



NORGES HØYESTERETT

Den 18. januar 2017 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Tønder, Bårdsen og Matheson i

HR-2017-139-U, (sak nr. 2017/35), sivil sak, anke over beslutning:

A (advokat Fridtjof Piene Gundersen)

mot

B (advokat Robert Voldhuset)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder anke over lagmannsrettens beslutning om å nekte anke fremmet i sak om endring av foreldreansvar, fast bosted og samvær, og reiser spørsmål om den ene lagdommerens habilitet.
- (2) Asker og Bærum tingrett avsa dom 27. juni 2016 med slik slutning:
 - "1. B frifinnes fra kravet fra A om endring av foreldreansvaret for C.
 2. B frifinnes fra kravet fra A om endring av fast bosted for C.
 3. B frifinnes fra kravet fra A om utviding av samvær mellom ham og C.
 4. A frifinnes fra kravet fra B om nekting av samvær mellom ham og C.
 5. Hver av partene bærer egne sakskostnader."
- (3) A anket dommen og søkte om fri sakførsel for lagmannsretten.
- (4) I brev 10. oktober 2016 traff saksforberedende dommer i Borgarting lagmannsrett avgjørelse

om å avslå As søknad om fri sakførsel, jf. rettshjelploven § 16 siste ledd.

- (5) Borgarting lagmannsrett traff 21. november 2016 beslutning med slik slutning:
- "1. **Anken nektes fremmet.**
2. **I sakskostnader for lagmannsretten betaler A til det offentlige 6 000 – sekstusen – kroner innen to uker fra forkynningen av denne beslutningen."**
- (6) Saksforberedende dommer deltok i beslutningen om å nekte anken fremmet.
- (7) A anket over saksbehandlingen. Det er i anken gjort gjeldende at saksforberedende dommer var inhabil til å delta i behandlingen av saken når han tidligere hadde truffet beslutning om å nekte A fri sakførsel etter rettshjelploven § 16 siste ledd. Vurderingene i avslaget på fri sakførsel er langt på vei de samme som i lagmannsrettens beslutning hvor anken nektes fremmet, og tilsier at den saksforberedende dommeren hadde tatt et standpunkt om å nekte anken fremmet allerede ved vurderingen av søknaden om fri sakførsel. Videre var lagmannsrettens saksbehandling samlet sett ikke forsvarlig.
- (8) B har gjort gjeldende at det ikke foreligger saksbehandlingsfeil ved lagmannsrettens beslutning om å nekte anken fremmet. Saksforberedende dommer var ikke inhabil til å delta i avgjørelsen, jf. domstoloven § 108. Lagmannsrettens saksbehandling har videre vært fullt ut forsvarlig.
- (9) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at utvalget kan prøve lagmannsrettens saksbehandling, jf. tvisteloven § 29-13 femte ledd fjerde punktum. Spørsmålet er om forberedende dommers avslag på As søknad om fri sakførsel gjorde ham inhabil til også å delta i avgjørelse etter tvisteloven § 29-13 andre ledd om å nekte anken fremmet.
- (10) En avgjørelse om å nekte en anke fremmet etter tvisteloven § 29-13 andre ledd fordi lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre frem, er en realitetsavgjørelse, jf. Rt. 2009 side 1118 avsnitt 114. En dommer som ville være inhabil til å delta ved avgjørelsen av anken etter ordinær ankeforhandling, vil derfor også være inhabil til å treffe avgjørelse om å nekte anken fremmet.
- (11) Høyesteretts kjæremålsutvalg kom i Rt. 1967 side 1588 enstemmig til at en av dommerne i lagmannsretten som tidligere i egenskap av konsulent i Justisdepartementet hadde vært med på å avslå en søknad om fri sakførsel den gang departementet var avgjørelsesmyndighet i slike saker, ikke senere var habil etter domstoloven § 108 til å dømme i saken. Kjennelsen oppfattes i juridisk teori som et uttrykk for gjeldende rett, jf. Bøhn, Domstoloven kommentarutgave, 2. utgave, side 403. Dette er ankeutvalget enig i. Rettsutviklingen siden den gang har ikke gitt grunnlag for å senke de kravene kjæremålsutvalget satte i 1967, jf. også Grunnloven § 95 første ledd første punktum og EMK artikkel 6.
- (12) Ankeutvalget vil generelt peke på at en bedømmelse av sakens materielle stilling vil kunne inngå i urimelighetsvurderingen etter rettshjelploven § 16 siste ledd. Riktignok heter det i spesialmerkningen til § 16 i Ot. prp. nr. 91 (2003–2004) at det er tale om en unntaksbestemmelse som forutsettes brukt med varsomhet, og at det ikke skal foretas noen "ren prosedabilitetsvurdering". Dette er imidlertid ikke til hinder for at sakens materielle stilling kan inngå i en helhetsvurdering av om det er urimelig om det offentlige betaler for bistanden.

- (13) Det følger etter dette av nektelsesbeslutningens karakter av realitetsavgjørelse at en saksforberedende dommer som har avslått en søknad om fri sakførsel, er inhabil til senere å treffe beslutning om å nekte anken fremmet.
- (14) Ankeutvalget vil nevne at foreliggende sak viser at løsningen er i overensstemmelse med de hensyn habilitetsreglene skal ivareta. Det er i begrunnelsen for avslaget på søknad om fri sakførsel vist til at tingrettens dom i lys av sakens dokumenter "fremstår som grundig", at det er sendt varsel om at lagmannsretten vurderer å nekte anken fremmet etter tvisteloven § 29-13 andre ledd fordi det er klart at anken ikke vil føre frem og at man ikke kan se at det er påberopt noe substansielt fra 2012 og fremover som bygger opp under anførselene i anken. Avgjørelsen kan derfor lett oppfattes som en foregripelse av å nekte anken fremmet.
- (15) Beslutningen om å nekte anken fremmet må etter dette oppheves, jf. tvisteloven § 29-21 andre ledd bokstav b.
- (16) Kjennelsen er enstemmig.

SLUTNING :

Lagmannsrettens beslutning oppheves.

Arnfinn Bårdsen
(sign.)

Bård Tønder
(sign.)

Wilhelm Matheson
(sign.)

Riktig utskrift: