



# NOREGS HØGSTERETT

Den 22. mars 2013 sa Høgsterett dom i

**HR-2013-00649-A, (sak nr. 2012/1989), sivil sak, anke over dom,**

X kommune

(advokat Øyvind Renslo – til prøve)

mot

A

B

(advokat John Christian Elden)

## R Ø Y S T I N G :

- (1) Dommar **Utgård**: Saka gjeld spørsmålet om habilitet for tingrettsdommar i sak om endring av samværsomfang etter offentlig omsorgsovertaking for eit tvillingpar. Den same dommaren hadde to år tidlegare vore dommar i sak der det offentlege hadde fått medhald i omsorgsovertaking for desse to borna, og der det var fastsett samværsrett for foreldra.
- (2) Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker i Y gjorde 25. september 2009 vedtak i sak om omsorgsovertaking for i alt sju born. Saka var fremja av X kommune ved barneverntenesta. Private partar i saka er ektefellane A og B. Saka omfatta tre born som B hadde åleineomsorga for etter at mor til borna var død. Saka gjaldt også to born som A hadde omsorga for saman med ein fråskild ektefelle. A og B har i tillegg to felles born, tvillingane C og D, fødde 5. mai 2007. For dei fem borna som dei to ektefellane har kvar for seg, kom fylkesnemnda til at det var grunnlag for omsorgsovertaking. Nemnda fann derimot at det ikkje var "bevismessig dekning for at tvillingene i dag utsettes for mangelfull omsorg", og tok derfor ikkje til følgje påstanden frå barnevernstenesta om omsorgsovertaking for desse.
- (3) B og A – og også hennar tidlegare ektefelle – sette fram krav for Larvik tingrett om overprøving av vedtaket i fylkesnemnda om omsorgsovertaking. X kommune ved

barneverntenesta sette på si side fram krav om å få endra fylkesnemndvedtaket om at omsorga for dei to tvillingane ikkje skulle overtakast av det offentlege.

- (4) I tingrettens dom 3. juni 2010 vart kommunen frifunnen når det gjaldt dei fem borna der foreldra hadde kravd overprøving av omsorgsovertakinga. Kommunen fekk på si side medhald i at det offentlege skulle overta omsorga for tvillingane. Samværet mellom foreldra og tvillingane vart, i samsvar med påstanden frå kommunen, sett til åtte gonger årleg, kvar gong med tre timar og utan vilkår om tilsyn.
- (5) B og A anka dommen om omsorgsovertaking for tvillingane til Agder lagmannsrett. Ved dom 17. desember 2010 vart anken forkasta.
- (6) Spørsmålet om omfanget av samvær mellom foreldra og tvillingane kom opp på ny hausten 2011. Ved kravsmål frå X kommune ved barneverntenesta, motteke i fylkesnemnda 6. oktober 2011, bad kommunen om at omfanget av samvær mellom foreldra og tvillingane vart redusert til to gonger årleg, kvar gong med to timar, og slik at barneverntenesta vart gitt høve til å føre tilsyn. Fylkesnemnda slutta seg til dette i vedtak 30. januar 2012.
- (7) B og A kravde vedtaket prøvd for Larvik tingrett, som 28. juni 2012 kom til same resultatet som fylkesnemnda hadde gjort. Tingrettsdommen har slik slutning:
- "1. A og B har rett til samvær med C og D, begge født 5. mai 2007, to ganger i året i to timer hver gang.
2. X kommune ved barneverntjenesten skal føre tilsyn under samværene."
- (8) Ved denne avgjerda vart retten styrt av same tingrettsdommaren som var med på dommen 3. juni 2010. Dei to meddommarane var andre enn dei som hadde vore med i 2010.
- (9) A og B anka dommen til Agder lagmannsrett. Det vart anka over at tingrettsdommaren hadde vore inhabil, og dessutan over bevisvurderinga og lovbruken. I tilsvaret gjorde X kommune ved barneverntenesta prinsipalt gjeldande at det ikkje var grunnlag for å fremje saka til behandling i lagmannsretten, og subsidiært at tingrettsdommen måtte stadfestast.
- (10) Agder lagmannsrett tok 8. oktober 2012 avgjerd i saka – ved ein feil sagt å vere orskurd – etter skriftleg behandling. Avgjerda inneheld eit *vedtak* om samtykke til å fremje anken, jf. tvistelova § 36-10 tredje ledd bokstav c, og ein *dom* om habilitetsspørsmålet. Domsslutninga lyder slik:
- "Larvik tingretts dom av 28. juni 2012 oppheves."**
- (11) Lagmannsretten kom til at tingretten ikkje hadde vore lovleg samansett fordi tingrettsdommaren hadde vore inhabil. Om dette uttala lagmannsretten mellom anna:
- "I nærværende sak har rettens leder i forrige sak, som ble behandlet i 2010 mellom de samme parter, tatt stilling til det samme rettslige tema som i nærværende sak; fastsettelse av samvær mellom de biologiske foreldre og deres tvillinger. Sentrale spørsmål ved fastsettelsen av samvær i begge saker var om omsorgsovertakelsen var varig og foreldrenes samværskompetanse. Det vil da være vanskelig å treffe en avgjørelse bare ut fra det som fremkommer i den siste saken."**

- (12) I avgjerda vart det uttala at dette "basert på den senere tids strenge praksis" tilsa at tingrettsdommaren var inhabil.
- (13) X kommune ved barneverntenesta har anka lagmannsrettsdommen til Høgsterett.
- (14) Ankeparten – *X kommune ved barneverntenesta* – har særleg halde fram:
- (15) Det alminnelege utgangspunktet er at det det ikkje fører til inhabilitet at dommaren har behandla eit sakstilhøve i fleire omgangar. Om dommaren tidlegare har behandla i det hovudsaklege same faktiske og rettslege spørsmål, fører ikkje det til inhabilitet ved den nye saka. Det vil kunne vere unntak frå utgangspunktet der dommaren i den første saka kom med sterke karakteristikkar eller truverdevurderingar av partane, men det var ikkje tilfelle i 2010-dommen. Ved vurderinga må dei særlege tilhøva i barnevernsaker, der det ofte er nye saker i same sakskomplekset, tilseie at det må visast varsemd med å konstatere inhabilitet. Føresegna i barnevernlova § 7-6 om at det i slike tilfelle som utgangspunkt ikkje er inhabilitet, må også ha vekt i saker for domstolane.
- (16) I dette tilfellet hadde det dessutan skjedd ei ikkje lita utvikling i tilhøva frå 2010 til 2012, slik at spørsmåla ikkje var like i dei to rettsomgangane for tingretten.
- (17) Foreldra var ved starten av 2012-saka i tingretten klar over at det kunne vere eit habilitetsspørsmål, utan at det vart gjort gjeldande inhabilitet. I ein tvilssituasjon må det føre til at dommaren ikkje blir kjend inhabil.
- (18) Dersom Høgsterett kjem til at lagmannsrettsdommen må opphevast, må lagmannsretten ta stilling til samtykkespørsmålet på ny.
- (19) X kommune ved barneverntenesta har sett fram slik påstand:

**"Lagmannsrettens dom av 08.10.2012 oppheves."**

- (20) Ankemotpartane – *A og B* – har særleg halde fram:
- (21) At ein dommar har hatt noko å gjere med eit sakstilhøve i ei tidlegare sak, fører ikkje utan vidare til inhabilitet. Barnevernsaker er likevel spesielle, ved at tingretten i utgangspunktet både er første og siste instans for overprøving. Krava til habilitet bør då vere strengare for barnevernsaker enn for andre saker. Det bør derfor etablerast ein klar regel i barnevernsaker for domstolane om at ein dommar ikkje er habil til å behandle saker knytte til ei omsorgsovertaking dommaren tidlegare har behandla.
- (22) I denne saka er det dessutan særlege grunnar til at tingrettsdommaren var inhabil ved behandlinga i 2012. I dommen i 2010 er det såleis utsegner som må kallast "karakterdrap" av foreldra. Det gjeld dels formuleringar i dommen. Og dels gjeld det tingrettens standpunkt om at plasseringa av borna måtte reknast å vere varig, noko som er i strid med føresetnadene i barnevernlova. Foreldra kunne ut frå dette ikkje ved den nye behandlinga kjenne seg trygge på ei ubunden prøving.
- (23) Problemstillinga om inhabilitet for tingrettsdommaren vart reist ved starten av saka i 2012, utan at det vart gjort gjeldande inhabilitet. Dette kan ikkje ha innverknad på habilitetsvurdringa.

(24) Dersom Høgsterett opphevar lagmannsrettsdommen, må lagmannsretten realitetsbehandle anken, då lagmannsretten har gitt samtykke til anke til lagmannsretten. Vedtaket er ikkje påanka og kan ikkje endrast.

(25) A og B har sett fram slik påstand:

**"Anken forkastes."**

(26) *Eg er komen til at anken fører fram.*

(27) Habilitetsspørsmålet må avgjerast etter domstollova § 108 og den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 6 nr. 1. I Rt. 2012 side 1769 avsnitt 12 er habilitetsvurderinga samanfatta slik:

**"...Som fremhevet i Rt. 2007 side 705 i avsnitt 18 har habilitetsspørsmålet to sider: Det må dels vurderes om dommeren vil kunne ta en upartisk avgjørelse som ikke påvirkes av utenforliggende hensyn, og dels om hvordan forholdet tar seg ut overfor partene og allmennheten. Ved vurderingen må det legges vesentlig vekt på hva saken gjelder, jf. Rt. 2007 side 1106. Dersom en part har fremsatt inhabilitetsinnsigelse, skal det tillegges vekt ved vurderingen, jf. domstoloven § 108 andre punktum."**

(28) Som det går fram av dette, vil det ha vekt ved vurderinga om det er sett fram inhabilitetsmotsegn. Kommunen har gjort gjeldande at det i tvilstilfelle også vil kunne ha vekt at parten har vore klar over det moglege inhabilitetsgrunnlaget, men unnlate å kome med motsegn.

(29) I vår sak vart spørsmålet om det var innvendingar mot rettens habilitet, teke opp ved starten av hovudforhandlinga i tingretten. I rettsboka står det:

**"Ingen hadde innvendinger mot dommernes habilitet. Advokatfullmektig Ihlebæk ba protokollert at det er samme administrator som ved tidligere sak hvor saksøkerne var parter i forbindelse med overprøving av fylkesnemndvedtak."**

(30) Etter domstollova § 111 andre ledd kan ein part ikkje krevje "[u]telukkelse etter § 108 ... naar han har visst om de særegne omstændigheter, men allikevel har indlatt sig i forhandling for retten".

(31) Eg tek utgangspunkt i Rt. 2004 side 1513 der det i avsnitt 13 er uttala at ein tiltala i ei straffesak normalt ikkje kan gi avkall på vesentlege rettstryggleiksgarantiar. Det er vidare sagt at kravet til habile dommarar er ein så sentral garanti at domstollova § 111 ikkje kan forståast slik at føresegna avskjer ein tiltala frå å gjere gjeldande inhabilitet hos ein dommar som ankegrunn. Rt. 2004 side 1794 avsnitt 33 gir uttrykk for det same synet.

(32) Avgjerdene er følgde opp i Rt. 2011 side 1133 avsnitt 29, der det heiter:

**"For mitt syn på inhabilitetsspørsmålet blir det uansett ikke avgjørende om den ankende part eventuelt var kjent med de faktiske forhold, uten å gjøre gjeldende at Gundersen var inhabil. Jeg bemerker i denne sammenheng at domstoloven § 111 er blitt fortolket innskrenkende, slik at partene i praksis bare mister muligheten til å påberope seg at inhabilitet ble påberopt under rettsforhandlingene."**

- (33) Sjølv om desse sakene alle gjeld straff, tilseier kravet til rettssikker behandling at det same må gjelde i barnevernsaker.
- (34) Protokolltilførselen som eg siterte for litt sidan, viser at prosessfullmektigen for dei private partane – og då også partane sjølve som var til stades i rettsmøtet – var kjend med det faktiske tilhøvet som seinare er gjort gjeldande som inhabilitetsgrunn. Dette kan likevel ikkje ha innverknad på habilitetsvurderinga etter domstolova § 108 første punktum. Som det går fram av Rt. 2011 side 1133, er konsekvensen berre at spørsmålet om habilitet må vurderast uavhengig av kva partane meiner.
- (35) Eg går så over til å sjå nærare på habilitetsvurderinga. Spørsmålet er som tidlegare gjort greie for, om deltaking i tingretten i 2010 fører til at tingrettsdommaren var inhabil ved behandlinga av samværsretten ved den nye saka i 2012.
- (36) Utgangspunktet er etter fast praksis at det normalt ikkje fører til inhabilitet at ein dommar tidlegare har avgjort ei sak mellom dei same partane, heller ikkje når sakene reiser seg frå det same rettshøvet eller sakskomplekset. Spørsmålet kan stille seg annleis dersom dommaren i tidlegare sak har teke stilling til faktiske omstende som er sentrale i den etterfølgjande saka, jf. som døme Rt. 2010 side 469 avsnitt 10, Rt. 2004 side 1794 avsnitt 34 og Rt. 2004 side 1513 avsnitt 18. Det kan også vere unntak frå utgangspunktet dersom dommaren i den første saka til dømes har nytta formuleringar som går på ein part sitt truverde, jf. Rt. 1994 side 1281, eller på karaktertrekk hos parten, jf. Rt. 2008 side 1466 avsnitt 34–36.
- (37) Kommunen har gjort gjeldande at det skal meir til for at det skal liggje føre inhabilitet i barnevernsaker enn i andre saker. Det er vist til den særlege situasjonen for barnevernsaker, der det ofte blir kravd ny vurdering av dei same sakene. For behandling i fylkesnemndene er det også ein særleg regel i barnevernlova § 7-6 om at deltaking ved tidlegare behandling av saker med dei same partane eller i same sakskomplekset for fylkesnemnda, ikkje i seg sjølv fører til inhabilitet. Etter mi meining må spørsmålet om habilitet vurderast på same måten i barnevernsaker som elles. Rettssikker behandling er her særst viktig, og eg kan ikkje sjå at den repeterande karakteren tilseier mindre strenge krav enn i andre typar saker. Regelen i barnevernlova § 7-6 gir uttrykk for det same utgangspunktet som gjeld i saker for domstolane, og er etter mitt syn av pedagogisk karakter. At ny behandling av sak mellom dei same partane eller i same sakskomplekset ikkje *i seg sjølv* fører til inhabilitet, er såleis ikkje noko anna enn det som gjeld også i domstolane.
- (38) Eg ser først på om tingrettsdommaren i 2010-dommen tok stilling til faktiske omstende som var sentrale i 2012-saka, og om det i tilfelle var på ein slik måte at det må føre til inhabilitet.
- (39) I den første dommen var omsorgsovertakinga det sentrale. Domsgrunnane er særst knappe om samværs spørsmålet:
- "For ... tvillingene er det viktigste at de får en tilknytning til det forsterhjem de skal være i, og at de opprettholder en kjennskap til foreldrene. Det betyr mindre samvær med foreldrene."**
- (40) Samværet vart så fastsett i samsvar med forslaget frå barneverntenesta til åtte gonger i året, kvar gong med tre timar, utan tilsyn.

- (41) Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker mottok 6. oktober 2011 kravsmål frå kommunen om ny prøving av samværsspørsmålet for tvillingane. Av vedtaket går det fram at det var utviklinga etter tingrettsdommen i 2010 som hadde ført til at det vart sett fram krav om endring. Fylkesnemnda gir att synsmåttane frå kommunen slik:

**"Fra januar 2011 meldte fosterhjemmet om økende og alvorlige reaksjoner i etterkant av samværene. Disse består i hovedsak av at D dissosierer over til dels lang tid og får feber, mens C får mye tics og sover dårlig/har mye mareritt. I tillegg kan hun ha tvangspregede handlingsmønstre. For Ds del varte dissosieringen i to uker etter samværet i forbindelse med julen 2010.**

...

**Ut over våren melder fosterhjemmet om at barna har sterkere og/eller mer langvarige reaksjoner etter samværene, hvilket innebærer at C har langvarig innsovningsvansker og sover dårlig i 3 uker etter samværet, det samme gjelder varigheten for Ds dissosiering og apati.**

**Jentene ble av barnverntjenesten forsøkt henvist til BUPA den 9. april 2011, men saken ble avsluttet/henlagt inntil samværssituasjon var endret, og da med begrunnelsen at dagjeldende samværsordning virket destabiliserende.**

**Helsestasjonen har henvist begge jentene på nytt til BUPA den 9. juni 2011.**

**Etter siste samvær i mai/juni 2011 valgte barnverntjenesten å innstille alle samvær med hjemmelsgrunnlag i nødrettsbetraktninger."**

- (42) Som tidlegare omtala, fastsette fylkesnemnda no omfanget på samvær mellom tvillingane og foreldra til to gonger i året, kvar gong med to timar, og med tilsyn.
- (43) Eg går så over til å sjå på domsgrunnane hos tingretten i 2012-dommen, og nøyer meg då med dei tre avsnitta der retten summerer opp:

**"Retten finner at den samværshyppighet som ble fastsatt av tingretten og av lagmannsretten har vist seg ikke å være til barnas beste. I ettertid har man sett at barna får reaksjoner, noe man ikke kjente til fordi barna ikke var plassert før etter tingrettens dom.**

**Retten har vurdert om det kunne være fire samvær pr år, men er kommet til at også det er for stor belastning og risiko for barna nå. Det vises til at BUPA har opplyst at de ikke kan starte traumebehandling så lenge det er så hyppige samvær, og det er viktig at traumebehandlingen kommer i gang.**

**Retten finner derfor at den samværshyppighet som er fastsatt av fylkesnemnda nå er den riktige og tilstrekkelige."**

- (44) Som det går fram av dette, var det utviklinga og opplysningar om borna etter omsorgsovertakinga som var det avgjerande ved 2012-saka i tingretten.
- (45) Tingretten kom ved den første omgangen i domstolane til at det var grunnlag for at det offentlege overtok omsorga for tvillingane. Det ville måtte liggje til grunn for behandlinga i neste omgang, utan omsyn til kven som var dommar. Eg minner om at omsorgsovertakinga ikkje var tvisteemne i den nye saka.

- (46) Det er særleg to formuleringar i 2010-dommen foreldra har hatt innvendingar mot. Fleirtalet i tingretten – tingrettsdommaren og den fagkunnige meddommaren – uttala følgjande:
- "Det er mye de samme temaer som kommer igjen i saken, de har variert i alvorlighetsgrad, og tidvis har det vært bedre. Det er 'øyer av god fungering i et hav av dårlig fungering.' Slik har det vært i over 11 år. Det er etter rettens flertall en overtydelig historie om manglende omsorg over tid, og som gjelder alle barna."**
- (47) I fleirtalsvotumet var det også uttala at det for alle borna er ei omsorgsovertaking av varig karakter, noko som inneber at borna skal vere i fosterheim til dei er vaksne.
- (48) Fleirtalsvotumet inneheld også andre utsegner der det blir teke stilling til saka på eit vis som foreldra har oppfatta slik at retten på eit uheldig vis tillegg foreldra negative karaktertrekk.
- (49) I ei sak om overtaking av omsorg av barn, med grunnlag i at foreldra har utsett borna for manglande omsorg, vil retten ikkje kunne kome utanom å ta stilling til om så er tilfelle. Det siterte knyter seg dessutan til vurderinga av realiteten i saka, og går ikkje nærare inn på foreldra sin situasjon. Det vart også gitt dom på eit ganske stort tal samvær, utan vilkår om tilsyn. At tingretten kom til ein klar konklusjon i spørsmålet om omsorgsovertaking, kan ikkje i seg sjølv føre til inhabilitet. Eg kan ikkje sjå at tingretten i den første dommen har uttala seg om foreldra på ein slik måte at tingrettsdommaren blir inhabil til å behandle seinare sak om samværsrett.
- (50) Ut frå det eg her har gjort greie for, meiner eg at tingrettsdommaren var habil i 2012-saka.
- (51) Lagmannsrettsdommen må då opphevast.
- (52) Kommunen har gjort gjeldande at opphevinga også må gjelde vedtaket om samtykke til lagmannsrettsbehandling. Eg er ikkje einig i det. Lagmannsretten gav samtykke til ankebehandling, og det er ikkje nytta rettsmiddel mot vedtaket. Det må dermed haldast ankeforhandling til avgjerd av dei andre ankegrunnane enn spørsmålet om saksbehandlingsfeil i tingretten. Etter omstenda bør det givast uttrykk for det i konklusjonen.
- (53) Eg røystar etter dette for slik

#### D O M :

1. Lagmannsrettsdommen blir oppheva.
2. Behandlinga i lagmannsretten held fram med ankeforhandling for dei andre ankegrunnane enn spørsmålet om habilitet.

- (54) Dommer **Tønder:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (55) Dommer **Bull:** Likeså.
- (56) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (57) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (58) Etter røystinga sa Høgsterett slik

## D O M :

1. Lagmannsrettsdommen blir oppheva.
2. Behandlinga i lagmannsretten held fram med ankeforhandling for dei andre ankegrunnane enn spørsmålet om habilitet.

Rett utskrift: