



NORGES HØYESTERETT

Den 14. september 2016 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Stabel, Endresen og Bergsjø i

HR-2016-01931-U, (sak nr. 2016/1706), sivil sak, anke over beslutning:

X kommune

(Kommuneadvokaten i Y
v/advokat Kristin Otterlei)

mot

A

(advokat Cecilia Dinardi)

B

(advokat Mette Ekroll Nyland)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder en lagdommers habilitet ved behandlingen av spørsmålet om samtykke til fremme av anke i barnevernsak, jf. tvisteloven § 36-10 tredje ledd.
- (2) A og B er foreldre til C, født 00.00.2013. Foreldrene brøt samlivet i mars 2013. Etter søksmål fra A avgjorde Søre Sunnmøre tingrett ved dom 18. juni 2015 at foreldrene skulle ha felles foreldreansvar for barnet, og at barnet skulle bo fast hos mor og ha samvær med far 12 ganger i året. A anket dommen så langt den gjaldt fast bosted og samvær. Frostating lagmannsrett – satt med blant andre lagdommer Mats Stensrud – avsa 10. februar 2016 dom, hvor det ble fastsatt at barnet skal bo fast hos far og ha samvær med mor fire ganger i året. Dommen var enstemmig, men lagdommer Stensrud utformet "særbemerkninger" over nærmere to sider i dommen.
- (3) Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker i Møre og Romsdal traff 7. oktober 2015 vedtak om omsorgsovertakelse og fosterhjems plassering for C. I vedtaket ble hver av foreldrene gitt rett til samvær med barnet fire ganger i året. For fars vedkommende ble det fastsatt at hvert samvær skulle vare i tre timer og skje under tilsyn.

- (4) A fremmet i november 2015 begjæring om rettslig prøving av vedtaket for så vidt gjaldt hans og datterens samværsrett. Søre Sunnmøre tingrett avsa 3. mars 2016 dom med slik domsslutning:

"Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker i Z sitt vedtak i sak 15/140 stadfestes."

- (5) A anket til Frostating lagmannsrett, som 12. juli 2016 traff beslutning med slik slutning:

"Det gis samtykke til at anken fremmes."

- (6) Beslutningen ble truffet under dissens. Flertallet – lagdommerne Mats Stensrud og Knut Røstum – fant at vilkåret i tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav c var oppfylt, og at det til tingrettens avgjørelse knyttet seg "spesielle forhold som med tyngde" talte for at det ble gitt samtykke til ankebehandling.
- (7) *X kommune* har anket lagmannsrettens beslutning til Høyesterett. Anken gjelder saksbehandlingen. Kommunen har i korte trekk anført at lagdommer Stensrud var inhabil ved behandlingen av spørsmålet om samtykke til ankebehandling, jf. domstoloven § 108. I lagmannsrettens dom 10. februar 2016 i saken om fast bosted og samvær etter barneloven kom lagdommer Stensrud med "særbemerkninger". Her ga han uttrykk for sitt syn på realiteten i barnevernsaken på en slik måte at det kan reises tvil om hans evne til å avgjøre samtykkespørsmålet etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd på en uhildet måte.
- (8) Lagmannsrettens beslutning bygger på feil forståelse og anvendelse av vilkåret i tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav c. Beslutningen er også mangelfullt og uforsvarlig begrunnet.
- (9) *X kommune* har lagt ned slik påstand:
- "Lagmannsretten si avgjerd i sak 16-084148ASD-FROS vert oppheva."**
- (10) *A* har inngitt tilsvaer. Han har i korte trekk anført at lagdommer Stensrud ikke var inhabil. Lagmannsretten har forstått og anvendt tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav c riktig, og beslutningen er tilstrekkelig og forsvarlig begrunnet. *A* har lagt ned slik påstand:
- "Anken forkastes."**
- (11) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at saken gjelder anke over beslutning om å gi samtykke til ankebehandling etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd. Slike beslutninger kan ankes, likevel slik at det skal utvises "atskillig tilbakeholdenhet" ved overprøvingen, jf. HR-2011-2174-U. Ankeutvalgets kompetanse er begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling, jf. HR-2016-1647-U.
- (12) Den ankende part har gjort gjeldende at lagdommer Stensrud var inhabil ved beslutningen om å gi samtykke til ankebehandling i barnevernsaken som følge av at han var dommer også i saken mellom *A* og *B* om fast bosted og samvær etter barneloven. Habilitetsspørsmålet må avgjøres etter domstoloven § 108. Vurderingen er i Rt. 2012 side 1769 avsnitt 12 sammenfattet 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."

- (13) I dette tilfellet knytter inhabilitetsinnsigelsen seg til at dommeren har hatt befatning med sakskomplekset tidligere. Om dette heter det i Rt. 2013 side 409 avsnitt 36:

"Utgangspunktet er etter fast praksis at det normalt ikke fører til inhabilitet at ein dommar tidlegare har avgjort ei sak mellom dei same partane, heller ikke når sakene reiser seg frå det same rettskøvet eller sakskomplekset. Spørsmålet kan stille seg annleis dersom dommararen 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 dommararen 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."

- (14) Ankeutvalget tok samme utgangspunkt i Rt. 2014 side 142. I kjennelsen slår utvalget fast at unntak kan forekomme "der dommeren har gitt uttrykk for sitt syn på realiteten på en slik måte at det kan reises tvil om han er i stand til å behandle den senere saken på fritt grunnlag, for eksempel ved å uttale seg unødvendig kategorisk eller bastant."
- (15) Frostating lagmannsrett avsa som nevnt 10. februar 2016 dom i tvisten mellom A og B om fast bopel og samvær etter barneloven. Lagmannsretten fastsatte at barnet skal bo fast hos far og ha samvær med mor fire ganger i året. På tidspunktet for domsavsigelsen var det kjent at fylkesnemnda hadde truffet vedtak om omsorgsovertakelse for C, og at barnevernsaken skulle opp for tingretten knapt to uker senere.
- (16) Lagmannsrettens dom i saken etter barneloven var enstemmig. Lagdommer Stensrud skrev imidlertid "særbemerkninger" over nærmere to sider. Disse synes ikke å ha vært nødvendige for å begrunne resultatet. Bemerkningene kan fremstå som rettet mot tingrettens avgjørelse av samværsspørsmålet i barnevernsaken, som altså på det tidspunktet var nært forestående. I bemerkningene viser lagdommeren innledningsvis til et utgangspunkt om at omsorgsovertakelse av barn skal være midlertidig. Han gir deretter blant annet uttrykk for at barnevernets utredning har vært "preget av voldtektsbeskyldningene mot far", og at far har vært "mangelfullt utredet". Videre fremhever han at den fosterhjems- og samværsordning som følger av fylkesnemndas vedtak, stiller "store krav til mor og fosterforeldrene" og "utelukker helt et naturlig familieliv" mellom fostermor/mormor, mor og barn. Lagdommer Stensrud gir deretter uttrykk for følgende:

"Selv om foreldretvisten og barnevernssaken er to selvstendige rettssaker, er ledestråden den samme – barnets beste. Omsorg og samvær må vurderes deretter. Tingretten skal behandle omsorgsovertakelsen og samvær ultimo februar 2016, ut fra prinsippet om at barn fortrinnsvis skal vokse opp hos foreldrene eller en av dem, såfremt de/den er skikket til å ha omsorgen.

Hensynet til gjenforening og tiltak veier tungt. Tingretten må vurdere om plasseringen i fosterhjemmet skal være langsiktig eller kortvarig, tatt i betraktning at far anses å ha alminnelig god omsorgsevne.

Selv om han respekterer fosterhjemsordningen inntil videre – de nærmeste årene – kan situasjonen tilsi et betydelig mer omfattende samvær, og det kan reises spørsmål om nødvendigheten av tilsyn.

Den sakkyndige har anbefalt mer samvær, etter hvert med overnatting.

I dag er C i et avlastningshjem et døgn i uken. Avlasteren har også gjort tjeneste som tilsynsperson under Cs samvær med far. Ordningen synes å ha fungert godt. Det må vurderes om samvær med far bør trappes opp, mens oppholdene hos avlasteren trappes ned. I overgangstiden er det nyttig med fortsatt samspill og samarbeid, Cs alder tatt i betraktning.

På denne måten kan man få kontinuitet i Cs tilværelse, en utvikling av forholdet til far, og uten at hun må forholde seg til flere omsorgspersoner enn barn flest. C går også i barnehage.

Som påpekt respekterer far fosterhjemmet inntil videre, og det fremstår som det beste for C at fosterforeldrene på sin side bidrar til å etablere et godt forhold mellom C, far og fars familie."

- (17) Disse "særbemerkningene" synes utelukkende å vedrøre spørsmålet om fars samværsrett i barnevernsaken. Bemerkningene målbærer forholdsvis klare synspunkter på barnevernets arbeid og "utviklingen" i barnevernsaken, og de har karakter av direktiver til tingretten for avgjørelsen av samværsspørsmålet.
- (18) Avgjørelsen av samtykkespørsmålet etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd innebærer riktignok ingen realitetsprøving av tvistes spørsmålet i barnevernsaken. Den nødvendiggjør imidlertid en vurdering av tingrettens dom, i hvert fall når det som her er tale om å tillate anken fremmet etter § 36-10 tredje ledd bokstav c. Bestemmelsen åpner for samtykke hvor det er "vesentlige svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling". Etter ankeutvalgets syn er lagdommerens "særbemerkninger" i saken etter barneloven egnet til å skape tvil hos partene og allmennheten om dommeren var i stand til å foreta en objektiv og uhildet vurdering av samtykkespørsmålet etter tvisteloven § 36-10 tredje ledd bokstav c i barnevernsaken.
- (19) På denne bakgrunn finner ankeutvalget at lagdommer Stensrud var inhabil til å delta i avgjørelsen av om det skulle gis samtykke til fremme av As anke i barnevernsaken. Lagmannsrettens beslutning må oppheves.
- (20) Kjennelsen er enstemmig.

SLUTNING :

Lagmannsrettens beslutning oppheves.

Clement Endresen
(sign.)

Ingse Stabel
(sign.)

Per Erik Bergsjø
(sign.)

Riktig utskrift: