptreden som voksne, hvor begge barna måtte akseptere reduksjoner i sine erstatningskrav.⁴⁷

Etter lovendringen er det skl. § 5-1 slik den nå er utformet som regulerer betydningen av skadelidtes medvirkning. Bestemmelsens første ledd er av relevans for avhandlingen og lyder:

1. «Dersom den direkte skadelidte eller erstatningssøkeren har medvirket til skaden ved egen skyld, kan erstatningen settes ned eller falle bort for så vidt det er rimelig når en tar hensyn til atferden, og dens betydning for at skaden skjedde, omfanget av skaden og forholdene ellers. Dette gjelder likevel ikke dersom skadelidte på skadetiden ikke hadde fylt 10 år.»

Begrunnelsen for fastsettelsen av den nedre aldersgrensen på 10 år for medvirkningsansvar, var ifølge forarbeidene ikke basert på manglende skyldevne for barn under 10 år, men snarere på hensyn knyttet til oppgjørsteknikk og rimelighet.⁴⁸ Det uttales videre i forarbeidene at valget av 10-års grensen spesielt er begrunnet med at barn i denne aldersgruppen generelt er så modne at de bør bære et ansvar for sine handlinger.⁴⁹

Det er derimot ikke slik at vurderingen av barns forståelse og håndtering av risiko ikke skal ha betydning for skyldvurderingen. Justiskomiteen presiserer at 10-års grensen ikke innebærer at barn over denne alderen automatisk skal anses å ha skyldevne, hvor det må vises varsomhet med å tillegge medvirkning for barn eldre enn 10 år betydning ved erstatningsvurderingen.⁵⁰ Rettspraksis understreker at aktsomhetskravet overfor barn må tilpasses barnets alder og utvikling.⁵¹

⁴⁷ Rt. 1977 s. 313 og Rt. 1981 s. 492.

⁴⁸ NOU 1987:4 s. 32.

⁴⁹ NOU 1987: 4 s. 32.

⁵⁰ Ot. Prp. Nr. 81 (1986-1987) på s. 42.

⁵¹ Jf. bl.a. Rt. 1997 s. 1081 og Rt. 2003 s. 433

Etter innføringen av den lovfestede nedre aldersgrensen for medvirkningsansvar ville avkortningen som forelå i Rt. 1965 s. 1115 ikke engang vært opp til vurdering. Lovendringen markerer dermed en betydelig forandring i tilnærmingen til barns medvirkning i erstatningssaker, idet barn under 10 år får en klar beskyttelse hvor de nå unntas fra ethvert medvirkningsansvar. Innføringen av aldersgrensen medførte også, som vist til over, visse retningslinjer for vurderingen knyttet til barn over 10 år, som kan tenkes å bidra til en løsrivelse fra den tidligere strenge praksisen overfor eldre barn.⁵²

4.1.1 Kort om bestemmelsens innhold

Skl. § 5-1 legger opp til en todelt vurdering, hvor det først må tas stilling til om skadelidte kan anses å ha medvirket til skaden ved «egen skyld», for så å foreta en helhetsvurdering av hvorvidt det anses rimelig å avkorte skadelidtes erstatning på bakgrunn av denne medvirkningen. Bestemmelsen legger i så måte opp til en konkret ansvars- og utmålingsvurdering. Både ved vurderingen av vilkåret «egen skyld» og ved fastsettelsen av erstatningens omfang må det ses hen til at «barnets beste» skal være et grunnleggende hensyn.⁵³

Vilkårene om at skadelidte «medvirker til skaden» ved «egen skyld» gir ifølge forarbeidene anvisning på en vurdering i tråd med det alminnelige skyldkravet i norsk rett, samt en vurdering av om det foreligger årsakssammenheng mellom skaden og den medvirkende handlingen.⁵⁴ Vurdering av årsakssammenheng vil ikke diskuteres videre da det ikke får spesiell betydning for temaet.

Gjennom rettspraksis er det oppstilt et vilkår om at skadelidte må anses å ha såkalt «selvskyldevne» dersom det kan sies at vedkommende har medvirket til skaden ved «egen skyld».⁵⁵ Dette prinsippet blir blant annet tydeliggjort i den prinsipielle Togklatrer-dommen i Rt. 2015 s. 606. Dommen reiste spørsmål om en psykotisk person som hadde klatret om bord på et tog, kunne anses for å ha medvirket til skaden som oppstod.

Høyesterett fastslo at skadelidte ikke kunne anses for å ha handlet ved «egen skyld», all den tid det var psykosen som utløste handlingen. Skadelidte manglet derfor den nødvendige

⁵² Ot. Prp. Nr. 81 (1986-1987) på s. 42.

⁵³ BK art. 3, Grl. § 104 og HR-2018-1014-A avsnitt 54.

⁵⁴ NOU 1977: 33 s. 37.

⁵⁵ Lødrup (2009) s. 419.

«selvskyldevnen» i situasjonen. Dette prinsippet fra Togklatrer-dommen kan tas til inntekt for at dersom en person skal kunne anses å ha medvirket til sin egen skade, må vedkommende ha hatt en grad av skyldevne og kontroll over handlingen som førte til skaden. I tilfeller der skadelidte ikke har denne evnen, vil medvirkningsansvaret normalt ikke gjelde.⁵⁶

Når det gjelder barn må det som nevnt under punkt 4.1 utvises forsiktighet rundt å konstatere selvskyldevne også for barn over 10 år.⁵⁷ Ansvarsvurderingen og skyld-kravet overfor barn vil belyses inngående i punkt 4.2, hvor det også vil tas stilling til hvordan hensynet til «barnets beste» spiller inn på denne vurderingen.

Ordlyden i § 5-1 viser til at erstatningen «kan» settes ned eller falle bort ved medvirkning. Ordlyden legger følgelig opp til en konkret helhetsvurdering hvor domstolen ikke fritt kan sette ned erstatningen på tross av at lovens inngangsvilkår er oppfylt.⁵⁸

Erstatningen kan settes ned dersom det anses «rimelig» med hensyn til «atferden, og dens betydning for at skaden skjedde, omfanget av skaden og forholdene ellers».⁵⁹ Ordlyden legger følgelig opp til at det skal tas hensyn til graden av skadelidtes skyld og hvilken innflytelse skadelidtes handling/unnlattelse har hatt på den endelige skaden i rimelighetsvurderingen.⁶⁰ Skyldkravet og årsakskravet vil fungere som graderende moment. Mer om hvordan den konkrete avkortningsvurderingen gjøres for tilfeller hvor skadelidte er barn, vises til i punkt 3.4, hvor det også tas stilling til hvordan denne vurderingen påvirkes av hensynet til «barnets beste».

4.2 Betydningen av «barnets beste» ved skyldvurderingen etter skl § 5-1

Den allmenne kunnskapen om barn og oppfatningen av barns plass i samfunnet har gjennomgått betydelige endringer siden vi fikk de første dommene om barns medvirkningsansvar.⁶¹ Det har skjedd en gradvis utvikling i retning av økt forståelse og verdsetting av barns kompetanse på

⁵⁶ Korslund (2020) pkt. 2.

⁵⁷ Ot. Prp. Nr. 81 (1986-1987) s. 42.

⁵⁸ Lødrup (2009) s. 417.

⁵⁹ Skl. § 5-1.

⁶⁰ Nygaard (2007) s. 392.

⁶¹ Rt. 1940 s. 16, Rt. 1965 s. 1115, Rt. 1977 s. 313, Rt. 1981 s. 492.

ulike områder. Psykologisk forskning har bidratt til å skape et mer nyansert bilde av barns instinkter og mestringssevne på en rekke områder.⁶²

I forbindelse med vurderingen av vilkåret «egen skyld» etter § 5-1, må man derfor adressere spørsmålet om hvilken betydning dette vilkåret har for tilfeller hvor skadelidte er barn. Hvordan barnepsykologien påvirker vurderingen av barns skyldsevne og om denne tilnærmingen harmoniserer med prinsippene som «barnets beste» legger opp til for vurderinger som involverer barn, vil det tas stilling til i den videre analysen.

Det vil også stilles et viktig spørsmål hvor det undersøkes om de retningslinjene man kan utlede fra hensynet til «barnets beste» kan sies å åpne opp for en mer subjektiv vurdering av skyld i forhold til det som tradisjonelt har vært lagt til grunn etter skl. § 5-1. Det kan argumenteres for at en grundig vurdering av de endrede perspektivene på barnets kompetanse vil føre til en mer rettferdig vurdering av barns medvirkningsansvar, utfra deres rolle i samfunnet.

4.2.1 Barns forståelse av risiko – «egen skyld»

Ordlyden i medvirkningsbestemmelsens grunnvilkår om «egen skyld» viser til en skadeevnevurdering hvor det sentrale spørsmålet blir hvorvidt det i den aktuelle situasjonen foreligger en oppfordring til å reagere på risiko på bakgrunn av risikoens karakter.⁶³ For å besvare dette må det undersøkes hvilke forventinger som stilles til barns forståelse av risiko.

Utgangspunktet ifølge forarbeidene til skl. § 5-1 er at man skal bruke samme argumentasjonsmønster for vurderingen av skyld overfor barn som man gjør ved vurderingen av om det foreligger skyld hos en påstått voksen skadevolder.⁶⁴ Det kan likevel hevdes at det bør foreligge visse modifikasjoner her.⁶⁵ Gjennom det økte fokuset på barns utvikling åpnes det opp for å erkjenne de store individuelle forskjellene som foreligger i barns modningstempo. Ifølge Frøseth kan de viktigste forutsetningene i barnets kognitive utvikling med hensyn til forebygging av skade, i noen tilfeller være på plass først flere år etter 10-årsalderen.⁶⁶ Slike

⁶² Frøseth (2013) s. 228.

⁶³ Frøseth (2013) s. 225.

⁶⁴ NOU 1977:33 s. 34.

⁶⁵ Frøseth (2013) s. 225.

⁶⁶ Frøseth (2013) s. 226.

variasjoner i barns utvikling taler i tråd med justiskomiteens uttalelser om at det skal utvises forsiktighet med å fastslå skyld ved barn ned mot 10-årsalderen.⁶⁷

Culpanormen har i løpet av 1900-tallet gjennomgått en betydelig endring fra å tidligere basere seg i stor grad på moralske overveielser til nå å bevege seg i retning av mer pragmatiske vurderinger knyttet til interesseavveining og risikofordeling.⁶⁸ Dette har åpnet for at det i større grad kan tas hensyn til barns biologiske og utviklingsmessige forutsetninger ved vurderingen av skyldansvar.⁶⁹ Denne endringen fungerer som et ytterligere argument for at man nå kan vektlegge barns individuelle forutsetninger ved vurderingen av «egen skyld».

Med bakgrunn i denne utviklingen er det derfor grunn til å være skeptisk til eldre rettsavgjørelser som synes å forutsette at selv relativt små barn forventes å reagere på risiko på samme måte som voksne.⁷⁰ Det moderne synet tar hensyn til barns alder, utvikling og evne til å forstå risiko og konsekvenser på en mer realistisk måte, og legger dermed til rette for mer nyanserte vurderinger av barns medvirkningsansvar.

4.2.2 Særlig om hensynet til barns sosiale sårbarhet og utvikling

I tillegg til det økte fokuset på barns utvikling basert på barnepsykologisk forskning, spiller retningslinjene fra Barnekonvensjonen og Grunnloven nå en betydelig rolle i vurderingen av om barnet kan anses å ha medvirket til skade ved «egen skyld». Hensynet til «barnets beste» sikter til barns sårbarhet, både sosialt og økonomisk.⁷¹

Fokuset på barns sårbarhet tar, i likhet med barnepsykologien, utgangspunkt i at barn er underveis i sin forståelse av risiko. Dette gjelder både skille mellom rett og galt, men også måten å håndtere risiko man utsetter seg selv eller andre for. Dette perspektivet reflekterer at barn, på grunn av sin umodne forståelse og erfaring, kan være mer sårbare i situasjoner som involverer vurderingen av deres medvirkning til skade.

⁶⁷ Se pkt 3.2.1 avsnitt 4.

⁶⁸ Frøseth (2013) s. 228.

⁶⁹ Se Rt. 2003 s. 433 som kommenteres nærmere under avhandlingens pkt. 4.2.2.

⁷⁰ Frøseth (2013) s. 229.

⁷¹ Se pkt. 2.2.

I rettspraksis synes det økte fokuset på barns utvikling ved vurdering av skyld allerede å komme til uttrykk i Rt. 2003 s. 433, også kjent som Syklistdommen. Her vektlegger Høyesterett barns utvikling ved vurdering av barnets skyldgrad, for å bedre reflektere over barns evne til å reagere og håndtere ulike risikosituasjoner. Avgjørelsen illustrerer dermed en positiv utvikling i rettspraksis i tråd med økt kunnskap om barns utvikling.

Dommen omhandler en 11 år gammel syklist som kjørte på en fotgjenger bakfra. Barnet ved forsikringsselskapet ble ikke idømt erstatningsansvar. Det ble vektlagt at barnet syklet etter en kompis for å forsøke å passere fotgjengeren. Flertallet uttalte at handlingen ville være å anse som uaktsomt dersom skadevolder var voksen, men siden det var tale om en 11-åring la Høyesterett avgjørende vekt på at «en orientering mot kameratens problemløsning gjør at alternative løsninger blir valgt bort hos 11-åringen fordi han har mindre kapasitet til å hankses med alternativ informasjon rent tankemessig (kognitivt)». ⁷² Her synes Høyesterett å sikte til nettopp manglende mestringsevne overfor barnet.

Videre kom Høyesterett med generelle retningslinjer for vurderingen av skyld i henhold til barn hvor de i avsnitt 41 uttalte at: «[K]rav og forventninger til barn må stilles under hensyn til at barn skal kunne leke og lære seg atferd utenfor hjemmet blant andre barn og voksne [...]. Fastlegging av normen for aktsomhet må i nødvendig grad ta hensyn til barns spesielle stilling og behov, og ikke hindre en naturlig utvikling».

I Syklistdommen synes Høyesterett å vektlegge rehabiliteringshensynet, som tilsier at det må foreligge en viss aksept rundt barns behov for å lære og teste grenser uten at dette skal få alvorlige konsekvenser. Høyesterett tar hensyn til barnets naturlige læringsprosess gjennom eksperimentering og erkjenner at slike prosesser ikke alltid vil være uten risiko.

Høyesteretts syn virker således å harmonere med de retningslinjene hensynet til «barnets beste» oppstiller, da barns sosiale sårbarhet nettopp knytter seg til aksept for å feile, forstå, lære og mestre i deres videre utvikling. Ved å anerkjenne barns naturlige ønske om å teste grenser for å lære, blir retten i bedre stand til å balansere barnets behov for utforskning mot samfunnets behov for beskyttelse. Avgjørelsen synes likevel å begrense diskusjonen til et objektivt nivå, hvor hovedfokuset ligger på hvilke forventninger man kan stille til barn i den aldersgruppen

⁷² Rt. 2003 s. 433 avsnitt 52.

skadevolder befant seg i, basert på generell utvikling. Å vektlegge barns utvikling tilsier at man er på riktig vei, men det kan likevel spørres om man for å ivareta de retningslinjene som følger av «barnets beste», også må foreta individuelle vurderinger basert på subjektive forhold ved barnet i vurderingen.

Syklistdommen omhandler vurderingen av skyld i henhold til barns erstatningsansvar som skadevolder etter skl. § 1-1. Denne bestemmelsen legger i utgangspunktet opp til en mer individuell vurdering sammenlignet med den mer generelle tilnærmingen man finner i skl. § 5-1. Dette aspektet belyses i forarbeidene til § 1-1, hvor det i Innst. 1964 I s. 10 uttales at «[d]et bør være adgang til å ta et visst hensyn til ikke bare den aldersgruppen barnet tilhører, men også det modenhetstrinn barnet står på. Det kan f.eks. være rimelig å legge til grunn en strengere aktsomhetsnorm overfor en 12-årig skadevolder som står på 15-årstrinnet i sin intellektuelle utvikling, enn overfor en jevnaldrende som i utvikling står på 9-årstrinnet». Her vises det eksplisitt til hvordan subjektive og individuelle forhold kan spille inn på vurderingen av barns skyldansvar etter skl. § 1-1.

Skl. § 5-1 har ikke tilsvarende uttalelser i sine forarbeider. Forarbeidene til § 5-1 synes å rette fokus på barnets alder og hvilke forventninger som kan stilles til barn utfra den aldersgruppen de befinner seg i.⁷³ Subjektive forhold knyttet til det konkrete barnet blir ikke kommentert. Det kan tenkes at ordlyden «kan» i bestemmelsen åpner for en mer subjektiv vurdering knyttet til selve utmålingen av erstatning.⁷⁴ Det vil likevel være aktuelt å spørre om en slik subjektiv vurdering skal begrenses til lovens avkortningsvurdering eller om den også i lys av «barnets beste» må kunne komme inn under lovens ansvarsvurdering.

4.2.3 Tilsier hensynet til «barnets beste» en mer subjektiv vurdering av «egen skyld»?

Barnekonvensjonen og Grunnloven tilsier at barns rettigheter skal vurderes i alle avgjørelser som berører barn, basert på hvor alvorlig beslutningen oppfattes for barnet.⁷⁵ Dette kan indikere at vurderingen av barns medvirkningsansvar ikke bare bør være objektiv basert på den aldersgruppen barnet befinner seg i, men også ta hensyn til barnets individuelle sårbarhet og

⁷³ NOU 1987: 4 s. 32, Ot.prp.nr. 81(1986-1987) s. 42.

⁷⁴ Se pkt. 4.3.

⁷⁵ Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 192.

behov. Barnekonvensjonens forord tar også sikte på et mål om å beskytte barn utfra individuelle forutsetninger.⁷⁶

Grunnloven gir ytterligere støtte til en slik tilnærming blant annet ved å uttrykke barns rett til respekt for menneskeverd og egenverdi.⁷⁷ Dette kan tolkes som en oppmuntring til å anerkjenne barnets individualitet og unike forutsetninger ved vurderinger som berører barn, herunder blant annet ansvarsvurderingen knyttet til skl. § 5-1.

Selv om barn på samme alder har medvirket til en skade på tilsvarende måte, kan det foreligge betydelige forskjeller mellom dem. Dette dilemmaet kan illustreres gjennom et tenkt eksempel med to 12-åringer, Barn A og Barn B, som begge tar seg inn på en privat eiendom. I eksempelet finner barna raketter som de begynner å leke med, og som resulterer i alvorlige syn- og brannskader på dem selv.

Barn A har hatt en sen kognitiv utvikling og kan ikke sies å være utviklet på samme nivå som de fleste 12-åringer. Han har heller ingen erfaring med raketter og dets farepotensial fra før av. Barn B er derimot velutviklet for alderen sin, og har gjennom sin oppvekst flere ganger fått være med sin far på å skyte opp raketter. Han er dermed kjent med viktigheten av vernebriller og forsiktighet rundt slike gjenstander.

Utfra skl. § 5-1 sin ordlyd og forarbeider vil det være naturlig å vurdere begge barna ut fra hva som objektivt sett kan forventes av 12-åringer i en tilsvarende situasjon. Utgangspunktet for ansvarsvurderingen knyttet til om barna har medvirket ved «egen skyld» vil dermed være lik for begge, basert på generelle forventinger til utvikling for den aktuelle aldersgruppen.

Om man ser eksempelet over i lys av hensynet til «barnets beste», kan det imidlertid være nødvendig å vurdere de to sakene separat og vurdere barnets «egen skyld» i lys av en mer subjektiv tilnærming. På denne måten vil barnekonvensjonens mål om å gi barnet den beskyttelsen det utfra individuelle forhold måtte trenger, bli ivaretatt.⁷⁸

⁷⁶ Barnekonvensjonens forord avsnitt 8 og 10.

⁷⁷ GrL. § 104 første og tredje ledd.

⁷⁸ Barnekonvensjonens forord avsnitt 8 og 10.

En viktig side her er at prevensjons- og rehabiliteringshensynet vil stille seg annerledes overfor de to barna. Det er større grunn til å reagere med sanksjoner overfor Barn B, som bevisst opptrer uforsiktig nær en kjent fare. Barn Bs mulighet for å lære er større sammenlignet med Barn A som handlet uten visshet om rakettenes konkrete skadepotensial. Det kan også stilles strengere forventninger til Barn Bs handlemåte i møte med risiko basert på hans velutvikling for alderen, i forhold til barn As underutvikling.

4.2.3.1 Handlingsalternativ, skadesituasjonens kompleksitet og skadetype

Et annet moment under ansvarsvurderingen er å se på hvilke handlingsalternativ som forelå på skadetidspunktet. Det er følgelig ikke gitt at selv om et barn er gammelt nok til å forstå risiko, at det også forventes at barnet handler annerledes. Forståelse av, og reaksjon på risiko er to ulike aspekt.⁷⁹ Her vil også spørsmålet om hensynet til «barnets beste» åpner for en mer fleksibel skyldvurdering når det gjelder barn i ulike livssituasjoner som står overfor risikosituasjoner av ulik kompleksitet, komme på spissen.

Herunder er det aktuelt å spørres om vurderingen av om barn har utvist «egen skyld» stiller seg annerledes i tilfeller hvor barn handler alene versus i grupper. Et barn på 13 år må eksempelvis forventes å forstå risikoen ved å sykle over et fotgjengerfelt på rødt lys. Dersom barnet er ute og sykler alene og velger å sykle over fotgjengerfeltet på rødt lys for spenningens skyld, noe som resulterer i påkjørsel, er det grunnlag for å si at barnet har utvist «egen skyld» ved medvirkning til skade. Situasjonen stiller seg annerledes dersom barnet er ute og sykler med et eldre barn som først velger å sykle over fotgjengerfeltet på rødt lys uten å bli skadet. Selv om barnet teoretisk sett har forstått risikoen, kan det i slike tilfeller ha mindre oppfordringer til å følge kunnskapen, noe som igjen kan gi mindre grunnlag for subjektiv klander overfor barnet i motsetning til de krav som stilles til voksne.⁸⁰ Barn har en redusert evne til å ta rasjonelle avgjørelser på grunn av gruppeorientering mot barn de identifiserer seg med.⁸¹

Til tross for et tilsvarende hendelsesforløp i form av sykling som resulterer i skade, vil de preventive hensynene i de to typetilfellene gjøre seg gjeldende med ulik tyngde. For barnet som syklet alene og handlet basert på manglende beherskelse, vil det foreligge større mulighet for å

⁷⁹ Frøseth (2013) s. 230.

⁸⁰ Dette momentet ble vektlagt av Høyesterett i Rt. 2003 s. 433 ved vurderingen av barns skyld etter skl. § 1-1.

⁸¹ Frøseth (2013) s. 230.

lære og å forbygge lignende hendelser i fremtiden dersom barnet blir pålagt et eget skyldansvar, enn for barnet som speilet kompisens adferd. Om barn opptre alene eller i grupper må følgelig være et moment som må kunne vektlegges ved skyldvurderingen gjennom hensynet til «barnets beste».

Et annet eksempel er barns reaksjon på risiko i komplekse og kaotiske situasjoner versus rolige, kjente og oversiktlige situasjoner. Det kan stilles strengere krav til reaksjon på risiko dersom skadesituasjonen overfor barnet fremstår kjent og oversiktig. Situasjoner som oppleves kaotiske, som for eksempel trafikk, krever mer av barnets oppmerksomhet og ferdigheter. NOU 1987: 4 s. 31 legger på bakgrunn av det komplekse risikobildet som trafikksituasjonen innebærer en anbefalt selvskyldterskel på 14 år.⁸² Dette belyser viktigheten av å ta stilling til hvilket risikobilde barnet står overfor i skadesituasjonen ved vurdering av «egen skyld» etter skl. § 5-1.

Ved vurderingen av skyld vil det også være aktuelt å se hen til hvilken skadetype man står overfor. Når det gjelder barn er det mange virkemiddel som kan brukes for å bidra til deres læring og utvikling. Det er ikke gitt at man for å ivareta prevensjonshensynet i alle tilfeller må reagere med erstatningsansvar eller eventuelt straff. Noen typer atferd er likevel så skadelige at de utfra et samfunnsperspektiv bør reageres på. Den moralske dimensjonen fra samfunnet er eksempelvis strengere ved tilfeller av personskade som følge av vold enn uforsiktig tingsskader.

Ved å åpne for en mer subjektiv tilnærming til vurderingen av barns medvirkningsansvar på bakgrunn av hensynet til «barnets beste», vil dette innebære at aldersrelaterte forventinger ikke bare blir objektive, men også tilpasses individuelle forskjeller og behov hos barn, alt etter hva som gjør seg gjeldende i lys av den konkrete sak man står overfor. En slik tilnærming vil ivareta hensynet til «barnets beste» og respekt for barnets egenverdi, slik de er nedfelt i internasjonale og nasjonale retningslinjer.⁸³

⁸² Frøseth (2013) s. 228.

⁸³ Grl. § 104 og BK art. 3 nr. 1.

4.3 Betydningen av «barnets beste» ved avkortningsvurderingen etter skl. § 5-1

Skl. § 5-1 legger som nevnt opp til at dersom det kan konstateres skyld og årsakssammenheng mellom skadelidtes handling og skaden som foreligger, «kan» erstatningen settes ned eller falle bort for så vidt det anses rimelig. Utgangspunktet i praksis er at dersom man finner skyld på skadelidtes side, avkortes erstatningen dersom bidraget er såpass stort at det kan settes i en brøk eller ikke-ubetydelig prosentandel.⁸⁴ Det må i det videre spørres hvordan dette utgangspunktet stiller seg i tilfeller hvor skadelidte er barn og der hensynet til «barnets beste» kommer inn som et fremtredende moment for vurderingen.

At bestemmelsen opererer med formuleringen «kan» betyr at det ikke nødvendigvis foreligger noe automatikk i at erstatningen settes ned eller faller bort selv om skadelidte har medvirket til skaden ved egen skyld. Bruken av «kan» legger til rette for en helhetlig vurdering av alle relevante forhold i saken basert på de faktiske omstendighetene man står overfor.⁸⁵ Dette kan tyde på at domstolene i utgangspunktet har rom til å hensynte barns spesielle behov og sårbarhet, samt å kunne tilpasse vurderingen i henhold til deres utviklingsnivå og forståelse av risiko i avkortningsvurderingen.

Hvordan retningslinjene som følger av hensynet til «barnets beste» gjør seg gjeldende overfor barns medvirkningsansvar vil kunne variere etter hvilken skadetype man står overfor. For personskader vil «barnets beste» tilsi et behov for å anerkjenne barns sårbarhet både fysisk og psykisk i lys av deres behov for omsorg og støtte. For tingskader må avkortningen vurderes i lys av barnets alder, utvikling og evne til å forstå konsekvenser av egne handlinger. For oppreisningstilfeller foreligger det et særskilt ansvarsgrunnlag, og vurderingen av et medvirkningsansvar opererer her med en mer skjønnsmessig tilnærming til de momentene skl. § 5-1 oppstiller.⁸⁶ For den videre redegjørelsen vil det dermed først gis en utredning av hvordan hensynet til «barnets beste» påvirker de ulike momentene som er opplistet i skl. § 5-1 i lys av økonomiske skader. Etterfulgt vil det foretas en egen vurdering av hvordan hensynet spiller inn for vurderingen av oppreisningstilfeller.

⁸⁴ Ot.prp.nr.60 (1980-1981) s. 33 og Nygaard (2007) s. 393.

⁸⁵ Jf. bla. HR-2018-872-A avsnitt 108.

⁸⁶ Se pkt. 5.

4.3.1 «atferden, og dens betydning for at skaden skjedde»

Det følger av lovteksten i skl. § 5-1 at erstatningen dersom påvist skyld, kan settes ned eller falle bort for så vidt det er rimelig når det tas hensyn til «atferden, og dens betydning for at skaden skjedde». Ordlyden sikter til en sammenligning av årsaksbidragene og skyldgraden på begge sider.⁸⁷

Dersom skadevolder har utvist grov skyld, skal det mye til for å finne det rimelig å sette ned erstatningen på bakgrunn av skadelidtes medvirkning.⁸⁸ Kan det derimot konstateres grov skyld på skadelidtes side, må dette ilegges stor betydning.⁸⁹ Selv om skadelidte er mye å bebreide er det likevel gjennom rettspraksis oppstilt et krav om at «han [må] sikres en erstatning som oppfattes som sosialt rettferdig».⁹⁰

Et vesentlig spørsmål under vurderingen av dette momentet er hvem som er partene i saken. Hensynet til «barnets beste» kan tas til inntekt for at det må vises større forsiktighet ved avkortning dersom skadelidte er barn og skadevolder er voksne, sammenlignet med tilfeller der begge parter er barn. Dette skyldes betydelige forskjeller i utviklingen når det gjelder risikoforståelse og mestring mellom barn og voksne.⁹¹ Det er rimelig å stille andre krav til barns opptreden enn det som gjelder for voksne. Selv i tilfeller der eldre barn fysisk kan sammenlignes med voksne, er det i lys av «barnets beste» den kognitive utviklingen som bør være avgjørende for vurderingen.⁹²

For å illustrere dette gjennom et eksempel, kan vi tenke oss et barn på 11 år som er ute og sykler. Barnet prøver å lære seg å sykle uten å holde hendene på sykkelstyret. En voksen syklist nærmer seg i høy fart mot en sving og kolliderer med barnet, som selv ikke klarte å svinge unna grunnet manglende kontroll over sykkelstyret. Til tross for at barnet har utvist uaktsomhet ved å ikke holde hendene på styret, vil det være naturlig å rette større klander mot den voksne syklistens fart og opptreden i situasjonen, basert på hans erfaring og modenhet. Det vil i dette tilfellet være vanskelig å anse det som rimelig å avkorte erstatningen overfor det unge barnet.

⁸⁷ Nygaard (2007) s. 392.

⁸⁸ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 471.

⁸⁹ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 472.

⁹⁰ Rt. 2008 s. 453 avsnitt 41.

⁹¹ Frøseth (2013) s. 230.

⁹² Barnekonvensjonens forord avsnitt 10.

Situasjonen ville imidlertid vært annerledes dersom den skadevoldende syklisten også var et barn. Man kan ikke forvente samme grad av risikohåndtering fra et skadevoldende barn som man kan fra voksne. I så tilfelle vil det i større grad være rimelig å rette klander mot begge parter uaktsomme opptreden. Eksempelet tydeliggjør i så måte viktigheten av å tilpasse graden av klander utfra alder og utviklingsnivå, for å sikre en rettferdig og proporsjonal utmålingsvurdering i saker som involverer barn.

Ved vurderingen under momentet knyttet til barnets atferd, er det også hensiktsmessig å se hen til hvilken skadesituasjon barnet befinner seg i. På samme måte som ved vurderingen av skyldansvar, vil kompleksiteten og kaoset knyttet til skadesituasjonen være relevant for å fastsette hvilke forventinger til barnets atferd som anses rimelig, når det klanderverdige i barnets atferd vurderes.

I tilfeller hvor skadesituasjonen oppleves kaotisk overfor barnet, vil prevensjonshensynet få mindre vekt. Det skyldes at det foreligger en begrenset mulighet for barn til å lære når skaden skyldes svikt i forståelse. I samsvar med retningslinjene fra barnekonvensjonen og Grunnloven, taler dette for at individuelle forhold knyttet til barns begrensede livserfaring i slike tilfeller bør veie tungt. Det er nødvendig for å hensynta «barnets beste» at barns manglende evne til å forstå og håndtere komplekse skadesituasjoner vektlegges i vurderingen av om avkortning i det konkrete tilfellet anses rimelig.

Dersom skaden derimot skyldes manglende beherskelse fra barnets side, vil prevensjonshensynet og barnets mulighet til å lære ved erfaring veie tyngre. Det vil i slike tilfeller være mer berettiget å rette klander mot barnets atferd og dets betydning for at skaden skjedde, all den tid barnet i et slikt tilfelle kjenner til risikoen som foreligger, men velger å ta den likevel. Dette underbygger at enhver situasjon må vurderes individuelt, slik at avkortningsvurderingen både tar hensyn til barnets utviklingsnivå, skadesituasjonens kompleksitet og barnets evne til å lære ved konsekvenser, for å sikre en rettferdig vurdering.

4.3.2 «omfanget av skaden»

Ved vurderingen av en eventuell avkortning i erstatning grunnet skadelidtes medvirkning, skal det også tas hensyn til «omfanget av skaden». Ordlyden viser til en objektiv vurdering hvor det er bidraget til omfanget, samt skadens størrelse og alvorlighetsgrad det siktes til.⁹³

Ved vurderingen av bidraget til omfanget, vil det være nødvendig i lys av hensynet til «barnets beste», å vurdere barnets bidrag ut fra hvilken grad av skyld og klander man med rimelighet kan rette mot det basert på subjektive forhold. Det må, som gjennomgått tidligere i avhandlingen, vises varsomhet rundt oppstilling av krav og forventinger til barns forebygging og reaksjon på risiko, basert på deres begrensede erfaring og utvikling.⁹⁴

Vurderingen av selve omfanget av skaden vil gjelde tilsvarende overfor barn og voksne, og hensynet til «barnets beste» synes ikke å oppstille ytterligere retningslinjer for vurderingen. Dette er et økonomisk aspekt hvor utgangspunktet er full erstatning basert på skadens objektive størrelse og alvorlighetsgrad.⁹⁵

Til tross for at erstatningen utmåles basert på skadens objektive størrelse og alvorlighetsgrad, vil det være tilfeller hvor det blir nødvendig å hensynta spesifikke forhold knyttet til det skadelidte barnet. Dette kan eksempelvis være behovet for langsiktig omsorg, rehabilitering eller andre tiltak som kan bidra til bedring etter skaden. Vektleggingen av slike subjektive forhold i lys av hensynet til «barnets beste» synes å passe bedre under momentet «forholdene ellers».

4.3.3 «forholdene ellers»

Ved vurderingen av hvorvidt det er rimelig å avkorte skadelidtes erstatning, spiller «forholdene ellers» en avgjørende rolle. Det vide uttrykket må antas å gi rom for å integrere andre relevante forhold som ikke fanges opp av de øvrige momentene under rimelighetsvurderingen, som gjør seg gjeldende i den konkrete saken. Eksempelvis vil spørsmålet om skadevolder har

⁹³ Nygaard (2007) s. 392.

⁹⁴ Frøseth (2013) s. 229-230.

⁹⁵ Rt. 1993 s. 1524 på s. 1533 om begrepet «full erstatning»: «er kjernen i erstatningsretten at skadelidte ikke skal komme økonomisk dårligere ut med skaden enn om denne ikke var inntruffet».

ansvarsforsikring kunne vektlegges under «forholdene ellers» som et moment i skadelidtes favør.⁹⁶

Det er imidlertid uklart hvor langt rekkevidden av «forholdene ellers» strekker seg. Nils Nygaard argumenterer for at det er rom for å inkludere «sosiale omsyn» i denne vurderingen.⁹⁷ Dette synet baserer han på en henvisning til en Høyesterettsavgjørelse om bilansvar, hvor sosiale hensyn knyttet til skadelidte ble fremhevet, blant annet ved å anse skadelidte særlig hardt rammet basert på vedkommendes «meget unge alder».⁹⁸ Det er likevel usikkert om denne vurderingen også er ment å gjelde i relasjon til skl. § 5-1, da dette ikke tydelig er kommentert i rettspraksis. Å vurdere sosiale forhold basert på en importering av praksis knyttet til bilansvaret alene, kan synes å ha noe mangelfull forankring.

Selv om rettspraksis ikke eksplisitt har kommentert hvorvidt sosiale hensyn skal vektlegges i forbindelse med skl. § 5-1, gir nåværende retningslinjer fra barnekonvensjonen og Grunnloven ytterligere veiledning. Hensynet til «barnets beste» legger til rette for individuelle vurderinger knyttet til barns sosiale sårbarhet.⁹⁹ Det virker dermed klart at også sosiale hensyn må tas med i betraktningen under momentet «forholdene ellers», for å ivareta den beskyttelsen barnet er ment å få gjennom hensynet til «barnets beste».

Vern av skadelidte kommer inn som et sentralt moment ved vurderingen av sosiale hensyn under «forholdene ellers». Dette reflekterer muligheten for å beskytte skadelidte på tross av deres medvirkende handlinger, basert på skadesituasjonens alvorlighetsgrad og dens påvirkning på skadelidte. Dette vil kunne variere, hvor det eksempelvis foreligge større behov for beskyttelse i tilfeller av personskader sammenlignet med tingsskader, da personskader gjennom deres direkte berøring, oppleves mer belastende for barnet. Hvordan skaden påvirker barnet fysisk og psykisk, og hvordan det påvirker skadelidtes økonomiske situasjon er alle momenter som kan tas inn under vurderinger av «forholdene ellers» i lys av den beskyttelsen barnet får gjennom hensynet til «barnets beste».

⁹⁶ Ot.prp. nr. 75 (1983-1984) s. 64.

⁹⁷ Nygaard (2007) s. 392-393.

⁹⁸ Rt. 2005 s. 887 avsnitt 38-39.

⁹⁹ Se pkt. 2.2.

Et aspekt hvor vernet til skadelidte spiller en enda mer sentral rolle, er ved utmålingsvurderingen av oppreisningserstatning. Hvordan denne vurderingen nærmere utarter seg i relasjon til barns medvirkning skal det ses hen til i avhandlingens neste punkt.

5. Hensynet til «barnets beste» ved utmåling av oppreisningserstatning

5.1 Oppreisningserstatningens særlige ansvarsgrunnlag og hensyn

Ved vurderingen av en eventuell avkortning i erstatning på bakgrunn av skadelidtes medvirkning i tilfeller hvor det dreier seg om utmåling av oppreisningserstatning, vil andre hensyn gjøre seg gjeldende. Sentralt står barnets subjektive opplevelse av krenkelsen og dens innvirkning på barnets liv.

I tilfeller hvor oppreisningserstatning er aktuelt, stilles det særskilte krav til ansvarsgrunnlaget. Her må skadevolder ha utvist kvalifisert skyld, enten i form av forsettlig eller grov uaktsom opptreden, jf. skl. § 3-5.¹⁰⁰ For tilfeller hvor det oppstår spørsmål om medvirkning i oppreisningstilfeller må skl. § 5-1 følgelig tolkes i lys av dette særskilte kravet til ansvarsgrunnlag.

Hovedformålet med oppreisningserstatning er å kompensere for en ikke-økonomisk skade som følge av handlinger som er sterkt klanderverdige.¹⁰¹ Dette formålet understreker viktigheten av å ivareta barns rettigheter og deres generelle behov for støtte, noe som medfører at hensynet til «barnets beste» kommer på spissen i oppreisningstilfeller.

Vurderingen av avkortning basert på skadelidtes medvirkning i oppreisningstilfeller er imidlertid sjeldent. Dette skyldes at de fleste oppreisningssaker baserer seg på straffebed som allerede utelukker medvirkning for å anse straffebedet oppfylt. Unntak kan likevel forekomme, for eksempel ved provokasjon til vold der provokasjonen ikke er tilstrekkelig for å anses som straffri.¹⁰²

¹⁰⁰ Kjelland (2016) s. 703.

¹⁰¹ Kjelland (2016) s. 703.

¹⁰² Rt. 1997 s. 883 illustrerer at spørsmålet om medvirkning gjør seg gjeldende i tilfeller av provokasjon til vold.

På skadevoldersiden kommer hensynet til at utmålingen av oppreisningserstatning skal ha en pønalt funksjon frem. Dette tilsier at oppreisningen skal ha en karakter av straff overfor skadevolder som har utvist kvalifisert skyld ved å påføre skade på andre.¹⁰³ Imidlertid taler hensynet til «barnets beste» for at det skal utvises forsiktighet med å vektlegge den pønale karakteren av oppreisning i tilfeller hvor det skadevoldende barnet er over den kriminelle lavalder og som følge av dette også straffes på andre måter. I tillegg er terskelen høy for å pålegge barn under den kriminelle lavalder et oppreisningsansvar, nettopp basert på ansvarets straffelignende karakter.¹⁰⁴

Likevel kan det i alvorlige tilfeller være nødvendig utfra prevensjonshensyn at barn konfronteres med et oppreisningsansvar på bakgrunn av sine sterkt klanderverdige handlinger, for å hindre gjentakelse. I slike tilfeller kan et oppreisningsansvar vurderes å være til «barnets beste», på bakgrunn av viktigheten av å lære, gjøre opp for seg og å utvikle seg i tråd med de normer samfunnet stiller til oss som mennesker. En slik reaksjon har også en side til samfunnets behov for å uttrykke misnøye med den skadevoldende hendelsen.¹⁰⁵

På skadelidte siden står kompensasjonshensynet sentralt, et hensyn som har blitt tillagt større vekt generelt i rettspraksis om oppreisningserstatning det siste tiåret.¹⁰⁶ Dette innebærer at oppreisning skal bidra til å gi skadelidte økonomisk kompensasjon for den fysiske og/eller psykiske krenkelsen de har vært utsatt for.¹⁰⁷ Dette aspektet har stor relevans i tilfeller hvor skadelidte er barn, gitt den spesielle sårbarheten de har i ulike skadesituasjoner.

5.2 Rettspraksis som illustrerer vektleggingen av «barnets beste» ved utmåling av oppreisningserstatning etter skl. § 1-1, jf. § 3-5

Da det ikke finnes rettspraksis som direkte håndterer betydningen av «barnets beste» ved vurdering av avkortning på grunn av skadelidtes medvirkning i oppreisningstilfeller, vil det ses hen til hvordan hensynet har spilt inn i vurderingen av oppreisningsansvar overfor barn etter skl. § 1-1. Deretter vil det undersøkes hvilken overføringsverdi dette kan ha for tilfellene som omhandler medvirkning.

¹⁰³ Kjelland (2016) s. 705.

¹⁰⁴ Kolsum (2020) s. 127 pkt.4.

¹⁰⁵ Kjelland (2016) s. 705.

¹⁰⁶ Jf. bl.a. Rt. 2014 s. 745 avsnitt 31 og Rt. 2012 s. 1773 avsnitt 23.

¹⁰⁷ Kjelland (2016) s. 705.

I HR-2023-1172 var både skadevolder og skadelidte barn. Høyesterett viser her, som nevnt i avhandlingens pkt. 3.1, eksplisitt til hensynet til «barnets beste» for å begrunne et oppjustert oppreisningsbeløp overfor skadelidte fra det ellers normerte beløpet for oppreisning som fra rettspraksis gjelder ved voldtekt.¹⁰⁸ Høyesterett konkluderte på bakgrunn av at en voldtekt vil være mer belastende og skremmende for barn, at oppreisningsbeløpet før justering av skadevolders alder, burde heves fra 240 000 kroner til 260 000 kroner.¹⁰⁹ Her ser man et tydelig eksempel på hvordan retningslinjene fra barnekonvensjonen og Grunnloven anvendes for å begrunne økningen av erstatning overfor barn som skadelidt basert på skadesituasjonen som forelå.¹¹⁰

Ved vurderingen av skadevolders ansvar går Høyesterett så videre og uttaler at hensynet til «barnets beste» tilsier at oppreisningsbeløpet reduseres slik belastningen ved en betalingsforpliktelse overfor barnet blir mindre.¹¹¹ Deretter tar retten hensyn til de konkrete omstendighetene i den aktuelle saken og konkluderer med at oppreisningsbeløpet skal settes til 160 000 kroner, som tilsvarer omtrent 60 % av det en voksen skadevolder ville ha blitt pålagt å betale.

HR-2023-1172-A illustrerer følgelig hvordan hensynet til «barnets beste» spiller inn i vurderingen av erstatningsutmålinger, både når det gjelder skadevolder og skadelidte. Dommen viser i så måte hvordan retten hensyntar barns spesielle behov og sårbarhet i prosessen med å fastsette erstatningsbeløpene i henhold til prinsippene fra barnekonvensjonen og Grunnloven.¹¹²

Høyesteretts retningslinjer i HR-2023-1172-A om hensynet til «barnets beste» sin betydning for utmåling av oppreisningsansvar overfor barn synes ivaretatt i lagmannsrettens avgjørelse i LA-2023-133526.

¹⁰⁸ HR-2022-980-A legger til grunn at den normerte oppreisningserstatningen for voldtekt skal tilsvare 2 G.

¹⁰⁹ HR-2023-1172-A avsnitt 51-52.

¹¹⁰ Hvorvidt den tallmessige oppjusteringen de facto ivaretar hensynet til «barnets beste» overfor skadelidte i forhold til tidligere oppjusteringer diskuteres under punkt 5.4.1.

¹¹¹ HR-2023-1172-A avsnitt 54.

¹¹² Det forutsettes at skadelidte får medhold i sin søknad om tilleggserstatning jf. voldserstatningsloven § 8 c. Dette er ikke avklart enda, jf. mailkorrespondanse med skadelidtes Prosessfullmektig i saken.

LA-2023-133526 omhandler en 15 år gammel gutt som ble tiltalt for kroppskrenkelse overfor offentlig tjenestemann etter straffeloven § 271.¹¹³ Før vurdering i lagmannsretten kom tingretten frem til å idømme det skadevoldende barnet et erstatningsansvar på 5000 kroner, jf. skl. § 1-1, jf. § 3-5. Lagmannsretten gikk i sin tur inn i en inngående vurdering og konkluderte på bakgrunn av hensynet til «barnets beste» med at tiltalte frifinnes for fornærmedes krav på oppreisningserstatning.

Herunder vektla lagmannsretten blant annet at skadevolder var elev ved en ungdomsskole og følgelig hadde ingen formue eller fast inntekt. I dette henseende uttalte retten at «[h]ensynet til barnets beste tilsier at oppreisning ikke idømmes en skadevolder som er uten betalingsevne».¹¹⁴

Lagmannsretten gikk så videre med å vise til Høyesteretts uttalelser knyttet til betydningen av hensynet til «barnets beste» i HR-2023-1172-A avsnitt 54, hvor det blir påpekt av Høyesterett at hensynet til «barnets beste» nå tillegges større vekt. Lagmannsretten viser videre til at Høyesterett tar stilling til skadevolders alder, som var 15 år, likt som tilfellet overfor lagmannsretten, hvor Høyesterett legger til grunn at en femtenåring har begrenset livserfaring og modenhet, og derfor har mindre evne enn voksne til å kontrollere følelser, forstå situasjoner og overskue konsekvensene av egne handlinger.¹¹⁵ På denne bakgrunn fant lagmannsretten etter en samlet vurdering at det ikke var rimelig å pålegge skadevolder et oppreisningsansvar i det hele tatt.

Avgjørelsen fra lagmannsretten kan sies å utgjøre et eksempel på hvordan hensynet til «barnets beste» spiller inn i vurderingen hvor bare den ene parten i saken er barn. På bakgrunn av den offentlige tjenstemannens alder og livserfaring, fant retten større grunnlag for å ivareta det skadevoldende barnet og dets sosiale og økonomiske sårbarhet i kontrast med den voksne skadelidte. Situasjonen ville trolig stilt seg annerledes dersom skadelidte i saken også var et barn. Da ville momenter som skadesituasjonens belastende karakter og kompensasjonshensynet overfor det skadelidte barnet kommet inn med større vekt, på bakgrunn av de retningslinjene barnekonvensjonen og Grunnloven oppstiller.

¹¹³ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.).

¹¹⁴ LA-2023-133526.

¹¹⁵ HR-2023-1172-A avsnitt 56.

5.3 Overføringsverdien av nevnt rettspraksis for utmåling av oppreisningserstatning knyttet til skl. § 5-1

Selv om avgjørelsene over ikke direkte omhandler vurderingen av barns medvirkning etter skl. § 5-1, kan de likevel gi veiledning på hvordan hensynet til «barnets beste» synes implementert i praksis innenfor erstatningsretten. Avgjørelser som vektlegger «barnets beste» gir tydelig signal om at barns spesielle stilling og behov må tas i betraktning ved alle utmålingsvurderinger i erstatningsretten.

På overordnet plan kan de generelle uttalelsene i HR-2023-1172-A tas til inntekt for at hensynet til «barnets beste» åpner for å vektlegge skadesituasjonen og hvordan den oppleves for et barn sett i lys av den særlige vekten kompensasjonshensynet har for barn som skadelidte. Det er imidlertid viktig å merke seg at situasjonen stiller seg annerledes ved vurdering av medvirkningsansvar, da medvirkning forutsetter utvist skyld på skadelidtes side.¹¹⁶ Når det gjelder skadevolder kan avgjørelsene over både fra Høyesterett og lagmannsretten begrunne at det må utvises forsiktighet med å pålegge skadevolder en stor økonomisk byrde basert på barnets økonomiske sårbarhet, men at ansvaret likevel må speile graden av alvor i vedkommendes handling. Overfor begge parter vil deres utvikling og forståelse av skadesituasjonen være en sentral faktor å vektlegge ved utmålingsvurderingen.

For medvirkningstilfeller kan det tenkes at graden av klander overfor skadevolders handling, minskes i tråd med graden av skadelidtes medvirkning. Spørsmål om avkortning grunnet egen medvirkning til skade kunne eksempelvis aldri blitt relevant for tilfellet i HR-2023-1172-A, all den tid det ikke foreligger en voldtekt i strafferettslig forstand dersom det også foreligger medvirkning fra skadelidtes side.

Det finnes likevel tilfeller hvor medvirkning må vurderes ved utmålingen av oppreisningserstatning. Et tenkt eksempel kan være en sak mellom to 16 år gamle barn. Barn A har over lengre tid mobbet og plaget Barn B, noe som resulterer i at Barn B, rett etter en stygg kommentar, ved slag påfører Barn A en brukket nese.¹¹⁷ Barn A vil i utgangspunktet ha krav på oppreisning fra Barn B jf. skl. § 1-1, jf. § 3-5. Likevel kan det argumenteres for at Barn A, gjennom sin mobbing av Barn B, bør tåle en viss avkortning i sitt oppreisningskrav som følge

¹¹⁶ Skl. § 5-1.

¹¹⁷ Rt. 1997 s. 883 viser at medvirkningsspørsmålet gjør seg gjeldende i tilfeller av provokasjon til vold.

av medvirkning til skaden. Til tross for at hensynet til «barnets beste» vanligvis taler for å utvise forsiktighet ved å avkorte barns erstatningskrav på bakgrunn av egen medvirkning, kan det i visse tilfeller, ut fra prevensjonshensynet, anses å være til «barnets beste» å pålegge barnet et visst ansvar.¹¹⁸ Det må forventes at et barn på 16 år kjenner til alvoret ved mobbing som en skadende handling både overfor individer og samfunnet generelt. For å forebygge fortsettelse eller gjentakelse av mobbingen kan det dermed anses rimelig i lys av «barnets beste» å pålegge barnet et vist medansvar for å understreke handlingens alvorlighetsgrad.

Om man snur litt på eksempelet over og tenker oss at Barn A har mobbet og plaget en voksen, hvor den voksne personen ender opp med å slå til Barn A, vil medvirkningsvurderingen stille seg annerledes. Til tross for at det også her vil være viktig å formidle overfor Barn A at mobbing er en alvorlig opptreden som kan føre til ansvar, vil de forventningene som stilles til en voksen skadevolder veie tyngre. Det stilles andre forventninger til en voksen knyttet til å kontrollere følelser og impulser, hvor voksne har et større ansvar for å forstå alvoret i å utøve fysisk makt spesielt overfor et barn. Overfor Barn A kan det også i dette tilfelle spørres om vedkommende, grunnet sin alder og utvikling, i tilstrekkelig grad forstod alvoret i sin egen handling med å mobbe en voksen. Barn kan tenke at voksne ikke lar seg påvirke av slikt på samme måte som andre barn. I dette eksempelet vil kompensasjonshensynet overfor det skadelidte barnet få større vekt. Den belastningen et barn opplever ved å bli nedslått av en voksen skadevolder taler mot å pålegge barnet en avkortning grunnet egen medvirkning til skade. Skadesituasjonens alvor og belastning vil etter hensynet til «barnets beste» kunne ilegges avgjørende vekt.¹¹⁹

5.4 Synes hensynet til «barnets beste» tilstrekkelig ivaretatt i rettspraksis knyttet til vurderingen av oppreisningserstatning?

Til tross for at hensynet til «barnets beste» synes tilfredsstillende ivaretatt i noen av Høyesteretts og lagmannsrettens nyere avgjørelser, som vist til i pkt. 5.2, ser det ikke ut til å ha blitt fast praksis i alle saker som involverer barn. I forlengelsen av eksemplene over knyttet til medvirkning i form av provokasjon til vold og forholdet mellom barn og voksne som skadevolder og skadelidt, kan det vendes oppmerksomhet mot en nylig avgjørelse fra lagmannsretten hvor det ble tatt stilling til et alminnelig oppreisningsansvar for en far overfor sine barn.

¹¹⁸ Se pkt. 5.1.

¹¹⁹ HR-2023-1172-A legger til grunn at «barnets beste» åpner for å vektlegge skadehendelsens belastning overfor skadelidte ved utmålingsvurderinger.

LH-2023-22442 omhandler familievold, hvor retten tok stilling til spørsmålet om hvorvidt tre barn skulle bli tilkjent oppreisningserstatning fra sin far etter han ble dømt for tre overtredelser av straffelovens § 271 om kroppskrenkelse. Ved sin avgjørelse konkluderer retten med at ingen av barna skulle bli tilkjent oppreisningserstatning, uten å ta stilling til hvilken rolle hensynet til «barnets beste» hadde ved avgjørelsen.

Ved spørsmålet om utmåling av farens oppreisningsansvar som skadevolder, overfor sine barn som skadelidte, uttalte retten følgende:

«I foreliggende sak er familiens økonomi relativt svak. En ulempe ved å tilkjenne barna oppreisning i en slik situasjon, er at foreldrenes økonomi rammes, noe som i sin tur kan ramme barna. For eksempel er det i foreliggende sak opplyst at foreldrene var på vei til å kjøpe egen bolig til seg og barna, men at idømt oppreisning i tingretten med til sammen 280 000 kroner satte en stopper for dette. [...] Etter en samlet rimelighetsvurdering hvor blant annet også krenkelsens art er tatt i betraktning, har lagmannsretten kommet til at oppreisningserstatning ikke skal tilkjennes i dette tilfellet».

Det er et særtrekk overfor barn at det i noen tilfeller kan ha et avhengighetsforhold til skadevolderen, også på det økonomiske plan. Dette er en særlig sårbarhet ved barns livssituasjon, som illustrert over har vist seg å slå ut i barnets disfavør i praksis. I Lagmannsrettens avgjørelse unnlater retten å respektere barna som selvstendige individ. Dette er i strid med de retningslinjene som følger av barnekonvensjonen og Grunnloven som nettopp har som formål å ivareta barn på et subjektivt nivå gjennom hensynet til «barnets beste».¹²⁰ Konsekvensen av å unnlate å respektere barna som selvstendige individ medfører at relasjonen mellom partene og det avhengighetsforholdet som her foreligger, får negativ betydning for barnets erstatningsrettslige stilling.

Lagmannsretten har følgelig forsømt å ta stilling til hva som faktisk er til barnas beste og hvilke krav hensynet til «barnets beste» stiller til vurderingen. Argumentet om at det vil være i barnas interesse at foreldrene ivaretar muligheten til å kjøpe familien en ny bolig, kan ikke anses å være et argument som fremmer hensynet til «barnets beste», all den tid barn ikke bærer ansvaret

¹²⁰ Barnekonvensjonens forord avsnitt 8.

for foreldrenes økonomi. En avgjørelse som avskjærer barnas oppreisningserstatning på denne bakgrunn kan ikke, uten videre drøfting og begrunnelse, anses å være i deres favør. Det finnes ulike velferds- og boligstøtteordninger tilgjengelig for foreldrene.

Ettersom familiens økonomi var avgjørende i denne saken, hvor det ikke forelå noe medvirkning fra skadelidtes side, kan det også tenkes å bli anført i saker hvor det foreligger medvirkning. Dette kan eksempelvis være tilfeller av slåssing mellom foreldre og barn i hjemmet. Om man følger retningslinjene fra LH-2023-22442 i et slikt tilfelle, virker det uproblematisk å avkorte barnets oppreisningskrav i sin helhet på bakgrunn av foreldrenes svake økonomi, da skadelidte her også har bidratt med egen skyld til skaden.

Å komme til en slik konklusjon uten en nærmere redegjørelse vil imidlertid være i strid med hensynet til «barnets beste». I en helhetsvurdering skal «barnets beste» være et grunnleggende hensyn hvor det vil være nødvendig å vurdere barn som selvstendige individ utfra deres egen medvirkning, i lys av alder, forståelse og utvikling, samt forholdet mellom partene og skadesituasjonens belastning overfor skadelidte.¹²¹ Hensynet til «barnets beste» må ikke være avgjørende for sakens utfall, og det kan tenkes lignende tilfeller der barns erstatningskrav avkortes uten at dette vil stride med de retningslinjene som følger av barnekonvensjonen og Grunnloven. Hvordan hensynet er vurdert og vektlagt må likevel synlig drøftes og begrunnes.¹²² Dette vil reflektere en klart dypere forståelse av barnets opptreden, og bidra til å gi barnet den beskyttelsen det etter barnekonvensjonen og Grunnloven skal ha.¹²³

Den manglende vurderingen og vektleggingen av hensynet til «barnets beste» i lagmannsrettens avgjørelse tilsier at rettsanvendelsen fremdeles har en vei å gå når det gjelder å anerkjenne det grunnlov- og konvensjonsfestede prinsippets betydning i erstatningsretten. Det fremstår både konvensjons- og grunnlovsstridig overfor lagmannsretten å neglisjere hensynets betydning, og det kan tenkes at resultatet i LH-2023-22442 hadde stilt seg annerledes ved en tilfredsstillende ivaretagelse av «barnets beste» i vurderingen.

5.4.1 Nærmere om utmålingsvurderingen av oppreisning overfor skadelidte i HR-2023-1172-A

¹²¹ Se pkt. 2.2.

¹²² Se pkt. 2.2.

¹²³ Se pkt. 2.2.

At rettsanvendelsen fremdeles har en vei å gå når det gjelder anerkjennelsen av hensynet til «barnets beste» kan også illustreres ved å se nærmere på den konkrete utmålingsvurderingen av oppreisningserstatning overfor skadelidte i HR-2023-1172-A. I avhandlingens punkt 5.2 brukes HR-2023-1172-A som et eksempel på at hensynet til «barnets beste» kan begrunne et oppjustert erstatningskrav overfor skadelidte på bakgrunn av den skade og skadevoldende handling som foreligger. Dette er som nevnt i tråd med de retningslinjene som følger av barnekonvensjonen.

Om man går nærmere inn i den konkrete oppjusteringen i den aktuelle saken, sammenlignet med oppjusteringer for lignende tilfeller i tidligere rettspraksis, kan det likevel spørres om hensynet til «barnets beste» de facto synes ivaretatt ved denne avgjørelsen.

I Rt. 2011 s. 743 behandlet også Høyesterett en sak om voldtekt av en person under 18 år. Skadelidte var i denne saken 17 og et halvt år gammel. Til tross for at normen for oppreisningserstatning på dette tidspunktet var satt til 150 000 kroner, fant Høyesterett at oppreisningen overfor det skadelidte barnet måtte økes. Høyesterett konkludere dermed med å øke oppreisningserstatningen til 175 000 kroner, noe som tilsvarer en total økning i erstatningen på 16,7 %.

I HR-2022-980-A finner man en noe lunde tilsvarende økning. Her viser Høyesterett til at standarderstatningen for voldtekt på dette tidspunktet avrundes til 210 000 kroner, og oppjusterer så dette til 240 000 kroner på bakgrunn av skadelidtes alder på 17 år og ni måneder. Noe som innebar en total økning på 14,3 % i erstatningen.

I HR-2023-1172-A var skadelidte 16 år og fire måneder, altså over ett år yngre enn i de to eksemplene over. Som nevnt under avhandlingens pkt. 5.2, viser Høyesterett først til at normen for oppreisning på dette tidspunktet avrundes til 240 000 kroner, før de på bakgrunn av hensynet til «barnets beste» oppjusterte erstatningen til 260 000 kroner. Dette tilsier imidlertid bare en økning i erstatningen på 8,3%, noe som halverer den økningen som ble lagt til grunn i HR-2011-1016-A.

Det kan følgelig rettes kritikk mot den betydelig lavere oppjusteringen av erstatning i 2023-dommen, i forhold til de andre to eksemplene. Det kan vanskelig sies at en prosentmessig halvering i oppjusteringen av erstatning er i tråd med hensynet til «barnets beste», særlig uten

noe nærmere redegjørelse rundt hvorfor den prosentmessige økningen her settes betydelig lavere enn i tidligere rettspraksis.

Det kan spørres om Høyesterett i dette henseende gir uttrykk for at retten skal stå fritt når det gjelder vurderingen av hvor mye tillegget i oppreisningserstatningen skal være overfor barn utsatt for lignende skadevoldende handlinger. En regel som gir en slik ubegrenset frihet kan imidlertid føre til manglende ensartethet i behandlingen av lignende tilfeller, noe som vil utfordre rettsikkerheten overfor barn.

Det kan argumenteres for at klare retningslinjer og normer for vurderingen av oppreisningserstatning overfor barn, innenfor visse rammer som tar hensyn til skadelidtes alder og situasjon, i større grad vil være i tråd med hensynet til «barnets beste» og kravene til en rettferdig rettergang.¹²⁴ Å basere en avgjørelse på hensynet til «barnets beste» uten å konkretisere hvordan dette prinsippet faktisk blir ivaretatt, vil virke utilstrekkelig sett i lys av de retningslinjene hensynet medfører knyttet til barns sterke behov for beskyttelse ved rettsavgjørelser.

Eksempelet her illustrerer, i likhet med punkt 5.4, at selv om «barnets beste» er på vei inn i rettsanvendelsen på erstatningsrettens område, foreligger det fortsatt visse utfordringer knyttet til hensynets faktiske ivaretagelse. På denne bakgrunn oppstår det spørsmål om hvorvidt det er behov for å endre de erstatningsrettslige bestemmelsene for å sikre at hensynet får den fremtredende posisjonen det rettmessig skal ha.

6. Bør det foretas endringer i skl. § 5-1 for å sikre en tilstrekkelig ivaretagelse av hensynet til «barnets beste»?

For å sikre vektleggingen av hensynet til «barnets beste» i medvirkningsvurderingen etter skl. § 5-1, blir spørsmålet om nødvendigheten for å beholde den lovfestede aldersgrensen og om det bør innføres ytterligere retningslinjer for vurderingen i bestemmelsens ordlyd, et viktig rettspolitisk diskusjonstema.

¹²⁴ Grl. § 95 annet punktum.

Når det gjelder bestemmelsens lovfestede 10-årsgrense ble den ved sin innføring positivt mottatt. Det ble på denne måten gitt et signal om at også medvirkningstilfeller må særreguleres når det gjelder krav overfor barn. Som nevnt i avhandlingens pkt. 4.1 ble lovfestingen hovedsakelig begrunnet i oppgjørstekniske hensyn, men valget av 10-årsgrensen ble også satt på bakgrunn av at barn i denne aldersgruppen i gjennomsnitt er så modne at de bør bære et ansvar for sine medvirkningshandlinger.¹²⁵ Justisnemnda forutsatte likevel at det skal «vises varsomhet» med avkortning for barn ned mot 10 år.¹²⁶

Som gjennomgått i avhandlingen, viser det seg imidlertid store variasjoner i den kognitive utviklingen for barn i denne og eldre aldersgrupper. Med tanke på det økte fokuset på barns utviklingspsykologi og de retningslinjene man får gjennom hensynet til «barnets beste», bør det derfor vurderes om denne 10-årsgrensen anses hensiktsmessig, eller om det bør innføres en mer fleksibel tilnærming.

For vurderingen av barns medvirkningsansvar, legger skl. § 5-1 opp til en objektiv vurdering som må gjøres konkret for hver enkelt sak, basert på hvilke forventinger som stilles til barnet utfra den aldersgruppen det befinner seg i.¹²⁷ Det kan dermed virke overflødig å operere med en lovfestet 10-årsgrense i lys av den konkrete vurderingen knyttet til barnets alder som uansett vil gjennomgå.

Det kan også argumenteres for at den lovfestede 10-årsgrensen er satt for lavt, og at det dermed vil være unødvendig å beholde den. Dette begrunnes særlig i det nyere fokuset på barns utviklingspsykologi som viser til at barn ned i 10 årsalderen svært sjeldent er tilstrekkelig utviklet for å kunne sies å både forstå samt å reagere på risiko i faresituasjoner.¹²⁸ Dette tilsier et behov for en mer nyansert tilnærming og eventuelt en høyere aldersgrense, slik at det i større grad kan tas hensyn til barns evne til å forstå og håndtere risiko i ulike situasjoner.

På den annen side gir den lovfestede aldersgrensen en viss rettsikkerhetsgaranti, da den sikrer at barn under 10 år ikke kan få avkortet erstatningen sin på grunn av egen medvirkning. Uten en slik aldersgrense ville det være en risiko for at også yngre barn i særlige tilfeller kunne blitt

¹²⁵ NOU 1987: 4 s. 32.

¹²⁶ Innst. O. 1987 s. 8.

¹²⁷ NOU 1987: 4 s. 32, Innst. O. 1987 s. 8.

¹²⁸ Frøseth (2013) s. 226-228.

pålagt et medvirkningsansvar, noe som ville kunne skape usikkerhet og kompleksitet i medvirkningssaker som involverer barn. Den lovfestede aldersgrensen medfører en forutsigbar sikkerhetsventil for barn under 10 år. Aldersgrensen vil også bidra til å sende et signal om forsiktighet i vurderingen av barn som befinner seg nært ned mot 10 år.¹²⁹

I tillegg anses aldersgrensen hensiktsmessig av oppgjørstekniske og prosessøkonomiske hensyn.¹³⁰ Ved å ha en aldersgrense på 10 år vil det ikke lenger være aktuelt å gå inn i en vurdering av hvorvidt det foreligger grunnlag for avkortning overfor barn under 10 år. Det vil følgelig være både økonomisk og tidsbesparende å kunne legge til grunn at medvirkningsregelen uansett ikke kommer til anvendelse for barn yngre enn 10 år.

Samlet sett kan det derfor hevdes at den lovfestede 10-årsgrensen er hensiktsmessig å beholde, både som en rettsikkerhetsgaranti overfor yngre barn, men også med tanke på oppgjørstekniske og prosessøkonomiske hensyn.

For å sikre at hensynet til «barnets beste» bevarer sin fremtredende rolle, kan det likevel argumenteres for at hensynets vekt og betydning bør inntas som retningslinjer i bestemmelsens ordlyd. Dette gjelder forholdsvis ordlyden til både skl. §§ 5-1 og 1-1. En mulighet er også en direkte henvisning til barnekonvensjonen i erstatningsreglene. Dette vil bidra til å sikre at hensynet og dets posisjon blir ivaretatt, og at rettsanvender ikke vil kunne overse eller glemme å ta stilling til hva som er til «barnets beste» i sin vurdering, slik det synes å ha blitt gjort i LH-2023-22442 og i den konkrete utmålingen av erstatning overfor skadelidte i HR-2023-1172-A. Å innføre hensynet til «barnets beste» i de erstatningsrettslige bestemmelsene vil derfor utgjøre en sikkerhetsmargin for at hensynet faktisk blir vurdert i tråd med de retningslinjene som gjelder.

Ordlyden i skl. § 5-1 slik den står i dag er uklar, hvor det foreligger flytende overganger mellom bestemmelsens ansvars- og avkortningsvurderinger.¹³¹ Ved innføringen av tydeligere retningslinjer i bestemmelsen for å sikre at hensynet til «barnets beste» blir ivaretatt, kan en ide være å presisere at utgangspunktet for vurderingen knytter seg til hvilken aldersgruppe barnet objektivt sett befinner seg i, men at retningslinjene fra barnekonvensjonen og Grunnloven åpner

¹²⁹ Ot.prp.nr. 81 (1986-1987) s. 42.

¹³⁰ NOU 1987: 4 s. 32.

¹³¹ HR-2023-1796-A avsnitt 32.

for at det også skal gjøres en subjektiv vurdering utfra barnets individuelle forutsetninger. Dette vil reflektere en dypere forståelse av barns behov for beskyttelse på erstatningsrettens område.

Domstolen har også en rolle hvor de gjennom sin praksis kan bidra til å sikre at de retningslinjene som følger av barnekonvensjonen og Grunnloven blir ivaretatt og videreutviklet på erstatningsrettens område. Ved å etablere klar rettspraksis som fremhever betydningen av hensynet til «barnets beste» hvor det står i forgrunnen ved vurderinger av medvirkningsansvar overfor barn, vil der være vanskelig for kommende avgjørelser å ikke ta hensyn til det sentrale prinsippet. På denne bakgrunn kan det argumenteres for at det er nødvendig at Høyesterett tar stilling til hvordan hensynet til «barnets beste» helt konkret bør få betydning i vurderingen av de ulike vilkår skl. § 5-1 viser til.

7. Avsluttende bemerkninger og refleksjoner

Hensynet til «barnets beste» synes å være et komplekst begrep som bare i begrenset grad kan sies å ha fått fullt gjennomslag på erstatningsrettens område. Retningslinjene som følger av barnekonvensjonen og Grunnloven gir føringer for mer individuelle vurderinger overfor det enkelte barn, både ved ansvars- og utmålingsvurderinger. «Barnets beste» gir uttrykk for viktigheten av å prioritere og vektlegge barns interesser og behov ved rettslige vurderinger.

Gjennom eksempler fra rettspraksis i HR-2018-1014-A, HR-2023-1172-A, LA-2023-133526 og LH-2023-22442 har man sett hvordan hensynet til «barnets beste» noen ganger blir ivaretatt, mens det andre ganger synes neglisjert i erstatningsvurderinger. Dette har ført til refleksjoner rundt behovet for en mer konsistent anvendelse av hensynet til «barnets beste» i rettspraksis.

For at hensynet til «barnets beste» skal utvikles på erstatningsretten område, må det få konkrete implikasjoner i rettsanvendelsen. Domstolen spiller en sentral rolle i denne prosessen, hvor de har mulighet til å utvikle og konkretisere begrepets innhold gjennom rettspraksis, slik det er blitt gjort på andre rettsområder. Både nasjonale og internasjonale rettskilder pålegger

rettsanvender en forpliktelse om å ivareta hensynet til «barnets beste» som en fremtredende retningslinje, for å sikre en adekvat ivaretagelse av barns interesser.¹³²

Selv ved klare retningslinjer knyttet til «barnets beste» i erstatningsbestemmelsenes ordlyd kan ivaretagelsen av hensynet fortsatt støte på problemer i erstatningsretten. En refleksjon knytter seg til de komplekse tilfeller hvor både skadevolder og skadelidte er barn. I alminnelige oppreisningstilfeller som omfattes av voldserstatningsloven, kan det virke uproblematisk for rettsanvender å ivareta hensynet til «barnets beste» overfor begge parter ved å etter forholdene oppjustere skadelidtes erstatningskrav, og nedjustere skadevolders erstatningsansvar, all den tid skadelidte i slike tilfeller kan få dekket tilleggserstatning fra staten gjennom ordningene for voldsoffererstatning.¹³³

Det blir imidlertid mer komplisert om man står overfor et tilfelle av skade som ikke vernes av reglene i voldserstatningsloven. Et eksempel kan her være dersom et barn stjeler en bil og forsettlig kjører ned et annet barn. Det følger av voldserstatningsloven § 2 at det for skader som omfattes av bilansvarsloven, er det bilansvarsloven som gjelder.¹³⁴ Bilansvarsloven § 4 tilsier at det er bileiers forsikringsselskap som står ansvarlig for erstatningskravet i slike tilfeller. Herunder oppstår det et problem da bilens forsikringsselskap neppe vil godta å utbetale et oppjustert oppreisningsbeløp som avviker fra det beløp retten fastsetter i domsslutningen, på bakgrunn av at skadelidte er et barn. Er det da slik at rettsanvender må «velge side» ved utmålingen av erstatningen, hvor de bare synes å ivareta hensyn til «barnets beste» overfor én av partene ved enten en oppjustering eller nedjustering av erstatningsansvaret?

I så tilfelle kan det synes som om det er mer gunstig for skadelidte å få erstatning utmålt etter voldserstatningsloven enn etter andre ansvarsgrunnlag. Dette utgjør tilsynelatende en forskjellsbehandling i lovverket som medfører ulike løsninger avhengig av hvilket ansvarsgrunnlag man står overfor. Rådet til retten i slike tilfeller kan være at den, ved en forsettlig påkjørsel, oppjusterer skadelidtes erstatning i sin slutning, i forhold til hva man hadde fastsatt overfor en voksen, basert på barnets sårbarhet og belastning ved skaden. Videre bør retten i sine premisser kommentere at det skadevoldende barnet i en regressomgang likevel trolig bare vil kunne bli pålagt å betale et nedjustert erstatningsbeløp overfor forsikrings-

¹³² BK art. 3 nr. 1 og Grl § 104 annet ledd, se pkt. 2.2.

¹³³ Voldserstatningsloven § 8 jf. § 6.

¹³⁴ Lov 3. februar 1961 om ansvar for skade som motorvognør gjør (bilansvarslova – bal.).

selskapet. Hensynet til «barnets beste» overfor skadevolder vil dermed tas i betraktning under vurderingen av regresskravet, basert på det skadevoldende barnets økonomiske sårbarhet og manglende utvikling. På denne måten blir staten ansvarlig for det ekstra beløpet for tilfeller som rammes av voldserstatningsloven, mens forsikringsselskapet tar ansvar for tilleggsbeløpet i andre saker hvor slike ordninger foreligger. En slik ansvarsfordeling og tilnærming sikrer både skadelidte og skadevolders interesser i lys av hensynet til «barnets beste».

Hensikten med denne avsluttende refleksjonen er å understreke viktigheten av å utvikle og fastsette hensynet til «barnets beste» innenfor erstatningsretten på en måte som ikke kompliserer rettssystemet. Utviklingen av hensynet bør heller ikke legge opp til en praksis som nødvendigjør ofring av hverken skadelidtes eller skadevolders interesser.

8. Kilderegister

Norske lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Noregs grunnlov (Grunnlova – Grl.)

Lov 3. februar 1961 om ansvar for skade som motorvogner gjer (bilansvarslova – bal.)

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

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.)

Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven)

Lov 17. juni 2022 nr. 57 om erstatning fra staten til voldsutsatte (voldserstatningsloven)

Konvensjoner

Convention on the Rights of the Child/ FN's konvensjon om barnets rettigheter, 777 UNTS 3, (barnekonvensjonen – BK), 20. november 1989

Convention on the rights of persons with disabilities/Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, Nr. 34, (CRPD), 13. desember 2006

Norske forarbeider

NOU 1977: 33 Om endringer i erstatningsloven

NOU 1987: 4 Standardisert erstatning til barn

Ot. Prp. Nr. 60 (1980-1981)	Om lov om endringer i erstatningslovgivningen for så vidt gjelder lemping av erstatningsansvar, forsikringsgivers regressrett m m
Ot.prp. nr. 75 (1983-1984)	Om lov om endringer i erstatningslovgivningen (ansvar for dyr, regress, lemping m m og endringer i bilansvarslova)
Ot. Prp. Nr. 81 (1986-1987)	Om lov om endring i skadeerstatningsloven
Ot. Prp. Nr. 20 (1991-1992)	Om endringer i straffeloven og skadeserstatningsloven m.m (seksuelle overgrep mot barn)
Innst. 1964 I/ NUT 1964:2	Innstilling om ny lov om erstatningsansvar for skade voldt av barn og ungdom m.m.
Innst. O. Nr. 19 (1987-1988)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i skadeerstatningsloven
Dok.nr. 16 (2011-2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Kommentar fra FNs komité for barnets rettigheter

General Comment No. 14 (2013)	The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)
-------------------------------	---

Norske rettsavgjørelser

Høyesterettspraksis

Rt. 1940 s. 16

Side 47 av 49

Rt. 1965 s. 1115

Rt. 1977 s. 313

Rt. 1981 s. 492

Rt. 1991 s- 1124

Rt. 1993 s. 1524

Rt 1997 s. 883

Rt. 1997 s. 1081

Rt. 2003 s. 433

Rt. 2005 s. 887

Rt. 2008 s. 453

Rt. 2011 s. 743

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 155

Rt. 2025 s. 606

Rt. 2015 s. 1388

HR-2018-2096-A

HR-2018-872-A

HR-2018-1014-A

HR-2022-980-A

HR-2023-1172-A

Lagmannsrettspraksis

LA-2023-133526

Agder lagmannsretts dom av 26. oktober 2023

LH-2023-22442

Hålogaland lagmannsretts dom av 19. september 2023

LH-2023-69344

Hålogaland lagmannsretts dom av 24. oktober 2023

Juridisk litteratur

Frøseth (2013)

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

Hagstrøm og Stenvik (2015)

Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Universitetsforlaget 2015

- Kjelland (2016) Kjelland, Morten, *Oppreisningserstatning ved fysiske og psykiske krenkelseser – En analyse av høyesterettspraksis og sentrale utviklingslinjer*, Rettsavklaring og rettsutvikling – Festskrift til Tore Schei, 1. utgave, s. 703-758, Universitetsforlaget 2016
- Kolsum (2020) Kolsum, Marte, *Barns erstatningsansvar etter skadeserstatningsloven § 1-1 – særlig om forholdet til oppreisningsansvar etter § 3-5*, Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett årgang 17, nr. 2-2020, s. 87-128, Universitetsforlaget 2020
- Korslund (2020) Korslund, Martine, *Skadelidtes Medvirkning*, Obiter Dictum 14.04.2020, oppdatert 25.07.2022
- Lødrup (2009) Lødrup, Petter, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave med bistand av Morten Kjelland, Gyldendal 2009
- Nygaard (2007) Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 6. utgave, Universitetsforlaget 2007
- Regjeringen (2022) Regjeringen m/ansvarlig redaktør Cecilie Roang, *FNs konvensjon om barnets rettigheter*, Regjeringen.no 21.11.2022, <https://www.regjeringen.no/no/tema/familie-og-barn/innsiktsartikler/fns-barnekonvensjon/fns-konvensjon-om-barnets-rettigheter/id2511390/>, (hentet fra internett 12.09.2023)