

# Habilitet i domstolene

Hvilke krav til dommerhabilitet og upartiskhet i domstolene følger av domstolloven § 108 og EMK artikkel 6?

Kandidatnummer: 814

Leveringsfrist: 25. november 2016

Antall ord: 17973



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Hensyn bak habilitetsreglene	2
1.3	Begrepsbruk	3
1.3.1	”Inhabilitet” og ”habilitet”	3
1.3.2	”Dommer”	3
1.4	Kildebruk og metode	4
1.4.1	Innledning	4
1.4.2	Lov	4
1.4.3	Grunnlov	5
1.4.4	Forarbeider	5
1.4.5	Rettspraksis	6
1.4.6	Juridisk litteratur	7
1.5	Videre fremstilling	7
<b>2</b>	<b>DE NORSKE HABILITETSREGLENE ETTER DOMSTOLLOVEN</b>	<b>9</b>
2.1	Innledning	9
2.2	Habilitetsreglenes anvendelsesområde	9
2.3	De absolutte kravene etter domstoloven §§ 106 og 107	10
2.4	De relative inhabilitetsgrunnene etter domstoloven § 108	11
2.4.1	Innledning	11
2.4.2	”Andre særegne omstendigheter”	12
2.4.3	”Skikket til å svekke tilliten”	12
2.4.4	Eksempler på forhold som kan føre til inhabilitet	13
2.4.5	En av partene krever utelukkelse	27
2.5	Saksbehandlingen av habilitetsspørsmål	28
<b>3</b>	<b>EMK ARTIKKEL 6 NR. 1</b>	<b>31</b>
3.1	Innledning	31
3.2	Anvendelsesområde	31
3.3	Kravet til domstolenes uavhengighet	32
3.4	Kravet til domstolenes upartiskhet	34
3.4.1	Innledning	34
3.4.2	Subjektiv upartiskhet	35
3.4.3	Objektiv upartiskhet	37
3.4.4	Eksempler på forhold som kan medføre krenkelse av kravet til upartiskhet	38

3.4.5	Manglende innsigelse – stilltiende aksept? .....	46
<b>4</b>	<b>AVSLUTNING .....</b>	<b>48</b>
	<b>KILDEHENVISNINGER.....</b>	<b>50</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Det norske samfunnet bygger på ideen om en rettsstat, hvor formålet er å beskytte borgerne mot overgrep og vilkårlig bruk av makt fra både myndighetene og andre borgere.<sup>1</sup> Dette kommer til uttrykk i Grunnloven (heretter GrL.) § 2, hvor det står at formålet med Grunnloven er å ”sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene”.

Et viktig begrep som har utviklet seg i forbindelse med rettsstatsideen er ”rettssikkerhet”.<sup>2</sup> Dette sikter ifølge professor Ståle Eskeland til ”en ideologisk karakteristikk av hvordan forholdet mellom enkeltindivid og offentlige myndigheter *bør* være”.<sup>3</sup> Eskeland viser videre til Johs. Andenæs’ rettssikkerhetsdefinisjon, som innebærer at individet skal vernes mot overgrep både fra andre individer og fra myndighetene.<sup>4</sup> Eskelands definisjon har fått støtte av flere andre forfattere,<sup>5</sup> og jeg vil i det følgende legge den samme definisjonen til grunn.

Maktfordelingsprinsippet er et av rettsstatens sentrale prinsipper.<sup>6</sup> Det bygger på den franske filosofen Charles Montesquieus ideelle samfunnsmodell, der statsmakten fordeles mellom den lovgivende, den utøvende og den dømmende makt.<sup>7</sup> Disse tre institusjonene skal være *uavhengige* i forhold til hverandre,<sup>8</sup> for eksempel slik at domstolene ikke skal påvirkes av hvilke politiske partier som til enhver tid sitter i regjering.

Tema for denne oppgaven er de lovfestede kravene vi har til habilitet og upartiskhet i domstolene. Kravene er viktige blant annet for å verne om både maktfordelingsprinsippet og rettssikkerheten. I løpet av de siste månedene har temaet dommerhabilitet flere ganger vært gjenstand for medieoppmerksomhet,<sup>9</sup> noe som viser at det stadig er et behov for å klargjøre hvor gråsonene går og kartlegge hvilke forhold som bør føre til at en dommer viker sete ved avgjørelsen av en sak.

---

<sup>1</sup> Bernt og Mæhle (2007) s. 23 og 142

<sup>2</sup> Eskeland (1989) s. 67

<sup>3</sup> *ibid.* s. 20

<sup>4</sup> *l.c.*

<sup>5</sup> Se blant annet Bratholm (1997) punkt 2

<sup>6</sup> *ibid.* s. 151

<sup>7</sup> Store norske leksikon (2015)

<sup>8</sup> *l.c.*

<sup>9</sup> Se blant annet NRK (2016), VG (2016a), VG (2016b) og Nettavisen (2016)

En dommer vil i løpet av livet, både personlig og i sitt virke som jurist, ha hatt en eller annen forbindelse til mange mennesker og juridiske personer. I et lite land som Norge er sjansen særlig stor for at dommeren har kjennskap til mange av de som havner for retten. En generell regel om at *alle* tidligere kjennskap til en involvert eller til saken som sådan hadde medført inhabilitet, hadde derfor vært upraktisk. Hvor går terskelen, og hva skal til for at en dommer ikke lenger er habil?

Oppgavens problemstilling er nettopp hvilke krav som følger av domstolloven av 1915 (heretter dl.) § 108 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter EMK) art. 6 nr. 1 når det gjelder dommerhabilitet og en upartisk domstol. Med mindre annet er presisert knytter alle paragrafhenvisninger i oppgaven seg til domstolloven.

## 1.2 Hensyn bak habilitetsreglene

De norske habilitetsreglene og kravet til en upartisk domstol i EMK art. 6 nr. 1 (heretter bare art. 6-1) tilsvarer hverandre og bygger på de samme hensynene.<sup>10</sup> Først og fremst skal habilitetsreglene motvirke at avgjørelser blir fattet av dommere som er påvirket av forhold som er irrelevante i saken.<sup>11</sup>

Regler om habilitet bidrar dessuten til å skape tillit til den rettshåndhevelsen som skjer i rettsapparatet.<sup>12</sup> Som vi skal se av den videre fremstillingen, har allmennhetens tillit til domstolene fått en økt betydning i norsk rett i løpet av de siste tiårene. I 2001 ble det tilføyd et nytt kapittel i domstolloven, 6 A om dommeres sidegjøremål. Etter § 121 c jf. § 121 a må en dommer nå ”søke om godkjenning for sidegjøremål” blant annet dersom sidegjøremålet kan medføre at dommeren blir inhabil. I forarbeidene til endringen uttalte domstolskommisjonen at et av hensynene bak reguleringen er ”hensynet til domstolenes og dommernes uavhengighet og folks alminnelige tillit til domstolene og dommerne”.<sup>13</sup> Det ble presisert at det er ”helt avgjørende at [dommerne] har folks tillit og respekt” både av ”de personer som faktisk er brukere av domstolene”, men også ”i den offentlige opinion”.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Jebens (2004) s. 336

<sup>11</sup> Skoghøy (2009) s. 324

<sup>12</sup> I.c.

<sup>13</sup> NOU 1999:19 punkt 2.8

<sup>14</sup> ibid. punkt 9.7.1.2

Et annet viktig hensyn knytter seg til dommerne selv; det ville ha vært en unødvendig påkjenning for dem dersom de skulle ha blitt tvunget til å pådømme de sakene de ble tildelt, når de egentlig var inhabile.<sup>15</sup>

De nevnte hensynene taler for at det bør anlegges en streng regel når det gjelder dommerhabilitet. En for streng regel kan imidlertid medføre økte samfunnskostnader og en lengre og mer komplisert saksbehandling.<sup>16</sup>

### 1.3 Begrepsbruk

#### 1.3.1 "Inhabilitet" og "habilitet"

Der vi i dagligtalen bruker ordene "inhabil" og "inhabilitet", bruker domstolloven henholdsvis ordene "ugild" og "ugildhet". Betydningen er imidlertid lik,<sup>17</sup> og jeg vil i denne oppgaven benytte meg av de førstnevnte begrepene.

Det motsatte av inhabilitet er "habilitet". En dommer er "habil" når det *ikke* foreligger noen omstendigheter ved den konkrete saken som gjør ham inhabil. I rettslig forstand omfatter habilitet også at sakens involverte eller allmennheten for øvrig ikke skal få noen grunn til å tvile på dommerens evne til å avgjøre saken på en objektiv måte.<sup>18</sup>

#### 1.3.2 "Dommer"

Habilitetsreglene i domstolloven gjelder for den som er "dommer eller lagrettemedlem", jf. §§ 106 – 108. I den videre fremstillingen vil jeg i hovedsak tale om dommere, men anvendelsesområdet er likt for begge gruppene. Domstollovens habilitetsregler tilsvarer langt på vei habilitetsreglene som etter forvaltningsloven §§ 6 følgende gjelder for forvaltningstjenestemenn. Disse vil det ikke bli redegjort for her.

Dommere er de av domstolens medlemmer "som kan træffe eller være med i dømmende avgjørelser", jf. legaldefinisjonen i § 52. "Avgjørelser" omfatter både dommer, kjennelser og beslutninger.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Skoghøy (2009) s. 324 - 325

<sup>16</sup> Bårdsen (2000) s. 214

<sup>17</sup> Store norske leksikon (2009)

<sup>18</sup> Skoghøy (2014) s. 162

<sup>19</sup> Se tvisteloven § 19-1 og straffeprosessloven kapittel 5

Lagrettemedlemmer er de som er medlem i juryen (lagretten). Juryen avgjør skyldspørsmålet i straffesaker som er oppe til hovedforhandling i lagmannsretten.<sup>20</sup>

## **1.4 Kildebruk og metode**

### **1.4.1 Innledning**

Oppgaven bygger på tradisjonell juridisk metode, hvor lovteksten og dens ordlyd er den primære rettskilden.<sup>21</sup> Norske lovregler skal etter denne metoden tolkes i lys av blant annet forarbeider, reelle hensyn, rettspraksis og juridisk litteratur.<sup>22</sup> For tolkningen av EMK er det, ved siden av konvensjonsbestemmelsenes ordlyd og formål, primært praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (heretter EMD) som er av rettskildemessig betydning.<sup>23</sup>

### **1.4.2 Lov**

De norske reglene om habiliteten til domstolene finner vi først og fremst i domstollovens kapittel 6, "Ugildhet". Denne oppgaven knytter seg særlig til § 108.<sup>24</sup>

EMK ble vedtatt i 1950, og Norge ratifiserte konvensjonen i 1951. Det norske rettssystemet bygger på et dualistisk prinsipp, noe som betyr at norsk rett forutsettes å være i samsvar med folkeretten. Ved uforenlig motstrid skal likevel de norske reglene gå foran folkeretten. Da menneskerettsloven ble vedtatt i 1999 endret dette seg for enkelte konvensjoner, og etter menneskerettsloven § 3 jf. § 2 må nå norsk rett ved motstrid vike til fordel for blant annet EMK. Denne gjennomføringen av internasjonale regler kalles sektormonisme. Siden EMK er inkorporert i norsk lov, har også denne status som formell lov.

Art. 6-1 stiller krav til rettssystemet og til domstolene, og skal sikre at alle som benytter seg av domstolene får en rettferdig rettergang. I dette ligger blant annet et krav om upartiskhet i domstolene.<sup>25</sup>

Norge er i tillegg bundet av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter fra 1966, som i art. 14 nr. 1 oppstiller krav til domstolenes upartiskhet og uavhengighet. Denne vil ikke bli

---

<sup>20</sup> Se nærmere om dette i straffeprosessloven kap. 24

<sup>21</sup> Eckhoff (2001) s. 39

<sup>22</sup> ibid. s. 73, 159, 371 og 269

<sup>23</sup> Mestad (2014) s. 18

<sup>24</sup> Se punkt 2.4 om domstoloven § 108

<sup>25</sup> Se kapittel 3 om EMK art. 6-1

viet noen plass i den videre fremstillingen, fordi uttalelser fra FNs menneskerettskomité ikke er bindende for Norge, slik som EMDs uttalelser er. Derfor er det først og fremst EMDs avgjørelser som er interessante når det skal redegjøres for innholdet i norsk rett.<sup>26</sup>

#### 1.4.3 Grunnlov

I 2014 fikk vi et nytt kapittel E i Grunnloven, ”Menneskerettigheter”. Siden menneskerettighetene har vært godt forankret i norsk rett siden menneskerettsloven ble vedtatt, medførte ikke dette noen store endringer i menneskerettighetenes rettsstilling i Norge. Grunnlovsendringen innebærer imidlertid en viktig begrensning for vedtakelsen av formelle lover, fordi formelle lover på grunn av lex superior-prinsippet ikke kan stride mot lover som har grunnlovs rang.<sup>27</sup>

Grl. § 95 første ledd fastslår at ”[e]nhver har rett til å få sin sak avgjort av en *uavhengig og upartisk* domstol innen rimelig tid” (mine uthevninger), og at rettergangen ”skal være *rettferdig* og offentlig” (mine uthevninger). Det er staten som har ansvaret for å sikre domstolenes upartiskhet og uavhengighet, jf. andre ledd.

Nylig uttalte Høyesterett i HR-2016-2311-P premiss 13 at domstolloven § 108 ”må anvendes i samsvar med kravene til en uavhengig og upartisk domstol som følger av Grunnloven § 95 første ledd og (...) EMK artikkel 6 nr. 1”. Det samme følger av en rekke andre Høyesterettsavgjørelser.<sup>28</sup> Grl. § 95 setter altså en skranke for tolkningen av § 108. Jeg vil imidlertid ikke redegjøre ytterligere for Grl. § 95 i denne oppgaven.

#### 1.4.4 Forarbeider

Domstolloven er over hundre år gammel, og med unntak av noen små endringer i §§ 116 og 117,<sup>29</sup> har habilitetsreglene stått så å si uendret siden loven ble vedtatt i 1915. Forarbeidene fra tiden da loven ble skrevet er få og i liten grad aktuelle i dag. Vi finner imidlertid noen interessante uttalelser i Ot.prp. nr. 31 (1970-71) ”Om lov om visse endringer i rettergangslovgivningen m.m.”, samt i NOU 1999:19 ”Domstolene i samfunnet” og i Ot.prp. nr. 44 (2000-2001) ”Om lov om endringer i domstolloven m.m. (den sentrale domstolsadministrasjon og dommernes arbeidsrettslige stilling)”. I den videre gjennomgangen

---

<sup>26</sup> Prop. 117 L (2015-2016) s. 8

<sup>27</sup> Se Tverberg (2014)

<sup>28</sup> Se blant annet HR-2016-956-S, HR-2016-831-U, HR-2016-845-U og Rt. 2015 s. 490

<sup>29</sup> Se Ot.prp. nr. 31 (1970-71)



vil jeg vise til både proposisjonene og utredningen som ”forarbeidene”, og presisere hvilket dokument jeg taler om i fotnotene.

Et forslag til en ny domstollov er under utredning.<sup>30</sup> Der er det blant annet foreslått en ”klargjøring av saksbehandlingsreglene og en annen utforming av den relative inhabilitetsregelen i dagens § 108”.<sup>31</sup> § 11-3, som eventuelt skal avløse § 108, lyder som følger:

”Ingen kan være dommer i en sak hvis det på grunnlag av dommerens tilknytning til saken eller partene eller dommerens opptreden for øvrig, foreligger særlige omstendigheter som er egnet til å skape tvil om dommerens upartiskhet og uavhengighet.”

Den foreslåtte bestemmelsen er ment å videreføre dagens § 108,<sup>32</sup> og får dermed ingen betydning for rettsstilstanden på området. På grunn av oppgavens omfang vil jeg i svært liten grad komme tilbake til det nye lovforslaget i oppgavens hoveddel. Jeg vil imidlertid komme litt mer tilbake til det i avslutningen under punkt 4.

Når det gjelder tolkningen av EMK har forarbeidene kun supplerende betydning.<sup>33</sup> Forarbeider vil etter dette i liten grad bli benyttet som rettskilde i denne oppgaven.

#### 1.4.5 Rettspraksis

§ 108 har en noe gammeldags ordlyd, og både § 108 og art. 6-1 er vagt utformet. Bestemmelsene gir alene liten veiledning om hvilke momenter som får betydning i henholdsvis habilitets- og upartiskhetsvurderingene. Den skjønsmessige karakteren har imidlertid åpnet for en utvikling i rettsstilstanden uten at lovendringer har vært påkrevet. For å redegjøre for bestemmelsenens grenser er det derfor nødvendig å gjennomgå en del rettspraksis.

Høyesterett dømmer i siste instans, jf. Grl. § 88. Innenfor de rammene som følger av maktfordelingsprinsippet, er det dermed også i stor grad Høyesterett som skaper og utvikler retten. Jeg vil derfor i hovedsak gjennomgå praksis fra Høyesterett. Underrettspraksis vil jeg bare vise til der jeg anser det hensiktsmessig.

---

<sup>30</sup> Høringsfristen var 01.11.2016

<sup>31</sup> Justis- og beredskapsdepartementet (2014) s. 62

<sup>32</sup> ibid. s. 163

<sup>33</sup> Wien-konvensjonen artikkel 32

Art. 6-1 håndheves i siste instans av EMD. Mens klageadgangen i andre internasjonale domstoler er forbeholdt stater eller internasjonale organisasjoner, kan også enkeltindivider klage saker inn for EMD for å få avgjort om en stat har krenket menneskerettighetene som følger av EMK.<sup>34</sup> EMDs tolkningsstil er *dynamisk*; den følger samfunnsutviklingen.<sup>35</sup> I Rt. 2000 s. 996 fastslo Høyesterett på side 1007 og 1008 at EMDs tolkningsprinsipper skal brukes også av de nasjonale domstolene når EMK skal anvendes. Det ble imidlertid presisert at det i utgangspunktet er EMD som skal utvikle konvensjonen, og at de norske domstolene må forholde seg til EMDs avgjørelser ved siden av konvensjonsteksten og alminnelige formålsbetraktninger. De norske domstolene skal altså følge den praksis som EMD gir, selv om denne avviker fra norsk praksis.<sup>36</sup> Derimot skal de ikke være *for* dynamiske eller tolke EMK utvidende for å unngå konvensjonsbrudd.<sup>37</sup>

Den linjen som EMD har lagt seg på ved vurderingen av habilitetskravene, har bidratt til at kravene som stilles til dommerhabilitet i norsk rett i løpet av de siste tiårene har blitt betydelig skjerpet.

Av plasshensyn er det ikke mulig å gjennomgå alle avgjørelser på området og alle momentene som Høyesterett og EMD synes å ha vektlagt. Jeg har forsøkt å velge ut praksis knyttet til de problemstillingene som i litteraturen ser ut til å være mest relevante. Videre har jeg forsøkt å vise til nyere heller enn eldre avgjørelser.

#### 1.4.6 Juridisk litteratur

Juridisk litteratur har liten vekt som rettskildefaktor,<sup>38</sup> men den er et nyttig verktøy som sekundærkilde. I denne oppgaven har jeg anvendt litteraturen som en hjelp til å navigere og finne frem i primærkildene. Med mindre poengene som trekkes frem i oppgaven er hentet direkte fra forfatteren selv, refererer jeg direkte til primærkilden.

### 1.5 Videre fremstilling

Oppgaven er en rettsdogmatisk fremstilling som tar sikte på å redegjøre for *gjeldende rett* på området, slik rettsstilstanden er i dag. Den vil derfor i liten grad være preget av de lege

---

<sup>34</sup> FN-sambandet (2016)

<sup>35</sup> Jebens (2004) s. 59

<sup>36</sup> *ibid.* s. 81

<sup>37</sup> *l.c.*

<sup>38</sup> Eckhoff (2001) s. 270

ferenda-betraktninger. Jeg vil først gjennomgå de norske reglene som omhandler dommerhabilitet i kapittel 2, før jeg i kapittel 3 gjennomgår de kravene som stilles til en upartisk domstol i art. 6-1. I kapittel 4 følger en avslutning.

Siden inhabilitetskravet i § 108 og upartiskhetskravet i art. 6-1 er tett knyttet sammen med andre lovfestede krav, er det hensiktsmessig å plassere dem i en noe større kontekst. Vi har allerede sett at kravet til domstolenes uavhengighet og upartiskhet er forankret i Grl. § 95. Også §§ 106 og 107 er imidlertid viktige bestemmelser i den norske lovgivningen. Disse er derfor viet en kort gjennomgang under punkt 2.3. Jeg vil imidlertid ikke behandle spørsmålet om avledet habilitet. I en redegjørelse om upartiskhetskravet i art. 6-1 er det nærliggende å si noe om uavhengighetskravet som også følger av artikkelen. Dette gjør jeg derfor kort under punkt 3.3.

Reglene om saksbehandlingen ved habilitetsspørsmål finner vi i dl. §§ 111 følgende. I punkt 2.5 vil jeg redegjøre kort for noen av disse, samt om konsekvensen av at en dommer er inhabil.

## 2 De norske habilitetsreglene etter domstolloven

### 2.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis, kan krav til dommeres uavhengighet og upartiskhet bidra til å verne om rettssikkerheten i samfunnet. Krav til domstolenes *uavhengighet* finner vi blant annet i § 55 tredje ledd første punktum jf. Grl § 95, som slår fast at "[e]n dommer er uavhengig i sin dømmende virksomhet." Også § 55 siste ledd jf. Grl. § 22 bidrar til å sikre uavhengigheten, fordi bestemmelsene avskjærer muligheten til å avskjedige dommere uten forutgående dom. Dommere skal altså ikke, av frykt for egen jobb, føle seg tvunget til å dømme i favør av staten i saker der staten er part.

For å sikre dommeres *upartiskhet*, følger det av § 55 tredje ledd annet punktum at "[e]n dommer skal utføre sin dommergjerning upartisk og på en måte som inngir alminnelig tillit og respekt". De videre kravene til dommeres habilitet finner vi i domstolloven kapittel 6. I litteraturen skilles det gjerne mellom de *absolutte* grunnene i §§ 106 og 107 og de *relative* grunnene i § 108.<sup>39</sup> Siden rettsvirkningene når en dommer er inhabil er den samme uavhengig av hvilken bestemmelse som danner grunnlaget for inhabiliteten, har skillet ingen praktisk betydning. For den videre teoretiske fremstillingen anser jeg det likevel hensiktsmessig å holde meg til denne oppdelingen.

### 2.2 Habilitetsreglenes anvendelsesområde

Domstolloven får anvendelse i alle saker som føres for både de alminnelige domstolene og særdomstolene som er definert i §§ 1 og 2, med mindre noe annet er bestemt. Reglene gjelder dermed både i sivile saker og i straffesaker.

Habilitetsreglene gjelder ikke for *enhver* som utfører arbeid i en domstol, men kun for den som er "dommer eller lagrettemedlem".<sup>40</sup> Videre får reglene kun anvendelse i konkrete saker, jf. ordlyden "saken" i § 106. Dette er ikke eksplisitt uttrykt i § 108, men det må følge av sammenhengen mellom bestemmelsene.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Se blant annet Bøhn (2013) s. 356 og Andenæs (2009) s. 117

<sup>40</sup> Se punkt 1.3.2

<sup>41</sup> Bøhn (2013) s. 354

## 2.3 De absolutte kravene etter domstolloven §§ 106 og 107

§§ 106 og 107 oppstiller spesifikke og absolutte grunner for inhabilitet. At grunnene er *absolutte* vil si at de medfører inhabilitet selv om det foreligger andre omstendigheter som tilsier at dommeren ikke er inhabil. Inhabilitetsgrunnene etter disse bestemmelsene er også *alternative*, slik at dommeren er inhabil dersom bare én av grunnene foreligger.

De klareste tilfellene av inhabilitet, er der dommeren selv er part eller fornærmet i en sak, eller ”medberettiget, medforpliktet eller regrespliktig i forhold til en part”, jf. § 106 nr. 1. Videre kan en dommer etter § 106 nr. 2 – 4 ikke dømme i en sak når han har en nær tilknytning til en som står i et forhold til saken som nevnt i nr. 1. Det samme gjelder etter § 106 nr. 5 når dommeren styrer eller er styremedlem i et selskap etc., og dette står i et forhold til saken som nevnt i nr. 1.

Etter § 106 nr. 6 er en dommer avskåret til å dømme i en sak når ”han har handlet i saken for en part”, påtalemyndigheten eller den fornærmede. Det samme gjelder etter § 106 nr. 7 når han er ”gift med eller forlovet med nogen, som handler i saken for en part (...)”. Nr. 7 omfatter altså ikke tilfeller der ektefellen eller den forlovede tidligere har handlet i saken.<sup>42</sup>

I § 106 likestilles ektefeller og forlovede. Samboere er derimot ikke nevnt i lovteksten, antakeligvis fordi samboerskap var nokså uvanlig da domstolloven kom i 1915.<sup>43</sup> Man kunne kanskje derfor tenke seg at en dommer *ikke* er inhabil etter § 106 der for eksempel dommerens samboer er part, og at omstendigheten må vurderes etter den skjønnsmessige regelen i § 108. I Rt. 1996 s. 520 uttalte imidlertid Høyesterett på side 521 at ”§ 106 nr 7 (...) bør tolkes slik at en dommer må fratre også når hans eller hennes samboer handler i saken for en part, iallfall når det som her er tale om et langvarig samboerforhold”. En slik analogisk anvendelse av § 106 nr. 7 har senere blitt fulgt opp i flere avgjørelser uten videre begrunnelse.<sup>44</sup> Det må kunne legges til grunn at dette gjør seg gjeldende i alle tilfeller der inhabilitet begrunnes med ekteskap eller samboerskap.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Rt. 2008 s. 28 på s. 30

<sup>43</sup> Det er heller ikke nevnt noe om dette i Indst. O. XV. (1912) s. 27 - 28

<sup>44</sup> Se blant annet Rt. 2006 s. 89 (6), Rt. 2007 s. 705 (14) og (15) og Rt. 2009 s. 1617 (6)

<sup>45</sup> I forslaget til ny domstollov § 11-2, som i all hovedsak er ment å videreføre dagens §§ 106 og 107, er samboerskap (fremdeles) ikke inntatt i ordlyden. Det er ikke lett å forstå hvorfor, noe blant andre Advokatforeningen og Borgarting lagmannsrett påpekte i sine høringsuttalelser av henholdsvis 01.11.2016 og 18.11.2016.

Nr. 8 og 9 knytter seg til tilfeller der dommeren selv, eller noen av hans nærmeste familiemedlemmer, har hatt befatning med saken i blant annet en lavere instans.

§ 107 tar sikte på å regulere de tilfellene der dommeren har eller har hatt også andre roller i saken, herunder som sakkyndig (første ledd) og som vitne (andre ledd).

Hvis dommeren ikke er inhabil etter de absolutte kravene, må habiliteten vurderes etter den relative bestemmelsen i § 108. I den videre fremstillingen vil jeg komme tilbake til §§ 106 og 107 bare der de kan kaste lys over tolkningen av § 108.

## **2.4 De relative inhabilitetsgrunnene etter domstolloven § 108**

### **2.4.1 Innledning**

Domstolloven § 108 har følgende ordlyd:

”Dommer eller lagrettemedlem kan heller ikke nogen være, når andre særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans ugildethet. Navnlig gjelder dette, når en part av den grunn krever, at han skal vike sete.”

Bestemmelsen gir anvisning på en skjønnsmessig helhetsvurdering. Siden den mangler de klare rammene som §§ 106 og 107 har, gir den oftere grunnlag for usikkerhet.<sup>46</sup>

For at en dommer må vike sete på grunnlag av § 108, må det altså foreligge en ”særegen omstendighet”, og denne må være ”skikket til å svekke tilliten” til dommerens habilitet. Ordet ”som” viser at vilkårene er *kumulative*; begge vilkårene må være oppfylt for at inhabilitet skal foreligge. I praksis er imidlertid overgangen mellom dem glidende ved at en omstendighet som er ”skikket til å svekke tilliten” til dommeren normalt vil anses for å være ”særegen”.<sup>47</sup>

Ifølge forarbeidene er et viktig moment i vurderingen dommerens eget syn på habilitetsspørsmålet og om han ”selv føler at han står fritt i behandlingen av saken”.<sup>48</sup> Uttalelsene knyttet seg til kollegiale forhold, men uttalelsens generelle karakter taler for at de er relevante også når andre relasjoner skal vurderes. Det ble imidlertid presisert at det avgjørende er om omstendigheten ”kan tenkes å få innflytelse på avgjørelsen enten i den ene

---

<sup>46</sup> Skoghøy (2014) s. 158

<sup>47</sup> *ibid.* s. 162

<sup>48</sup> Ot.prp. nr. 31 (1970-71) s. 15

eller den annen retning”, og ikke om det vil være ubehagelig for dommeren å dømme i saken.<sup>49</sup> Skoghøy mener derimot at et ubehag hos dommeren må være et viktig moment i inhabilitetsvurderingen, nettopp fordi et av hensynene bak habilitetsreglene er å spare dommere for unødvendige påkjenninger.<sup>50</sup>

#### 2.4.2 ”Andre særegne omstendigheter”

Hva som menes med ”andre særegne omstendigheter” kan ikke avgjøres etter en ren språklig fortolkning. Sett i sammenheng med §§ 106 og 107, gir imidlertid ordet ”andre” anvisning på at omstendighetene må være andre enn de absolutte inhabilitetsgrunnene. Det må altså kunne innfortolkes et utgangspunkt om at dommeren *ikke* er inhabil når tilfellet ikke fanges opp av de absolutte reglene. En ren antitetisk tolkning har imidlertid ikke støtte i rettspraksis.<sup>51</sup>

Ordet ”særegen” kan etter en naturlig språklig forståelse bety noe spesielt, eller noe annet enn det som er vanlig. Skoghøy beskriver dette som at omstendigheten ikke må gjelde ”folk flest eller større lag av befolkningen”.<sup>52</sup>

#### 2.4.3 ”Skikken til å svekke tilliten”

For at en *særegen omstendighet* skal medføre inhabilitet, må den som nevnt også være ”skikken til å svekke tilliten” til dommerens habilitet. I denne vurderingen må det ifølge Høyesterett ”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”.<sup>53</sup> Vilkåret er altså delt opp i en subjektiv og en objektiv vurdering.

Den subjektive vurderingen knytter seg til *dommerens person*, og om den særegne omstendigheten gjør at han på et eller annet vis vil påvirkes av omstendigheten. Den objektive siden av vurderingen knytter seg til *hvordan omstendigheten fremstår* for sakens involverte og for samfunnet som sådan. Høyesterett har uttalt at det avgjørende er ”om de særlige forholdene i saken etter en objektiv målestokk gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på dommerens upartiskhet”<sup>54</sup>. Som den videre gjennomgangen vil vise, har norsk

---

<sup>49</sup> I.c.

<sup>50</sup> Skoghøy (2014) s. 165

<sup>51</sup> Bøhn (2013) s. 391

<sup>52</sup> Skoghøy (2014) s. 162

<sup>53</sup> Rt. 2007 s. 705 (18)

<sup>54</sup> HR-2016-2311-P (15) jf. HR-2016-681-A (18)

rettspraksis i løpet av de siste tiårene tendert i retning av å bli strengere når det gjelder det objektive habilitetskravet.

Der det foreligger flere særegne omstendigheter som isolert sett ikke er skikket til å svekke dommerens tillit, kan omstendighetene samlet sett tilsi at dommeren må vike sete. Det skal med andre ord foretas en *helhetsvurdering*.<sup>55</sup> Høyesterett uttalte imidlertid i Rt. 2013 s. 1 premiss 23 at dette bare gjelder ”dersom det er tale om tilhøve som står i sammenheng med einannan”, og ikke når ”inhabilitetsgrunnlag manglar slik sammenheng”.

I denne sammenheng er det verdt å merke seg HR-2009-1337-A. Saken gjaldt en anke over lagmannsrettens dom, hvor den tiltalte ble dømt for blant annet et voldtektsforsøk. Spørsmålet for Høyesterett var om det ene lagrettemedlemmet var inhabil fordi hun hadde kjennskap til fornærmede. Avgjørelsen ble avsagt under dissens. Flere momenter pekte isolert sett i retning av inhabilitet, og det ble lagt til grunn at det var tale om en ”alvorlig straffesak” og at det derfor ”gjelder en streng norm”.<sup>56</sup> Likevel fant Høyesterett at det verken forelå ”særegne forhold som er skikket til å svekke tilliten til lagrettemedlemmets uhildethet” etter § 108 eller manglende upartiskhet etter art. 6-1.<sup>57</sup> Avgjørelsen ble klaget inn for EMD, hvor Norge i Kristiansen v. Norway (2015) ble dømt for krenkelse av upartiskhetskravet i art. 6-1 på grunn av ”the cumulative effect of the factors”, jf premiss 61.<sup>58</sup>

Kristiansen-avgjørelsen gir trolig anvisning på at terskelen for å kumulere inhabilitetsgrunnene i norsk rett var for høy, og det kan derfor stilles spørsmålstegn ved om den norske praksisen må endres for å være i samsvar med EMDs praksis. I HR-2016-660-U premiss 21 uttalte Høyesteretts ankeutvalg at det kan ”være grunn til å foreta en samlet vurdering” bare når ”det er påberopt inhabilitetsgrunner som griper inn i eller har tilknytning til hverandre”. Det ser dermed ikke ut til at Høyesterett så langt har lagt til grunn en endring av praksisen.

## 2.4.4 Eksempler på forhold som kan føre til inhabilitet

### 2.4.4.1 Innledning

Til nå har vi sett at en dommer er inhabil til å dømme i en sak dersom det foreligger én eller flere særegne omstendigheter, og denne eller disse er egnet til å svekke tilliten til dommeren

---

<sup>55</sup> Se blant annet Rt. 1996 s. 1528 på s. 1531

<sup>56</sup> HR-2009-1337-A (15)

<sup>57</sup> *ibid.* (18)

<sup>58</sup> Mer om denne avgjørelsen i punkt 3.4.4.3



eller til domstolen som sådan. § 108 gir imidlertid ikke anvisning på annet enn *at* det må foretas en skjønnsmessig vurdering i hver enkelt sak – den sier ingenting om *hva* som må vektlegges.

Gjennom en lang praksis har det imidlertid dannet seg en del momenter som kan få betydning ved habilitetsvurderingen. Ved å gjennomgå noen av de avgjørelsene som har blitt avsagt på området, kan det derfor gis noen eksempler på omstendigheter som, på grunn av hensynet til forutberegnelighet, i utgangspunktet vil lede til inhabilitet.<sup>59</sup>

#### *2.4.4.2 Dommerens tilknytning til en av sakens involverte*

Etter § 106 nr. 2 er en dommer inhabil til å pådømme en sak der han er i slekt med en av sakens parter, så langt ut som til søskenbarn. Siden bestemmelsen gjelder absolutt, er dommeren inhabil selv om han aldri har møtt søskenbarnet før. Hvis det derimot er dommernes tremenning som er part, må inhabilitetsspørsmålet avgjøres etter § 108, siden en slik relasjon ikke omfattes av § 106. Hvis dommeren og tremenningen aldri før har møtt hverandre, og ikke har noen annen relasjon utover det å være tremenninger, må utgangspunktet være at dommeren ikke er inhabil. Hadde det vært lovgivers mening å inhabilisere et slikt forhold, må vi kunne regne med at det hadde blitt tatt inn i ordlyden i § 106. Er dommeren og tremenningen i tillegg venner, vil derimot forholdet kanskje måtte lede til inhabilitet.

Denne sammenhengen mellom § 106 og § 108 ble nærmere redegjort for i Rt. 1998 s. 882, hvor spørsmålet var om en sorenskriver som skulle pådømme en sak var inhabil på grunnlag av forholdet hans til det området han var dommer i, ”en liten by”.<sup>60</sup> Det ble anført at sorenskriveren i løpet av sitt liv hadde hatt ”inhabiliserende forhold til syv av sakens aktører” som samlet måtte medføre inhabilitet.<sup>61</sup> Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at når det ikke foreligger ”noen slike forbindelser (...) som er nevnt i domstollen § 106, må det normalt bestå et nokså nært vennskap eller bekjentskap” for at omstendigheten skal anses som så ”særegen” at inhabilitet etter § 108 skal komme på tale.<sup>62</sup> Videre uttalte kjæremålsutvalget at det skal enda mer til der den foreliggende relasjonen ikke er mellom dommeren og den tiltalte eller fornærmede, men mellom dommeren og ”personer som selv har et nært forhold til tiltalte eller fornærmede”.<sup>63</sup> I den konkrete saken mente kjæremålsutvalget at det var ”klart” at

---

<sup>59</sup> Eckhoff (2001) s. 183

<sup>60</sup> Rt. 1998 s. 882 på s. 883

<sup>61</sup> l.c.

<sup>62</sup> l.c.

<sup>63</sup> ibid. på s. 884

sorenskriveren ikke var inhabil, selv etter en samlet vurdering av alle relasjonene.<sup>64</sup> På mindre steder ville det ha vært problematisk og svært upraktisk dersom forholdsvis vage relasjoner til sakens involverte skulle medføre inhabilitet.

Nylig avsa Høyesterett HR-2016-2311-P, hvor et av spørsmålene var om dommer Utgård var inhabil i saken fordi den ene partshjelperens prosessfullmektige var gift med dommerens niese. Dommeren og prosessfullmektigen både bodde og hadde feriesteder i nærheten av hverandre, og de hadde ved flere anledninger vært samlet med sine familier. Ni av Høyesteretts femten dommere fant likevel at dommer Utgård ikke var inhabil. De la til grunn at det ikke i seg selv var inhabiliserende å være i samme omgangskrets, og at "[d]en sosiale omgangen (...) først og fremst [synes] å være en funksjon av slektskapsforholdet", som jo ikke etter § 106 var inhabiliserende, se premiss 22. Mindretallet på seks dommere mente imidlertid at omstendigheten objektivt sett ga grunn til å betvile dommerens habilitet. Den forholdsvis skarpe dissensen, samt at flertallet blant annet begrunnet sitt standpunkt med en uttalelse fra dommer Skoghøy, mens dommer Skoghøy selv var mindretallets talsperson, gir anvisning på at grensene for hva som skal anses som inhabiliserende stadig er både uklare og uavklarte.

#### *2.4.4.3 Dommerens eller dommerens nærstående har en egeninteresse i sakens utfall*

Hvis dommeren selv er part, fornærmet i en straffesak, eller "medberettiget, medforpliktet eller regrespliktig i forhold til en part" etter § 106 nr. 1, vil dommeren ha en klar interesse i sakens utfall. Det samme gjelder etter henholdsvis nr. 2, nr. 3 og nr. 4 hvor en dommer som står eller har stått i et nært slektskapsforhold eller vergeforhold til en som er part etc. etter nr. 1, er inhabil. Der dommerens interesse ikke er så tydelig definert at den gir grunnlag for inhabilitet etter § 106, blir spørsmålet om dommeren må vike sete på grunnlag av § 108. Først og fremst må det fastslås at hvis dommerens egeninteresse skal medføre inhabilitet, må saken dreie seg om generelle spørsmål som er av prinsipiell betydning, slik at avgjørelsen vil få betydning også for liknende saker. I motsatt tilfelle vil det ikke foreligge noen fare for at dommeren skal dømme i favør av "seg selv".

Det har dannet seg et vilkår om at sakens utfall må ha "konkret og aktuell betydning" for dommeren for at han skal anses inhabil på grunn av egeninteresse.<sup>65</sup> Videre må interessen

---

<sup>64</sup> l.c.

<sup>65</sup> Rt. 2007 s. 705 (26), (27) og (46). Se også Rt. 1976 s. 65

være ”nær”.<sup>66</sup> Med andre ord medfører det ikke inhabilitet hvis det kun foreligger ”en teoretisk mulighet for at en dommer i fremtiden kan bli berørt av utfallet av en sak”.<sup>67</sup>

I tillegg til de ovennevnte kravene, ble det i Rt. 2007 s. 705 premiss 26 uttalt at økonomiske egeninteresser må ”ha et *visst omfang* for å kunne begrunne inhabilitet” (mine uthevinger). Hvor stort omfang som kreves må imidlertid vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. I den nevnte avgjørelsen ble en dommer erklært inhabil til å delta i pådømmelsen av spørsmålet om hvilken innløsningsregel som skulle benyttes ved innløsning av en tomt for bolighus, når dommeren eide en bolig på festet tomt. Selv om det kun forelå en mulighet for at dommeren selv ville innløse eiendommen, kom Høyesterett i premiss 44 til at rettsspørsmålet i alle tilfelle ville ”kunne få *atskillig* betydning for verdien” (mine uthevinger) av dommerens eiendom. Gode grunner taler for at det her er tale om en glidende skala, slik at det der den økonomiske interessen er stor – som i den sistnevnte saken – er tilstrekkelig med en liten mulighet for at dommeren selv vil bli berørt av utfallet. Motsatt vil det da kreves en større mulighet der den økonomiske interessen er mindre.

Inhabilitet som følge av eierskap av fast eiendom har også blitt drøftet i forbindelse med en avgjørelse om erstatningsnivået for ekspropriasjon. Selv om en som eier fast eiendom gjerne har en interesse i at erstatningsnivået er høyest mulig, er dette ikke isolert sett en inhabiliserende grunn i avgjørelser om ekspropriasjonsskjønn.<sup>68</sup> Siden de fleste i dag eier fast eiendom ville dette ha vært en upraktisk hovedregel. Derimot kan dommerens eierskap av fast eiendom være inhabiliserende hvis avgjørelsen vil være av konkret *og* aktuell betydning for ham. Høyesterett har blant annet konkludert med inhabilitet hos en dommer som eide fast eiendom i et tilsvarende område som det saken omhandlet, når det i tillegg var planlagt ekspropriasjon i området.<sup>69</sup> At dommeren hadde engasjert seg i den planlagte ekspropriasjonen var også et moment av betydning.

Også i saker som gjelder rådighetsinnskrenkninger, er utgangspunktet at den særegne omstendighet at dommeren er grunneier ikke *isolert sett* er tilstrekkelig for å konkludere med inhabilitet.<sup>70</sup>

At dommeren *selv* har en egeninteresse i sakens utfall kan altså medføre inhabilitet. Det samme kan bli resultatet der dommerens nærstående kan få en økonomisk fordel av utfallet,

---

<sup>66</sup> Rt. 1976 s. 65 på s. 66

<sup>67</sup> I.c.

<sup>68</sup> Skoghøy (2014) s. 167

<sup>69</sup> Se Rt. 1991 s. 815

<sup>70</sup> Skoghøy (2014) s. 168 jf. Rt. 1970 s. 65

slik som i Rt. 1996 s. 520 hvor dommer Schei måtte vike sete i avgjørelsen av en plenumssak om ekspropriasjonserstatning. Resultatet kunne få betydning for utfallet i en verserende sak, hvor dommerens barn, søsken og søskenbarn var arvinger i et dødsbo som var blant ankemotpartene.

De hittil nevnte avgjørelsene omhandler *økonomiske* interesser. Gode grunner taler for at de momentene som her gjør seg gjeldende også får betydning hvis dommeren har en egeninteresse som ikke er av økonomisk art. Et eksempel er at en dommer som ikke kan få egne barn, men som planlegger å adoptere, trolig må vike sete i avgjørelsen av en sak om rettigheter i forbindelse med adopsjon.

#### *2.4.4.4 Dommeren eller dommerens nærstående har en arbeidsmessig relasjon til en av sakens involverte*

Hvis en av sakens parter er en juridisk person, og dommeren ”styrer eller er medlem eller varamedlem”, krever § 106 nr. 5 at dommeren viker sete. Og etter § 106 nr. 6 og 7 er en dommer inhabil til å avgjøre en sak når dommeren selv handler eller har handlet, eller noen av dommerens nærstående handler, i saken for blant annet en part, påtalemyndigheten eller den fornærmede. Også øvrige arbeidsmessige relasjoner til en av de involverte, kan så tvil om dommerens habilitet, men utenfor de klare grensene som følger av §§ 106 og 107 må omstendigheten vurderes mot § 108.

§ 106 nr. 6 omfatter ikke de tilfellene der dommeren tidligere har handlet for en part i *en annen* sak. Det avgjørende for om dommeren i slike tilfeller blir inhabil etter § 108, er ifølge Høyesterett ”klientforholdets karakter, varighet og hvor lenge det er siden det opphørte”, jf. HR-2016-2311-P premiss 27 – 29. I kjennelsen ble dommer Falch erklært inhabil på dette grunnlag. Det aktuelle klientforholdet hadde vart i rundt fem år, og ble avsluttet rundt et år før saken skulle pådømmes, noe som trakk ”sterkt i retning” av inhabilitet. Siden det også forelå andre mindre betydelige omstendigheter som talte for inhabilitet, ble det tidligere klientforholdet ansett for å svekke tilliten til dommerens habilitet.

Et lignende spørsmål er om en dommer på grunn av tidligere virke i det advokatfirmaet som prosederer saken for retten, er inhabil. Dette er normalt sett ikke en inhabiliserende grunn, men det forutsetter at det har gått litt tid fra dommeren arbeidet for firmaet, og at dommeren i sitt arbeid for firmaet verken hadde noe med saken eller klienten å gjøre.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> Bøhn (2013) s. 431

Domstolene opererer noen ganger med ”habilitetsforsiktighet” ved å ha uformelle habilitetsregler som er strengere enn de som følger av domstolloven.<sup>72</sup> For eksempel var høyesterettsdommer Webster utelukket fra å behandle saker som et advokatfirma hadde hatt til behandling mens hun var partner der, og i en periode på tre år kunne hun heller ikke behandle saker som ble prosedert av advokatfirmaet. Når det likevel i Rt. 2010 s. 234 oppstod spørsmål om dommer Websters habilitet, uttalte Høyesterett i premiss 12 og 13 at forsiktighetsreglene ”klart (...) ikke kan være avgjørende når det (...) må tas stilling til habilitetsspørsmålet”, og at det avgjørende var om hun var inhabil etter § 108. Høyesterett fant at dommer Webster var inhabil etter § 108, men altså ikke på grunn av de interne forsiktighetsreglene som praktiseres i Høyesterett.

I HR-2004-215-A oppstod spørsmål om habiliteten til både dommer Schei, fordi ektefellen hans var partner i det advokatfirmaet som den ene partens prosessfullmektig var partner i, og dommer Støle, fordi sønnen hans var advokatfullmektig i det samme firmaet. Verken ektefellen eller sønnen hadde arbeidet med skattespørsmål, og de hadde derfor ikke hatt befatning med saken. Spørsmålet for Høyesterett var om omstendighetene etter ”en objektiv vurdering av hvordan forholdet vil fremtre utad – for partene, det rettssøkende publikum og for offentligheten generelt” var ”skikket til å svekke tilliten til” dommerens habilitet.<sup>73</sup> Høyesterett uttalte generelt at kollegialt fellesskap mellom partnere i et advokatfirma kan være en inhabiliserende grunn,<sup>74</sup> men at ingen av de to dommerne i angjeldende sak var inhabile.

Det var tale om et stort firma på rundt 100 ansatte kun ved det kontoret hvor både sønnen og ektefellen jobbet. Kontoret var inndelt i ulike avdelinger med hvert sitt fagfelt, og Høyesterett la til grunn at ”den daglige kontakt mellom advokater som arbeider innenfor forskjellige fagfelt, vil bli relativt beskjedent”.<sup>75</sup> Siden dommer Støles sønn var advokatfullmektig og ikke partner, forelå det ingen tvil i Høyesterett om hans habilitet.

Når det gjaldt dommer Schei, påpekte Høyesterett at det generelt sett ville kunne ”skape uheldige praktiske problemer” hvis ”et kollegialt fellesskap blant partnere i et advokatfirma av denne størrelsen i seg selv skulle medføre inhabilitet”. Her forelå imidlertid i tillegg den omstendigheten at hvis den ene parten ble tilkjent saksomkostninger, kunne dette indirekte påvirke ektefellens inntekt. Høyesterett synes også her å legge avgjørende vekt på advokatfirmaets størrelse, fordi det på grunn av det store antallet advokater og

---

<sup>72</sup> ibid. s. 474

<sup>73</sup> HR-2004-215-A (8)

<sup>74</sup> ibid. (6), (8) og (9)

<sup>75</sup> ibid. (9)

advokatfullmektiger kun ”fremstår som en teoretisk mulighet” at dommer Scheis ektefelle ville bli påvirket økonomisk av sakens mulige utfall.<sup>76</sup>

Det kan altså ikke utelukkes at en dommers relasjon til en partner i et advokatfirma kan medføre inhabilitet på objektivt grunnlag, når en av sakens parter representeres av prosessfullmektiger fra det samme firmaet. Høyesteretts uttalelser gir anvisning på at advokatfirmaet størrelse og hvor tett partnerne arbeider, må være avgjørende. Av uttalelsene ser deg også ut til at terskelen må settes adskillig høyere når den nære relasjonen knytter seg til en advokatfullmektig.

Et annet spørsmål er om det medfører inhabilitet at en dommer er i et forhold til en annen embetsmann som har hatt å gjøre med saken på et eller annet vis. Dette kan illustreres med to avgjørelser om inhabiliteten til dommer Coward, på bakgrunn av hennes samboerforhold med regjeringsadvokat Fagernæs.

I HR-2008-1774-J ble dommer Coward besluttet å holdes utenfor loddtrekningen om hvilke dommere som skulle delta i en storkammeravgjørelse i Høyesterett, fordi sakene som skulle behandles i storkammer bygget på en avgjørelse fra FNs Menneskerettighetskomité der Norge ble representert av Regjeringsadvokaten ved advokat Holmedal. Hvordan avgjørelsen skulle forstås ville være et viktig tema i storkammeravgjørelsen, og Menneskerettighetskomiteens uttalelse ville være sentral. Regjeringsadvokaten skulle imidlertid ikke lenger representere staten. Likevel tilsa Regjeringsadvokatens representasjon at dommer Coward var inhabil til å delta i de kommende storkammeravgjørelsene. Som nevnt under punkt 2.3 omfatter § 106 nr. 7 kun tilfeller der dommerens ektefelle, forlovede eller samboer (jf. Rt. 1996 s. 520) *handler* i saken for en part. Den nevnte avgjørelsen viser at også der en dommers samboer *tidligere* har handlet for en part, kan medføre inhabilitet.

I Rt. 2009 s. 459 var spørsmålet om dommer Cowards habilitet i plenumsbehandlingen av to saker hvor det skulle avgjøres om den norske lagretteordningen stred mot menneskerettighetene. Regjeringsadvokaten hadde til da ikke hatt med saken å gjøre, men hvis Norge senere skulle bli innklaget for en internasjonal domstol, ville staten bli representert av Regjeringsadvokaten. Spørsmålet var altså om en ”nærstående eventuelle fremtidige befatning med en sak” var en inhabiliserende grunn, jf. premiss 11. Flertallet på elleve dommere konkluderte med at dommer Coward ikke var inhabil, blant annet fordi statens (og dermed også Regjeringsadvokatens) interesse av utfallet måtte være å få en generell avklaring av hvorvidt lagretteordningen var konvensjonsstridig. De synes også å mene at utviklingen

---

<sup>76</sup> *ibid.* (11)

som har skjedd i forhold til habilitetskravene ikke innebærer at den omstendighet at en nærstående kanskje *i fremtiden vil handle* i saken for en part, skal medføre inhabilitet hos en dommer.

Habilitetsspørsmål reiser seg også når en av partene i saken selv er dommer, eller har en nær relasjon til en dommer, i den domstolen hvor saken skal pådømmes. Utgangspunktet i slike tilfeller er at det kreves noe mer enn et rent kollegialt forhold for at inhabilitet skal foreligge.<sup>77</sup> I forarbeidene ble det i forbindelse med vurderingen av inhabilitetsspørsmål for hele Høyesterett drøftet hvor vid adgangen skulle være for å oppnevne *settedommere* (dommere som ikke er tilknyttet samme embete som den inhabile dommeren) for enkeltsaker.<sup>78</sup> Departementet uttalte at det ikke er ”uten prinsipielle betenkeligheter å erstatte dommerne i Høyesterett for en enkelt sak med oppnevnte settedommere”, fordi ”det juridiske toppmiljø” i Norge er forholdsvis lite, og at bruk av settedommere derfor ikke nødvendigvis vil gi en mer uavhengig domstol.<sup>79</sup>

Spørsmålet ble satt på spissen i Rt. 2003 s. 1588. Den fornærmede i saken var en høyesterettsdommer, og spørsmålet var om de øvrige høyesterettsdommerne var inhabile. Høyesterett foretok en ”objektiv vurdering der det skal veie tungt hvordan forholdet vil fortone seg for folk flest”, og viste til at det i tidligere tilsvarende avgjørelser hadde blitt vektlagt om den saken som skal pådømmes er ”spesielt alvorlig, og om den har vakt stor interesse i mediene”, ”hvilken posisjon den berørte kollegaen har i saken”, og om spørsmålet som skal behandles er ”følsomt”.<sup>80</sup> Videre uttalte Høyesterett at et moment som ”klart” må tale for inhabilitet, er om dommerne må ta stilling til troverdigheten av den fornærmede dommerens forklaringer. Høyesterett fant ikke at det forelå noen slike tungtveiende momenter, fordi de straffbare handlingene som saken gjaldt ikke var spesielt alvorlige og saken ikke hadde vakt særlig interesse i media, samt at domstolen ikke skulle ta stilling til det faktiske hendelsesforløpet i saken. Det ble også uttalt at domstolens størrelse ”kunne ha en viss betydning for avgjørelsen”. Siden Høyesterett er en ”relativt stor domstol” med 19 dommere, ble det lagt til grunn at de kollegiale forholdene der ”ikke i seg selv fører til nære personlige relasjoner”.<sup>81</sup>

Et lignende spørsmål ble problematisert i forbindelse med rettssaken mot Breivik etter terrorhandlingene på Utøya og i Regjeringskvartalet den 22. juli 2011. I HR-2011-1655-U var

---

<sup>77</sup> Se blant annet Rt. 2003 s. 1588 (9), Rt. 2003 s. 740 (8), Rt. 2001 s. 411 på s. 412 og Rt. 1998 s. 901 på s. 902

<sup>78</sup> Ot.prp. nr. 31 (1970-1971) s. 15 - 16

<sup>79</sup> I.c.

<sup>80</sup> Rt. 2003 s. 1588 (8) - (10)

<sup>81</sup> ibid. (12)

spørsmålet om alle dommerne i Borgarting lagmannsrett måtte anses inhabile på grunn av forhold som knyttet tre av rettens lagmenn og en saksbehandler i retten til straffesaken. Det ble ikke tatt stilling til den enkelte dommers habilitet. Høyesteretts ankeutvalg uttalte i premiss 24 at det ikke er slik at medlemmer av en kollegial domstol ”utan vidare [er] inhabile der ein kollega er part eller har eit nært tilhøve til ein part”. Fordi den aktuelle saken gjaldt ”offer og krenkte frå mange stader i landet” som ”ikkje kan ha late vere å gå inn på dei fleste i det norske samfunnet”, la ankeutvalget til grunn at habilitetsspørsmålet ikke ville stille seg annerledes ved andre lagmannsretter, jf. premiss 29. Inhabiliteten måtte derfor i stedet vurderes i forhold til hver enkelt lagdommer.

#### *2.4.4.5 Deltakelse i tidligere avgjørelser*

Norsk straffeprosess bygger på anklageprinsippet, noe som innebærer at etterforskningen av straffesaker ledes av påtalemyndigheten, ikke av domstolene.<sup>82</sup> Dette klare skillet mellom den utøvende og den dømmende makt gjør at det skal mer til for at en dommer er inhabil ved deltakelse i en senere avgjørelse mot siktede, enn i land hvor dommeren også utfyller påtalemessige funksjoner.<sup>83</sup>

Etter § 106 nr. 8 og 9 er en dommer inhabil i en sak som han tidligere har hatt ”å gjøre som voldgiftsdommer eller i lavere rett som dommer eller lagrettemedlem”, eller der en av dommerens nærstående har vært dommer i saken i en lavere instans. Bestemmelsen sier derimot ingenting om habiliteten til en dommer som tidligere i samme instans har tatt prosessuelle avgjørelser i den saken som skal avgjøres. Dette var lenge ikke ansett for å være en inhabiliserende grunn.<sup>84</sup>

I 1989 ble Danmark i *Hauschildt v. Denmark* dømt for krenkelse av art. 6-1.<sup>85</sup> Fordi dommerens rolle i den norske og den danske prosessordningen er ganske lik, ble avgjørelsen et viktig vendepunkt også i norsk rett.<sup>86</sup> På denne bakgrunn sendte Justisdepartementets lovavdeling ut rundskriv G-140/89 hvor det i avsnitt 6 ble fastslått at dommere som har besluttet varetektsfengsling etter straffeprosessloven § 172 ikke senere ”bør ta stilling til skyldspørsmålet (...) under hovedforhandlingen”. Justisdepartementet ga samtidig uttrykk for at § 108 må tolkes i samsvar med *Hauschildt*-avgjørelsen.<sup>87</sup>

---

<sup>82</sup> Jebens (2004) s. 342

<sup>83</sup> *ibid.* s. 342 – 343 og s. 355

<sup>84</sup> Hov (2010), s. 101

<sup>85</sup> Se mer om *Hauschildt*-avgjørelsen i punkt 3.4.4.6

<sup>86</sup> Jebens (2004) s. 343

<sup>87</sup> Møse (2002) s. 333



Nå har det dannet seg en fast praksis i norske domstoler om at en dommer som har besluttet fengsling etter straffeprosessloven § 172, ikke deltar i den senere hovedforhandlingen.<sup>88</sup> Et unntak er hvis den siktede har gitt en uforbeholden tilståelse, siden dommeren da ikke har måttet ta standpunkt til mistankens styrke.<sup>89</sup>

I Rt. 1996 s. 261 gikk Høyesterett lengre enn EMD i å konstatere inhabilitet på grunnlag av en tidligere fengslingskjennelse. Rettens formann hadde tidligere i prosessen deltatt i en avgjørelse om forlenget varetektsfengsling etter straffeprosessloven § 172 og funnet at det var en ”meget sterk sannsynlighet for at siktede er skyldig i det forhold han er siktet for”. Høyesterett uttalte på side 266 at det var uvisst hva resultatet i Hauschildt-saken ville ha blitt dersom det kun hadde vært tale om én tidligere fengslingskjennelse. Videre presiserte Høyesterett at inhabilitetsspørsmålet i angjeldende sak knyttet seg til en *jurysak*. Selve skyldspørsmålet skulle derfor avgjøres av lagretten, og ikke av formannen.

Til tross for forskjellene til Hauschildt-saken, uttalte Høyesterett på side 266 at ”det av hensyn til tilliten til domstolene bør unngås at det kan reises tvil om habiliteten til de dommere som deltar ved pådømmelse av straffesaker”, og at det måtte legges ”avgjørende vekt på betydningen av klarhet”. Hvor mange ganger straffeprosessloven § 172 tidligere hadde vært anvendt burde derfor ifølge Høyesterett ikke være avgjørende, uavhengig av om dommeren var enedommer eller en del av en meddomsrett. Videre ble det lagt vekt på at rettens formann har en sentral funksjon. Jebens mener at Høyesteretts uttalelse om ”*straffesaker*” (min uthevning) kan tas til inntekt for at konstatering av inhabilitet på grunn av hensynet til domstolens tillit, må kunne sies å gjøre seg mer gjeldende i pådømmelsen av straffesaker enn i sivile saker.<sup>90</sup> På bakgrunn av uttalelsenes kontekst - at saken var nettopp en straffesak - kan dette imidlertid synes som en noe forhastet slutning å trekke.

Rt. 1996 s. 261 ble fulgt opp i Rt. 1996 s. 925 (riktignok under dissens 3-2), hvor spørsmålet var om en dommer som tidligere hadde avgjort en fengslingskjennelse mot tiltalte, var inhabil i den påfølgende avgjørelsen av hovedspørsmålet. Siden det allerede var avsagt en fellende dom mot tiltalte, hadde dommeren ikke måttet ta stilling til mistanken mot den siktede. Førstvoterende uttalte på side 931 at det i Rt. 1996 s. 261 hadde blitt ”fastsatt en streng norm for praktiseringen av domstolloven § 108”, og at det ikke forelå ”grunnlag for å fravike de

---

<sup>88</sup> I.c., se også Rt. 2010 s. 759 (15)

<sup>89</sup> Se bl.a. Rt. 1992 s. 538 og Rt. 1994 s. 1281

<sup>90</sup> Jebens (2004) s. 347

retningslinjer som ble trukket opp”. Flertallets oppfatning synes å bygge på at kravet til den objektive upartiskheten står sterkt.<sup>91</sup>

Noen år senere ble Norge, til tross for den ”strengte normen”, dømt i EMD for krenkelse av art. 6-1 i Ekeberg and Others v. Norway (2007).<sup>92</sup> Bakgrunnen for EMDs avgjørelse var Rt. 2003 s. 1269 som omhandlet habiliteten til en lagdommer og et lagrettemedlem, etter at lagmannsretten hadde domfelt fem Hells Angels-medlemmer.

Før hovedforhandlingen hadde lagdommeren deltatt i avgjørelsen av et fengslingskjæremål mot en av de fem domfelte, hvor løslatelsesbegjæringen ble enstemmig forkastet. Høyesterett uttalte at etter ”den grunnleggende” Hauschildt-avgjørelsen, var en fagdommer som tidligere hadde vært med på å fatte en avgjørelse etter straffeprosessloven § 172, inhabil ved den senere hovedforhandlingen når skyldspørsmålet gjaldt ”den samme siktede i samme sakskompleks”.<sup>93</sup> Deretter viste Høyesterett til Rt. 1996 s. 261, hvor det ble lagt til grunn at det samme gjaldt for rettens formann når saken hadde vært behandlet med lagrette. Siden de øvrige lagdommerne ikke har den samme funksjonen som formannen, kom imidlertid Høyesterett til at det ikke forelå ”tilstrekkelige grunner til å anse også” lagdommeren som inhabil. EMD fant imidlertid at Norge hadde krenket retten til en upartisk domstol overfor den av de fem domfelte som det forutgående fengslingskjæremålet gjaldt.

Høyesterett vurderte også om hele lagretten var inhabil fordi et av medlemmene hadde blitt avhørt av politiet i forbindelse med noen mulige observasjoner av en bil som var etterlyst i straffesaken. Selv om lagrettemedlemmet ikke hadde vitnestatus i saken, var hun klart inhabil. At hun hadde tjenestegjort i de første fire rettsdagene, var imidlertid ifølge Høyesterett ikke en inhabiliserende grunn for lagretten som sådan, fordi den ”var lovlig besatt ved avgjørelsen av skyldspørsmålet”, samt at lagrettemedlemmet ”fratrådte i god tid før lagretten trådte tilbake for å rådslå om skyldspørsmålet.”<sup>94</sup> EMD var enig i Høyesteretts vurdering av dette spørsmålet.

På bakgrunn av Ekeberg-avgjørelsen, må det nå være slik at også øvrige lagdommere i saker der retten settes med lagrette (i tillegg til rettens formann, og fagdommere i en meddomsrett) er inhabile til å delta i pådømmelsen av sakens hovedspørsmål etter å tidligere ha deltatt i en fengslingskjennelse mot tiltalte etter straffeprosessloven § 172 .

---

<sup>91</sup> *ibid.* s. 350

<sup>92</sup> Mer om denne avgjørelsen i punkt 3.4.4.5

<sup>93</sup> Rt. 2003 s. 1269 (15)

<sup>94</sup> *ibid.* s. (29)

Unntak fra utgangspunktet om at en dommers tidligere deltakelse i en varetektsfengslingskjennelse ikke medfører inhabilitet i pådømmelsen av hovedspørsmålet i samme sakskompleks, har også blitt gjort i sikringssaker når varetektsfengslingen har basert seg på straffeprosessloven § 171. I Rt. 1990 s. 379 hadde en sorenskriver tidligere varetektsfengslet siktede på grunnlag av gjentakelsesfare etter straffeprosessloven § 171 andre ledd jf. første ledd nr. 3. I fengslingskjennelsen uttalte sorenskriveren at det forelå ”stor sannsynlighetsovervekt” for at den siktede ville begå en ny straffbar handling. Siden et sentralt moment i sikringssaken ville være nettopp om det var grunn til å frykte gjentakelse, fant Høyesterett at det ville være vanskelig for sorenskriveren å ikke bygge på det standpunktet han hadde tatt i den tidligere varetektsfengslingskjennelsen. Dette synspunktet ble fulgt opp i Rt. 1994 s. 968. I Rt. 2002 s. 587 slo Høyesterett på side 589 fast at inhabilitet også måtte bli resultatet der dommeren hadde vurdert og konkludert med varetektsfengsling basert på kravet til ”skjellig grunn til mistanke” hvis dommeren ”har kommet med uttalelser som tilkjennegir at mistanken er særlig sterk”. De nevnte avgjørelsene gir anvisning på at det avgjørende for om dommeren er inhabil på grunnlag av en tidligere prosessuell avgjørelse i samme sakskompleks, må være om vurderingene i hovedspørsmålet bygger på de samme spørsmålene som dommeren i den tidligere avgjørelsen tok stilling til.

I forbindelse med gjenåpningssaken etter at Norge ble dømt for krenkelse av art. 6-1 i Kristiansen v. Norway (2015)<sup>95</sup>, oppstod spørsmålet om de samme dommerne som deltok under behandlingen av den gjenåpnede avgjørelsen kan delta når saken skal behandles på nytt. Høyesteretts ankeutvalg fastslo at utgangspunktet når en sak gjenåpnes på grunn av konvensjonsbrudd, er at de samme dommerne kan delta ved den nye behandlingen av saken, og at det for at inhabilitet skal inntre normalt må ”ligge en nokså sterk grad av bebreidelse, eller det må påvises andre særegne omstendigheter som tilsier at dommeren viker sete”.<sup>96</sup>

Som hovedregel er heller ikke en dommers uttalelser i en tidligere, *annen* avgjørelse en inhabiliserende grunn i saker ”der det samme rettsspørsmålet oppstår”.<sup>97</sup>

#### 2.4.4.6 Offentlige uttalelser

Dommeres uttalelser om juridiske problemstillinger kan være viktige innspill til samfunnsdebatter, og det er ikke uvanlig at dommere kommer med juridiske ytringer i det offentlige rom. En streng habilitetsregel når det gjelder offentlige uttalelser, kan derfor ha en uheldig samfunnsmessig konsekvens.

---

<sup>95</sup> Se punkt 3.4.4.3

<sup>96</sup> HR-2016-2181-U (10)

<sup>97</sup> Rt. 2008 s. 1451 (13)

Rt. 2008 s. 1451 gjaldt habiliteten til en dommer i avgjørelsen av et rettsspørsmål som hadde blitt drøftet i forbindelse med en lovforberedelse som dommeren hadde deltatt i. Høyesterett uttalte at det er en ”klar hovedregel (...) at en dommer ikke er inhabil til å avgjøre rettsspørsmål knyttet til lover som vedkommende har hatt befatning med (...) også om vedkommende har deltatt i lovforberedelsen”.<sup>98</sup> Videre uttalte Høyesterett at for at dette skal medføre inhabilitet ”må det foreligge særlige forhold”, som for eksempel spørsmål om grunnlovsmessigheten til lovforslaget.<sup>99</sup> Særlig hvis dommeren ”har deltatt som premissleverandør for det standpunktet som er fremmet”, vil dette tale for at dommeren er inhabil i slike spørsmål.<sup>100</sup>

I blant uttaler dommere seg i media om generelle spørsmål, om en sak tilsvarende den dommeren skal pådømme eller om den saken som dommeren har under behandling. I Rt. 1994 s. 536 uttalte Høyesterett på side 538 og 539 at ”rent faktiske opplysninger” om dommeroppnevningen som var gitt til en avis etter dennes henvendelse ”klarligvis” ikke var inhabiliserende, men at uttalelser ”som må oppfattes som kommentarer til partene eller saken”, derimot kan lede til inhabilitet.

Stadig mer praktisk er spørsmålet om en dommers ytringer på sosiale medier kan medføre inhabilitet. I forbindelse med rettssaken mot Breivik<sup>101</sup>, ble en meddommer erklært inhabil i tingretten fordi han dagen etter terrorangrepet skal ha gitt uttrykk for at dødsstraff var den eneste adekvate straffen i saken.<sup>102</sup> Tingretten presiserte at 22.-juli-saken ”skapte sterke reaksjoner hos mange”, men at meddommerens uttalelser likevel var egnet til å svekke tillit til hans upartiskhet.<sup>103</sup> At meddommeren i tillegg hadde svart nektende på spørsmål om han hadde uttalt seg om straff i forhold til saken, bidro til å svekke tilliten til inhabiliteten hans.

Det er heller ikke uvanlig at en dommer har uttalt seg om generelle spørsmål i teoretiske fremstillinger. I spørsmålet om slike uttalelser gjør dommeren inhabil til å delta i avgjørelser av lignende spørsmål som kommer for retten, har Høyesterett ikke vært helt konsekvent. I Rt. 2003 s. 1094 måtte dommer Skoghøy vike sete i avgjørelsen av tre straffesaker fordi han i en artikkel som var utgitt samme år hadde uttalt seg generelt om de rettsspørsmål som skulle behandles. Høyesterett presiserte i premiss 8 at det er ”nyttig at dommere har full anledning til

---

<sup>98</sup> *ibid.* (18)

<sup>99</sup> *l.c.*

<sup>100</sup> *l.c.*

<sup>101</sup> Se punkt 2.4.4.4 om denne

<sup>102</sup> Dagbladet (2012)

<sup>103</sup> RG-2012-537

å gi uttrykk for sitt faglige syn”, og at habilitetsreglene ikke burde motvirke dette. Videre fastslo Høyesterett at ”det klare utgangspunktet [er] at en dommer ikke blir inhabil ved tidligere å ha skrevet eller uttalt seg om det rettsspørsmålet som på et senere tidspunkt kommer opp i en sak (...) også der dommeren (...) har inntatt et klart og forbeholdsløst standpunkt”. Høyesterett fant likevel at dommer Skoghøy var inhabil, fordi artikkelen ”ble skrevet på et tidspunkt da spørsmålet (...) sto for Høyesterett til avgjørelse” og gjaldt ”et forholdsvis smalt område”, samt at ”de klare og forbeholdsløse standpunkter som inntas, er helt sentrale for løsningen av sakene som nå skal behandles”, jf. premiss 9. I Rt. 2008 s. 602 var spørsmålet om dommer Matningsdal var inhabil i en sak som var gjenopptatt på bakgrunn av en EMD-avgjørelse, når han hadde omtalt og kommentert både Høyesteretts og EMDs avgjørelser i en bok som ble utgitt året før. Høyesterett fant i premiss 13 at dommer Matningsdal hadde uttalt seg på et rent generelt grunnlag, og at det var nettopp slike tilfeller som skulle omfattes av ”det klare utgangspunktet” som det ble vist til i avgjørelsen om dommer Skoghøy.

Dommer Skoghøy har selv uttalt at ”[a]vgjørelsen fra 2008 er best i samsvar med tidligere praksis”.<sup>104</sup> Det er vanskelig å se hvorfor de to avgjørelsene fikk ulike utfall. Siden Høyesterett ikke selv har gitt noen nærmere avklaring, er det noe uklart hvor mye vekt som må tillegges avgjørelsen fra 2003.

#### *2.4.4.7 Andre omstendigheter*

Politisk ståsted eller religiøs overbevisning medfører i utgangspunktet ikke inhabilitet hos en dommer. Dette har kommet til uttrykk blant annet i Rt. 2010 s. 321, hvor spørsmålet var om en dommer som var medlem av Naturforbundet var inhabil i en sak der Naturvernforbundet var part. Høyesterett uttalte i premiss 8 at det er ”klart at en dommers generelle samfunnssyn eller politiske oppfatning ikke i seg selv medfører inhabilitet” etter § 108, heller ikke” der dommerens ståsted kommer til uttrykk gjennom organisasjonsmedlemskap”. Likevel fant flertallet på tre dommere at dommeren var inhabil. De påpekte at et medlemskap i en ideell organisasjon er en støtte til organisasjonens arbeid. De mente det forelå tvil om hvorvidt dommeren var inhabil, og det ble derfor utslagsgivende at den ene parten hadde krevd dommeren inhabil, jf. § 108 andre punktum.<sup>105</sup> For mindretallet var det avgjørende at dommeren ikke hadde hatt tillitsverv i forbundet, fordi hun som et vanlig medlem ikke kunne identifiseres med forbundets standpunkter. Mindretallet la vekt på at det var ”sikker rett at en dommers politiske holdning i seg selv ikke er inhabilitetsgrunn”, jf. premiss 13.

---

<sup>104</sup> Skoghøy (2014) s. 175

<sup>105</sup> Se punkt 2.4.5

En sak av litt annen karakter er Rt. 1997 s. 1758 som gjaldt habiliteten til fem dommere i en straffesak, hvor tre av dommerne hadde eller hadde hatt svigerbarn og barnebarn av helt eller delvis utenlands opprinnelse. De tre dommerne reiste spørsmål om sin egen habilitet, fordi tiltalte hadde uttrykt seg ”truende og forhånende” mot adoptivbarn av utenlandsk opprinnelse. En enstemmig Høyesterett uttalte på side 1759 og 1760 at det var

”klart at de opplysninger som er gitt (...) om [dommernes] bakgrunn eller familiemessige tilknytning til utlendinger og/eller fargete ikke er egnet til å svekke tilliten til deres uhildethet (...). Det kan ikke forbeholdes dommere uten slik bakgrunn eller tilknytning å treffe avgjørelser i saker der tiltale er reist etter bestemmelsen i straffeloven § 135a.”

Straffeloven av 1902 er i dag opphevet, men den nye straffeloven fra 2005 § 185 er ment å videreføre den tidligere § 135 a.<sup>106</sup> Gode grunner taler for at avgjørelsen må kunne legges til grunn også der en tiltalt kommer med andre uttalelser som kan virke særlig støtende på dommere.

I forbindelse med den tidligere nevnte avgjørelsen Rt. 2009 s. 459, var det dommer Skoghøy som meldte ifra om at han mente at dommer Coward var inhabil. Dermed oppstod spørsmålet om dommer Skoghøy var inhabil til å delta i avgjørelsen om dommer Cowards habilitet. Høyesterett uttalte at en dommer bør være forsiktig med å uttale seg bastant når spørsmålet om den andre dommerens habilitet er uomtvistet.<sup>107</sup> Likevel fant Høyesterett at dommer Skoghøy ikke var inhabil, fordi det generelt måtte ”kunne leggjast til grunn at ein dommar som undervegs gir uttrykk for eit standpunkt, kan revurdere dette etter å ha høyrte partane” – særlig der det er tale om ”rettslege vurderingar”.<sup>108</sup>

#### 2.4.5 En av partene krever utelukkelse

Ordlyden i § 108 andre punktum er noe gammeldags fordi ordet ”navnlig” ikke lenger brukes i dagligtalen. I dag sier vi gjerne heller ”for eksempel” eller ”eksempelvis”.<sup>109</sup> Etter en naturlig språklig forståelse kan bestemmelsen derfor forstås som om dommeren *må* vike sete der en av partene krever det. Den er imidlertid ikke ment å ha dette innhold. Justis- og beredskapsdepartementet uttalte i forarbeidene at det ikke er ”avgjørende om en part mener at

---

<sup>106</sup> Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) punkt 10.7.4.1

<sup>107</sup> Rt. 2009 s. 454 (14)

<sup>108</sup> *ibid.* (15)

<sup>109</sup> Skoghøy (2014) s. 163

dommeren skal vike sete”, men at dette må bli en del av en helhetlig vurdering sett i sammenheng med sakens art og forholdene innen domstolen.<sup>110</sup> Høyesterett har i en rekke avgjørelser latt være å imøtekomme innsigelser om inhabilitet.<sup>111</sup>

Dersom en av partene mener at dommeren bør utelukkes på grunn av inhabilitet, vil dette imidlertid være et *moment* ved vurderingen av om en dommer skal erklæres inhabil.<sup>112</sup> Der Høyesterett etter en helhetsvurdering ellers har vært i tvil om dommerens habilitet, har en begjæring fra den ene parten ofte vært utslagsgivende.<sup>113</sup>

§ 108 annet punktum er ikke foreslått videreført i ordlyden ny domstollov § 11-3. Noen av høringsinstansene har imidlertid stilt seg kritisk til dette.<sup>114</sup>

## 2.5 Saksbehandlingen av habilitetsspørsmål

Utgangspunktet er at dommere skal vurdere sin egen habilitet i hver sak de blir tildelt. Når det gjelder §§ 106 og 107, følger det av § 112 første ledd at ”en enedommer eller leder av retten (...) skal (...) selv træffe de nødvendige forføyninger”. Etter andre ledd skal ”andre tjenestemænd” selv gi beskjed til rettens leder dersom absolutt inhabilitet foreligger.

En dommer som ”finder” at han er inhabil etter § 108, ”bør” etter § 113 gi beskjed om dette til partene eller til rettens leder ”saa snart som mulig” hvis forholdet ikke antas å ”være almindelig kjendt”. Ordet ”bør” må leses som ”må”.<sup>115</sup> Dommeren plikter altså å melde fra hvis det foreligger inhabiliserende omstendigheter som bare han er oppmerksom på. Etter en naturlig forståelse av ordet ”finder”, oppstiller bestemmelsen en plikt bare der det er klart at det foreligger inhabilitet. Høyesterett har imidlertid fastslått at den ”klart (...) må gjelde i alle tilfeller der det med rimelighet kan reises innsigelser mot habiliteten”.<sup>116</sup>

På oppfordring fra rettens leder skal også lagrettemedlemmene i utgangspunktet vurdere sin egen habilitet, jf. § 115.

Partene kan etter § 111 begjære en dommer utelukket fra å delta i behandlingen av saken.

---

<sup>110</sup> Ot.prp. nr. 31 (1970-71) s. 16

<sup>111</sup> For eksempel HR-2009-1337-A (21) og Rt. 1998 s. 882 på s. 884

<sup>112</sup> Se blant annet HR-2016-2311-P (32) og Rt. 1991 s. 815

<sup>113</sup> Se blant annet HR-2016-2311-P (38), Rt. 2010 s. 321 (10) og Rt. 2008 s. 1451 (20)

<sup>114</sup> Se Borgarting lagmansrett (2016) s. 28 og Advokatforeningen (2016) s. 3

<sup>115</sup> Bøhn (2013). s. 473

<sup>116</sup> Rt. 2007 s. 1349 (14)

Andre ledd avskjærer imidlertid denne retten i forhold til § 108 for en part som har ”indlatt sig i forhandling for retten” når han har ”visst om de særegne omstendigheter”. Partene skal ikke kunne avvente eventuelle innsigelser til det blir klart hvilket utfall saken får.<sup>117</sup> I Rt. 2004 s. 1513 premiss 13 viste imidlertid Høyesterett til art. 6-1, og uttalte at ”kravet på habile dommere i en straffesak [er] en så sentral rettssikkerhetsgaranti at domstoloven § 111 annet ledd ikke kan forstås slik at den avskjærer en tiltalts adgang til å påberope inhabilitet hos en dommer som ankegrunn.” Uttalelsen ble fulgt opp i Rt. 2010 s. 469. Begrensningen i § 111 annet ledd kan dermed ikke uten videre legges til grunn i behandlingen av *straffesaker*; det må i disse tilfellene kreves noe mer enn at tiltalte kun har ”indlatt sig i forhandling”. Eldre praksis om § 111, må leses i lys av disse nyere avgjørelsene.<sup>118</sup> I uttrykket ”visste om”, ligger ifølge Bøhn at ”parten anser det mest sannsynlig at omstendigheten foreligger, og at han har hatt rimelig tid til å undersøke forholdet”.<sup>119</sup> § 111 annet ledd er for øvrig foreslått fjernet i forslaget til ny domstollov.<sup>120</sup> Dersom forslaget står seg i den nye loven, vil begrensningen i § 111 annet ledd forsvinne også i forhold til sivile saker.

En dommer kan også erklæres inhabil i en sak selv om verken dommeren selv konkluderer med dette, eller partene har reist innsigelser.<sup>121</sup>

En habilitetsavgjørelse skal treffes ved kjennelse, jf. § 118, noe som sikrer at avgjørelsen begrunnes.<sup>122</sup> Etter § 116 jf. § 15 skal den dommeren som habilitetsspørsmålet angår ikke selv være med på avgjørelsen, såfremt retten likevel er domfør.

Hvis en dommer erklæres inhabil, skal det etter § 121 oppnevnes en ny, habil dommer som er tilknyttet samme embete.<sup>123</sup> I blant kan det imidlertid bli behov for at det oppnevnes en settedommer. Tidligere var det fylkesmannen som oppnevnte settedommere for hver enkelt sak.<sup>124</sup> Denne ordningen var imidlertid ikke i tråd med det kravet som stilles til domstolenes uavhengighet.<sup>125</sup> I 2001 fikk vi derfor en ny § 55 e, som bestemmer at en dommer som allerede er fast utnevnt dommer ved en domstol kan ”konstitueres som dommer ved en sideordnet domstol for inntil to år” blant annet ved inhabilitet. Konstitusjonen av ”settedommere” er altså ikke lenger knyttet til en bestemt sak, men til en bestemt periode.

---

<sup>117</sup> Bøhn (2013) s. 467

<sup>118</sup> I.c.

<sup>119</sup> I.c.

<sup>120</sup> Justis- og beredskapsdepartementet (2014) s. 164

<sup>121</sup> HR-2001-1527-A

<sup>122</sup> Bøhn (2013) s. 498

<sup>123</sup> ibid. s. 200

<sup>124</sup> Ot.prp. nr. 44 (2000-2001) s. 191

<sup>125</sup> Bøhn (2013) s. 200



Bestemmelsens praktiske betydning er imidlertid noe begrenset, siden bruk av en slik konstitusjon fordrer at alle dommere ved samme embete er inhabile.<sup>126</sup>

Hvis det først etter at saken er avgjort viser seg at dommeren var inhabil, må avgjørelsen som regel oppheves fordi retten da ikke har vært ”lovlig besatt”<sup>127</sup> eller ”lovlig sammensatt”<sup>128</sup>, og saken vil sendes tilbake til ny behandling hos den samme instansen som fattet den opphevede avgjørelsen. Er avgjørelsen rettskraftig, kan denne i ytterste fall gjenåpnes dersom det senere viser seg at dommeren var inhabil.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> I.c.

<sup>127</sup> Jf. straffeprosessloven § 343 annet ledd nr. 3

<sup>128</sup> Jf. tvisteloven § 29-21 annet ledd b)

<sup>129</sup> Se straffeprosessloven § 390 og tvisteloven §§ 31-3 og 31-5 annet ledd

### 3 EMK artikkel 6 nr. 1

#### 3.1 Innledning

EMK art. 6-1 første punktum har i norsk oversettelse overskriften ”Retten til en rettferdig rettergang”, og har følgende ordlyd:

”For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg, har enhver rett til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov.”

EMKs autentiske konvensjonstekster er imidlertid på engelsk og fransk, og andre oversettelser er kun tolkninger av disse.<sup>130</sup> Den engelske versjonen av art. 6-1 har overskriften ”Right to a fair trial”, og første setning lyder slik:

”In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.”

Artikkelen oppstiller tre generelle, kumulative krav til domstolene: de må være uavhengige, upartiske og opprettet ved lov. I denne oppgaven er det kravet til *upartiskhet* som er av størst relevans. Noe forenklet kan man si at kravet til uavhengighet knytter seg til domstolen som sådan, mens kravet til upartiskhet knytter seg til domstolens medlemmer.<sup>131</sup> Begrepene ”uavhengig” og ”upartisk” (”independent” og ”impartial”) er imidlertid nært knyttet til hverandre, og EMD har i flere saker vurdert disse kravene under ett.<sup>132</sup> Jeg vil derfor redegjøre kort for kravet til uavhengighet, før jeg går inn i en grundigere redegjørelse av kravet til upartiskhet.

#### 3.2 Anvendelsesområde

Retten til en rettferdig rettergang etter art. 6-1 gjelder for ”enhver” som skal ”få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg”. Artikkelen har altså to alternative anvendelsesområder.

---

<sup>130</sup> Wien-konvensjonen artikkel 33

<sup>131</sup> Jebens (2004) s. 331

<sup>132</sup> Se blant annet *Kleyn and Others v. the Netherlands* (192), *McGonnell v. the United Kingdom* (50), *Sacilor Lormines v. France* (62), *Oleksandr Volkov v. Ukraine* (107) og *Ramos Nunes de Carvalho and Others v. Portugal* (74)

Nylig uttalte EMD i *Baka v. Hungary* (2016) premiss 100 at for at art. 6 skal gis anvendelse i sivile saker hvor "borgerlige rettigheter og plikter" ("civil rights and obligations") skal avgjøres, må klagen rette seg mot en tvist ("dispute") knyttet til en rettighet som – i det minste tilsynelatende – følger av nasjonal rett. Tvisten må være reell og av en viss betydning ("genuine and serious"), og gjelde både eksistensen, omfanget og utøvelsen av rettigheten.<sup>133</sup> Til slutt må resultatet av de rettslige forhandlingene være avgjørende for den rettigheten eller plikten som spørsmålet dreier seg om ("directly decisive for the right in question").

Uttrykket "straffesiktelse" ("criminal charge") omfatter de tilfellene der en eventuell domfellelse i tiltaltes disfavør medfører en straff.<sup>134</sup> EMD oppstilte i *Engel and Others v. the Netherlands* (1976) tre kriterier for å vurdere om det er tale om en "straffesiktelse", og i *Sergey Zolotukhin v. Russia* (2009) oppsummerte EMD "Engel-kriteriene" slik i premiss 53: "(...) the legal classification of the offence under national law, (...) the very nature of the offence and (...) the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring".

Kravene i art. 6-1 gjelder for den "domstol" ("tribunal") som skal avgjøre den borgerlige rettigheten eller plikten eller straffesiktelsen. Det er på det rene at uttrykket ikke bare omfatter de alminnelige domstolene, som for Norges del følger av § 1, men også andre uavhengige organer som har myndighet til å avsi en rettslig avgjørelse.<sup>135</sup> Siden oppgaven dreier seg om de kravene som stilles til domstolenes upartiskhet, går jeg imidlertid ikke nærmere inn på hvilke andre organer bestemmelsen gjelder for. Så vel som etter § 108, får art. 6-1 imidlertid også anvendelse overfor jurymedlemmer.<sup>136</sup>

Kravet til at domstolen må være "opprettet ved lov" ("established by law") knytter seg til både etableringen av domstolen, dommeroppnevningen, domstolsorganiseringen, og til domstolenes kompetanse til å prøve konkrete saker.<sup>137</sup>

### **3.3 Kravet til domstolenes uavhengighet**

Hovedformålet bak kravet til domstolenes uavhengighet, er å beskytte dommerne mot påvirkning fra de som berøres av avgjørelsen.<sup>138</sup> Som EMD selv har uttalt, skal domstolene

---

<sup>133</sup> Bertelsen (2011) s. 135

<sup>134</sup> *ibid.* s. 143

<sup>135</sup> *Se Van de Hurk v. the Netherlands* (45)

<sup>136</sup> *Se Kristiansen v. Norway* (47)

<sup>137</sup> *ibid.* s. 149

være "[independent] of the parties to the case and also of the executive"<sup>139</sup>. En dommer skal for eksempel ikke dømme i en sak der han føler at han står i gjeld til den ene parten, eller i en sak der staten er part, og dommeren frykter for jobben sin dersom han dømmer i disfavør av staten.

For Norges del følger uavhengighetskravet som nevnt blant annet av Grl. § 22 annet ledd, Grl. § 95 og dl. § 55. Det avgjørende er imidlertid ikke at uavhengigheten er lovfestet, men at domstolene *reelt* sett er uavhengige.<sup>140</sup>

EMD har ved flere anledninger<sup>141</sup> drøftet de sentrale momentene i uavhengighetsvurderingen, og i *Kleyn and Others v. the Netherlands* (2003) premiss 190, uttalte domstolen at det er fire momenter som er av særlig viktighet: "the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of safeguards against outside pressures and the question whether it presents an appearance of independence."

At måten dommere utnevnes på ("the manner of appointment") kan skape berettiget tvil om en domstols uavhengighet, er saken *Findlay v. the United Kingdom* (1997) et eksempel på. Klagen rettet seg mot en militær særdomstol hvor klageren hadde blitt straffedømt. Han anførte for EMD at domstolen manglet uavhengighet, fordi offiseren som hadde ansvaret for påtalen også hadde deltatt i behandlingen av saken. Offiseren hadde oppnevnt både aktor og forsvarer i saken, samt utnevnt de dommerne som skulle pådømme saken. Samtlige dommere stod i et underordningsforhold til offiseren, og mange av dem var direkte underlagt hans kommando. I tillegg hadde offiseren en viss myndighet til å oppløse særdomstolen både før og under sakens behandling. På grunnlag av disse omstendighetene, fant EMD at klagerens tvil til domstolens uavhengighet "could be objectively justified".<sup>142</sup>

EMD har så langt ikke konkludert med manglende uavhengighet kun på grunnlag av kort funksjonstid ("term of office").<sup>143</sup> Utnevnelsens varighet er imidlertid et moment som har bidratt til å underbygge utfallet i saker. Blant annet uttalte EMD i *Le Compte, van Leuven and de Meyere v. Belgium* (1981) premiss 57 at seks års tjenestetid for medlemmer av tilsynsrådet for leger ga "a further guarantee" for at rådet var uavhengig. Momentet synes imidlertid ikke å ha stor vekt i EMDs avgjørelser.<sup>144</sup> I *Campbell and Fell v. the United Kingdom* (1984) ble

---

<sup>138</sup> *ibid.* s. 150

<sup>139</sup> *T v. the United Kingdom* (113)

<sup>140</sup> Hov (2010) s. 103 og NOU 1999:19 punkt 4.2.2

<sup>141</sup> Se blant annet *Langborger v. Sweden* (32)

<sup>142</sup> *Findlay v. the United Kingdom* (75) og (76)

<sup>143</sup> Bertelsen (2011) s. 152. Jeg har heller ikke funnet noen eksempler på dette siden.

<sup>144</sup> Bertelsen (2011) s. 152

det anført at medlemmene i et disiplinærutvalg manglet uavhengighet, blant annet på grunn av kort utnevnesperiode. At valgperioden på tre år ble ansett for å være ”relatively short”, fikk likevel ikke avgjørende betydning, og EMD fant ikke at disiplinærutvalget manglet uavhengighet, se premiss 80 – 83.

Det tredje momentet som EMD viste til i Kleyn-saken er domstolens garantier mot ytre press (”the existence of safeguards against outside pressures”). I Campbell-saken ble det også anført at disiplinærutvalget manglet uavhengighet fordi det ikke hadde regler om fjerning av medlemmene. EMD uttalte i premiss 80 at ”[i]t is true that the irremovability of judges by the executive during their term of office must in general be considered as a corollary of their independence”, men at manglende formell anerkjennelse av dette i loven ikke nødvendigvis innebar et brudd på uavhengighetskravet. Det avgjørende måtte ifølge EMD være om andre nødvendige garantier (”necessary guarantees”) var til stede. Også de tilfellene der en dommer står i et underordningsforhold til en som har interesse i saken, kan gi berettiget tvil om dommeren er tilstrekkelig uavhengig. Dette var blant annet ett av momentene i Findlay-saken. At domstolens ytre fremtreden (”appearance of independence”) er et viktig moment, viser seg blant annet ved at EMD har konkludert med brudd på art. 6-1 til tross for at de innsigelsene som har blitt anført ikke alene har hatt stor vekt.<sup>145</sup> Samlet sett har de imidlertid i noen tilfeller hatt en slik virkning at domstolens tillitt utad har blitt svekket.<sup>146</sup>

### 3.4 Kravet til domstolenes upartiskhet

#### 3.4.1 Innledning

Upartiskhetskravet i art. 6-1 skiller seg fra uavhengighetskravet ved at det knytter seg til dommeres *personlige* synspunkter på og innstilling til de sakene som skal avgjøres.<sup>147</sup> En dommer er normalt upartisk i en sak der han verken har fordommer (”prejudice”) eller forutinntatthet (”bias”).<sup>148</sup> Man kan tenke seg en vektskål der sakens parter har hver sin skål. Ideelt sett skal skålene veie nøyaktig det samme når en dommer får tildelt en sak. Hvis dommeren derimot ved en tidligere anledning på et eller annet vis har gjort seg opp en mening om en av partene, kan dette føre til at denne partens vektskål veier tyngre enn den andre allerede før det som er *rettslig relevant* er fremlagt og gjennomgått.

Om upartiskhetsvurderingen uttalte EMD i Findlay v. the United Kingdom (1997) premiss 73:

---

<sup>145</sup> *ibid.* s. 154

<sup>146</sup> Se blant annet *Belilos v. Switzerland*

<sup>147</sup> Bertelsen (2011) s. 154

<sup>148</sup> Council of Europe (2014) s. 17 og Council of Europe (2013) s. 29

”As to the question of ”impartiality”, there are two aspects to this requirement. First, the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias. Secondly, it must also be impartial from an objective viewpoint, that is, it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect (...). The concepts of independence and objective impartiality are closely linked (...).”

Vurderingen er altså todelt; den har en subjektiv og en objektiv side, og begge krav må være oppfylt.<sup>149</sup> Det vil si at dommeren både må *være* uten personlige fordommer eller forutinntatthet, og *fremstå* upartisk fra utsiden. Viktigheten av den objektive upartiskheten begrunnes blant annet med at allmennhetens tillit til domstolene er en del av de krav som stilles til et demokratisk samfunn.<sup>150</sup> Manglende upartiskhet kan oppstå på grunn av både dommerens *funksjon* og *personlige* forhold.<sup>151</sup>

Jeg vil i det videre redegjøre for den subjektive og den objektive upartiskheten hver for seg.

### 3.4.2 Subjektiv upartiskhet

Vurderingen av om en dommer er subjektivt upartisk knytter seg til dommerens *personlige forhold*.<sup>152</sup> Om den subjektive upartiskheten uttalte EMD følgende i *Morice v. France* (2015) premiss 74:

”As to the subjective test, the principle that a tribunal must be presumed to be free of personal prejudice or partiality, is long-established in the case-law of the Court (...). The personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary (...). As regards the type of proof required, the Court has, for example, sought to ascertain whether a judge has displayed hostility or ill will for personal reasons (...).”

For at EMD skal ta en innsigelse om at en dommer er upartisk på subjektivt grunnlag til følge, har det altså dannet seg et vilkår om at det må kunne *bevises* at dommeren har vært forutinntatt.<sup>153</sup> Dette innebærer at det må være mer sannsynlig enn ikke at dommeren i forkant av saken har en slik relasjon til en av de involverte at det taler i disfavør av en part.

---

<sup>149</sup> Se også blant annet *Kleyn and Others v. the Netherlands* (191)

<sup>150</sup> Se blant annet *Vardanyan and Nanushyan v. Armenia* (74) *Beausoleil v. France* (38), *Karelin v. Russia* (52), *Kristiansen v. Norway* (51)

<sup>151</sup> Council of Europe (2014) s. 18 og Council of Europe (2013) s. 30-31

<sup>152</sup> *Kjølbrot* (2010) s. 415

<sup>153</sup> Se også blant annet *Micallef v. Malta* (94)

Relasjonen kan være av både negativ og positiv art. En negativ forutinntatthet av en part kan tale i disfavør av denne, mens en positiv forutinntatthet av en part kan tale i disfavør av den andre. I uttalelsen fra EMD fremgår det at det særlig skal legges vekt på om dommeren har utvist fiendtlighet ("hostility") mot partene eller hatt onde hensikter ("ill will") i saken. Et annet moment som har blitt vektlagt er om tildelingen av saken til dommeren har blitt arrangert eller påvirket på en utilbørlig måte.<sup>154</sup>

En dommer skal imidlertid alltid *presumeres* å være subjektivt upartisk,<sup>155</sup> noe som betyr at subjektiv upartiskhet skal forutsettes å foreligge til det motsatte er bevist.<sup>156</sup> Det relativt strenge beviskravet er antageligvis grunnen til at det finnes få eksempler fra EMD hvor en dommer har blitt erklært inhabil på et rent subjektivt grunnlag; så langt er trolig Kyprianou v. Cyprus (2005) den eneste saken der EMD har funnet en dommer subjektivt upartisk.<sup>157</sup>

Klageren i den nevnte saken, Kyprianou, hadde praktisert som advokat i over førti år. I forbindelse med en rettssak hvor klageren var forsvarer, mente han at domstolen hadde avbrutt ham da han krysseksaminerte et vitne. De kypriotiske myndighetene mente på sin side at domstolen bare hadde stilt spørsmålstegn til måten klageren hadde gjennomført forhøret på. Kyprianou nektet likevel å fortsette. Den nasjonale domstolen dømte ham til fem dagers fengsel og en bot fordi han hadde utvist forakt overfor retten, noe som var forbudt etter den kypriotiske lovgivningen.

EMD fant at den nasjonale domstolen ikke hadde vært subjektivt upartisk, fordi dommerne hadde vedkjent seg at de hadde blitt personlig fornærmet av klageren, noe som indikerte "personal involvement on their part", jf. premiss 130. Videre påpekte EMD at dommernes språkbruk tilsa at de var blitt provosert over klagerens oppførsel, samt at det fremkom av avgjørelsen at dommerne mente at fem dagers fengsel var den eneste adekvate reaksjonen etter at domsmyndighetene var blitt nedverdiget. Til sist viste EMD til at dommerne allerede tidlig i diskusjonen med klageren hadde gitt uttrykk for at klageren var skyldig i det straffbare forholdet. Basert på disse omstendigheter, konkluderte EMD i premiss 131 og 132 med at dommerne ikke hadde lyktes i å "detaching themselves sufficiently from the situation", noe som samlet sett tilsa at den nasjonale domstolen manglet subjektiv upartiskhet.

---

<sup>154</sup> Se blant annet De Cubber v. Belgium (25)

<sup>155</sup> Se blant annet Kyprianou v. Cyprus (119) og Hauschildt v. Denmark (47)

<sup>156</sup> Jebens (2004) s. 335. Se også blant annet Kristiansen v. Norway (48)

<sup>157</sup> Mowbray (2012) s. 443, Bertelsen (2011) s. 155, se også Kyprianou v. Cyprus (119) og Morice v. France (75)

EMD har ved flere andre anledninger drøftet om en dommer mangler subjektiv upartiskhet,<sup>158</sup> og i *Buscemi v. Italy* (1999) premiss 68 uttalte EMD at "the President of the court publicly used expressions which implied that he had already formed an unfavourable view of the applicant's case before presiding over the court that had to decide it".<sup>159</sup> Til tross for at dette skulle tale for at dommeren manglet upartiskhet på *subjektivt* grunnlag, fant EMD her at uttalelsene "were such as to objectively justify the applicant's fears as to his impartiality". Dette gir anvisning på at det skal mindre til for å konkludere med manglende *objektiv* upartiskhet.

### 3.4.3 Objektiv upartiskhet

Når den objektive siden av upartiskheten prøves, er spørsmålet for EMD om det foreligger konstaterbare fakta ("ascertainable facts") som kan så tvil om dommerens upartiskhet.<sup>160</sup> Vurderingen er altså ikke bare knyttet til dommerens oppførsel ("the judge's conduct"), slik som den er i den subjektive vurderingen.<sup>161</sup> Også beviskravet er ulikt i den subjektive og den objektive vurderingen: For å konstatere objektiv upartiskhet, er det ikke avgjørende om dommeren verken er eller anser seg upartisk, men om han for den tiltalte og for allmennheten *fremstår* som upartisk.<sup>162</sup> Som EMD ofte selv uttaler: "justice must not only be done, it must also be seen to be done".<sup>163</sup>

Flere momenter må vurderes når det gjelder spørsmål om objektiv upartiskhet. Blant annet er dommerens opptreden under rettssaken av betydning. Også "the standpoint of the person concerned" er et viktig moment, men som etter § 108 (2) er dette ikke avgjørende.<sup>164</sup> Det som er avgjørende for EMD er "whether this fear can be held to be objectively justified".<sup>165</sup> Spørsmålet er altså om frykten for at dommeren mangler upartiskhet er berettiget ut fra et objektivt ståsted.<sup>166</sup>

---

<sup>158</sup> Se blant annet *Mitrov v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia* (50)

<sup>159</sup> Mer om denne avgjørelsen under punkt 3.4.4.2

<sup>160</sup> Se blant annet *Kristiansen v. Norway* (49)

<sup>161</sup> *I.c.*

<sup>162</sup> *Jebens* (2004) s. 335

<sup>163</sup> Se blant annet *Kristiansen v. Norway* (51), *Ramos Nunes de Carvalho and Others v. Portugal* (73) og *Morice v. France* (78)

<sup>164</sup> *Vardanyan and Nanushyan v. Armenia* (76). Se også blant annet *Micallef v. Malta* (96), *Karlein v. Russia* (51), *Wettstein v. Switzerland* (44), *Ferrantelli and Santangelo v. Italy* (58) og *Hauschildt v. Denmark* (48)

<sup>165</sup> *Kristiansen v. Norway* (49)

<sup>166</sup> Se også blant annet *Micallef v. Malta* (96), *Morice v. France* (76), *Kyprianou v. Cyprus* (118) og *Castillo Algar v. Spain* (45)



I *Kristiansen v. Norway* (2015) premiss 50 uttalte EMD følgende om den objektive vurderingen:

”The objective test mostly concerns hierarchical or other links between the judge and other protagonists in the proceedings (...). It must therefore be decided in each individual case whether the relationship in question is of such a nature and degree as to indicate a lack of impartiality on the part of the tribunal (...).”

Uttalelsen gir anvisning på at den objektive upartiskheten må vurderes konkret for hvert enkelt tilfelle. Vurderingen har to trinn. For det første må forholdet mellom dommeren og den andre personen være av en viss karakter og styrke.<sup>167</sup> Dessuten må den andre personen ha en viss interesse av sakens utfall, som dommeren tilsynelatende ønsker å støtte opp under eller motvirke.<sup>168</sup>

#### 3.4.4 Eksempler på forhold som kan medføre krenkelse av kravet til upartiskhet

##### 3.4.4.1 *Innledning*

I likhet med habilitetskravet i § 108, har kravene som følger av art. 6-1 blitt utviklet gjennom en lang og omfattende praksis. Listen over saker der EMD har konkludert med at en stat har brutt kravet til objektiv upartiskhet er, i motsetning til for subjektiv upartiskhet, lang. Jeg vil i det følgende gjennomgå noen av disse avgjørelsene, og forsøke å belyse hvilke momenter EMD har vektlagt i upartiskhetsvurderingen. Underpunktene i dette delkapittelet er gruppert etter hva slags typetilfelle upartiskhetsvurderingen knytter seg til.

##### 3.4.4.2 *Dommerens opptreden utad*

De tilfellene der det foreligger brudd på art. 6-1 på grunn av dommerens opptreden utad, befinner seg gjerne på grensen mellom subjektiv og objektiv upartiskhet. Dette var tilfellet i den nevnte *Buscemi*-saken, hvor spørsmålet var om den nasjonale ungdomsdomstolen manglet upartiskhet. Klageren mente at rettsforhandlingene aldri skulle ha vært ledet av domstolspresidenten, fordi de to hadde hatt en diskusjon i media. EMD konkluderte med at kravet til upartiskhet ikke var overholdt, fordi domstolspresidenten hadde uttalt seg på en måte som kunne forstås som at han på forhånd hadde dannet seg et ufordelaktig syn av klageren. EMD oppfordret de nasjonale domsmyndigheter til å utvise tilbakeholdenhet når

---

<sup>167</sup> *Micallef v. Malta* (92)

<sup>168</sup> Bertelsen (2011) s. 156

det gjaldt å uttale seg i media, "even when provoked".<sup>169</sup> Som nevnt, ga EMD i sin argumentasjon uttrykk for at det forelå subjektiv partiskhet. Avgjørelsen ble likevel begrunnet med at det *objektivt* sett var grunn til å frykte at kravet til upartiskhet ikke var oppfylt.<sup>170</sup>

En annet eksempel er *Remli v. France* (1996). Klageren var av algerisk opprinnelse. Klagerens forsvarer hadde bedt den nasjonale ankedomstolen undersøke om ett av jurymedlemmene etter hovedforhandlingen hadde kommet med rasistiske uttalelser. Ankedomstolen nektet å ta anmodningen til følge, og saken ble klaget inn for EMD. EMD uttalte i premiss 48 at de nasjonale domstolene var pålagt "to check whether (...) it is "an impartial tribunal" (...) where (...) this is disputed on a ground that does not immediately appear to be manifestly devoid of merit". På grunn av ankedomstolens manglende vilje til å undersøke forholdet nærmere, fant EMD at klagerens tvil om at domstolen manglet upartiskhet ikke var ubegrunnet.

Året etter havnet en lignende sak, *Gregory v. the United Kingdom* (1997), for EMD etter at et jurymedlem i en britisk domstol tilsynelatende hadde utvist rasistiske undertoner ("showing racial overtones"), jf. premiss 9. Klageren var en mørkhudet britisk statsborger. EMD uttalte i premiss 48 at det i slike tilfeller kunne være nødvendig å fjerne hele juryen, men at en rettferdig rettergang også kunne sikres for eksempel ved en "carefully worded redirection to the jury". Til forskjell fra *Remli*-saken, hadde dommeren her tatt "sufficient steps to check that the court was established as an impartial tribunal", og dermed "offered sufficient guarantees to dispel any doubts in this regard", jf. premiss 49. Det forelå derfor ingen krenkelse av art. 6-1.

De to sistnevnte sakene viser at hvorvidt en domstol må anses upartisk på grunn av et domstolsmedlems opptreden utad og overfor rettens øvrige medlemmer, må vurderes konkret. Utgangspunktet må etter *Remli*-saken være at en dersom et jurymedlem har gitt uttrykk for å mangle upartiskhet, for eksempel på grunn av rasistiske holdninger, tilsier dette krenkelse av art. 6-1. Som vi så eksempel på i *Gregory*-saken, kan dette imidlertid avhjelpes ved at domstolen utfører tiltak som garanterer for domstolens upartiskhet.

Gode grunner taler for at utfallet i *Gregory*-saken ville ha blitt annerledes dersom det hadde vært *dommeren* som hadde kommet med rasistiske uttalelser, fordi dette ikke kunne ha blitt avhjulpet på samme måte. Hvis en slik omstendighet kan bevises, vil domstolen mangle

---

<sup>169</sup> *Buscemi v. Italy* (67)

<sup>170</sup> *ibid.* (69)

*subjektiv* upartiskhet. Trolig vil en slik omstendighet i alle tilfelle føre til at klagerens frykt for manglende upartiskhet medføre en krenkelse av art. 6-1 på *objektivt* grunnlag.

#### 3.4.4.3 *Personlige relasjoner til involverte i saken*

Der dommeren har hatt en eller annen personlig relasjon til en av sakens involverte, har EMD ved flere anledninger funnet at domstolen har manglet upartiskhet, slik som i *Micallef v. Malta* (2009). Klageren reiste inhabilitetsinnsigelse mot en av de tre dommerne som skulle dømme i saken, fordi dommeren både var onkel til motpartens advokat, og broren til advokaten som hadde representert motparten i førsteinstansen. Både dommerens bror og – i særlig grad – nevø hadde dermed en viss interesse i at klageren ikke fikk medhold. Med en dissens på 11 – 6 konkluderte EMD med at innsigelsen var berettiget ut fra en objektiv vurdering på grunn av de nære familiære forholdene. Det ble også påpekt at Malta var et lite land, og at de nasjonale myndighetene i ettertid hadde anerkjent at det var et reelt problem ved at den nasjonale lovgivningen var blitt endret slik at søskenforhold skulle begrunne inhabilitet.

Et annet tilfelle der personlige relasjoner mellom en dommer og en av sakens involverte resulterte i krenkelse av art. 6-1, finner vi i *Tocono and Profesorii Prometeiști v. Moldova* (2007), se premiss 28 – 33. Klagerne hadde vært med på å grunnlegge en skole som sønnen til en av dommerne i Moldovas Høyesterett hadde gått på. Tre år før saken skulle opp for Moldovas Høyesterett, hadde dommerens sønn blitt utvist fra skolen, og dommeren hadde i den forbindelse truet skolen med hevn. EMD konkluderte med at sakens omstendigheter ga klagerne et objektivt grunnlag for å tvile på dommerens upartiskhet.

Som nevnt tidligere har også Norge blitt klaget inn for EMD på grunn av manglende upartiskhet hos et lagrettemedlem. Klageren i *Kristiansen v. Norway* (2015) ble dømt av lagmannsretten blant annet for et voldtektsforsøk, og da anken til Høyesterett om inhabilitet hos det ene lagrettemedlemmet etter § 108 førte ikke frem, ble saken klaget inn for EMD.<sup>171</sup>

Heller ikke EMD fant at kontakten mellom jurymedlemmet og den fornærmede *isolert sett* var tilstrekkelig til å tvile på lagrettemedlemmets upartiskhet. Lagrettemedlemmet hadde imidlertid uttrykt at hun allerede før behandlingen av saken hadde dannet seg et bilde av den fornærmede som en stille og rolig person. Ifølge EMD kunne dette ikke forstås som ”merely a superficial impression”, og selv om uttalelsen var noe uklar var den ”clearly (...) not

---

<sup>171</sup> LB-2008-160145 og HR-2009-1337-A. Se om disse under punkt 2.4.3

negative”.<sup>172</sup> Uttalelsene kunne derfor tas til inntekt for at jurymedlemmets forutinntatte syn på fornærmede hadde ”positive connotations”, noe som kunne påvirke juryen i disfavør av klageren. Videre fant EMD det uheldig at uttalelsen kom på et tidspunkt hvor den kunne oppfattes som en kommentar til fornærmedes og klagerens forklaringer, fordi forklaringene dannet grunnlaget for skyldvurderingen. På denne bakgrunn konkluderte EMD med at klagerens frykt for at lagrettemedlemmet hadde forutinntatte tanker som kunne påvirke skyldspørsmålet, var legitim. EMD viste dessuten til at inhabilitetsinnsigelser var blitt reist av tiltaltes forsvarer og ble støttet av fornærmedes bistandsadvokat. Enda et moment som talte for upartiskhet, var at lagmannsrettens formann ikke hadde instruert juryen i å se bort ifra det som ikke var blitt fremlagt i retten; det var altså ikke gjort noe forsøk på å ”redirect the jury”. Etter en samlet vurdering av alle de ovennevnte momentene, konkluderte EMD med at Norge hadde krenket art. 6-1.<sup>173</sup> Dersom formannen, som i Gregory-avgjørelsen, hadde instruert lagretten om at de kun skulle legge vekt på det som var fremkommet i retten, ville dette altså kunne ha avhjulpet domstolens manglende upartiskhet.

#### *3.4.4.4 Profesjonelle relasjoner og kollegiale forhold*

Også profesjonelle relasjoner mellom en dommer og en av sakens involverte kan tilsi at domstolen mangler upartiskhet. Et eksempel på dette er der dommeren tilsynelatende har en egeninteresse i sakens utfall. I saken *Pescador Valero v. Spain* (2003), hadde klageren mistet jobben sin ved et universitet. Klagerens søksmål mot universitetet ble avvist som ubegrunnet av den nasjonale domstolen. Overfor EMD anførte klageren at Spania hadde krenket hans rett til en rettferdig rettergang, fordi en av dommerne som hadde avgjort saken var ansatt som førsteamanuensis ved universitetet. EMD fant klagerens innsigelser berettiget, under henvisning til at dommeren hadde hatt regelmessige og nære profesjonelle relasjoner til universitetet i flere år, og at han i den forbindelse mottok en godtgjørelse av ikke-ubetydelig størrelse.<sup>174</sup>

Profesjonelle relasjoner av kollegial art kan også tilsi at domstolen mangler upartiskhet, slik som i *Mitrov v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia* (2016). Klageren var dømt for å ha drept datteren til en dommer i en trafikkulykke, etter å ha kjørt for fort og i alkoholpåvirket tilstand. Dommeren, som hadde status som fornærmet i saken, hadde vært ansatt som både dommer og straffeavdelingsleder i den retten som dømte klageren. Klageren reiste derfor innsigelser om upartiskheten til alle de fire dommerne som hadde deltatt i straffesaken mot ham. EMD presiserte at en dommer skal presumeres å være subjektivt upartisk, og at det ikke

---

<sup>172</sup> *Kristiansen v. Norway* (53) og (57)

<sup>173</sup> *ibid.* (52) – (61)

<sup>174</sup> *Pescador Valero v. Spain* (27) – (29)

forelå noen bevis som tilsa at dommerne hadde vært upartiske av personlige grunner. Derimot konkluderte EMD med manglende objektiv upartiskhet, fordi det ikke kunne utelukkes at de kollegiale relasjonene mellom den fornærmede dommeren og de øvrige dommerne dannet grunnlag for at det eksisterte også personlige forbindelser. EMD pekte i særlig grad på forholdet mellom den fornærmede og den dommeren som var leder for rettssakens dømmende panel. De hadde jobbet sammen i over to år, men det forelå ikke opplysninger som tilsa at forholdet deres hadde vært spesielt nært, eller hadde gått utover det å være kolleger. Sakens omstendigheter, samt det forhold at det erstatningskravet den fornærmede hadde mot klagerens forsikringsselskap senere ble avgjort i favør av den fornærmede av det samme dommerpanelet, var imidlertid tilstrekkelig til at klagerens frykt om manglende upartiskhet ble ansett for å være saklig begrunnet, se premiss 48 - 56.

#### *3.4.4.5 Dommerens virksomhet*

Som i norsk rett, vil det at en dommer på et tidligere tidspunkt har hatt befatning med saken – enten som dommer i en lavere instans, eller i egenskap av noe annet enn som dommer – også for EMD kunne tilsi at dommeren ikke burde delta i avgjørelsen av saken på grunn av manglende upartiskhet.

De klareste tilfellene hvor EMD har konstatert brudd på art. 6-1, er der hvor dommeren tidligere har deltatt under hovedforhandlingen av saken, for eksempel der dommeren i ankeinstansen også har deltatt i hovedforhandlingen i førsteinstansen. Dommeren må i et slikt tilfelle anses for å ha tatt stilling til tvistens spørsmål på en måte som gjør at han ikke kan garantere for sin upartiskhet i ankesaken.<sup>175</sup>

De Haan v. the Netherlands (1997) er et eksempel på det ovennevnte. Klageren var sykemeldt fra jobben sin i et renseri på grunn av fysiske plager som hun hevdet at kom fra de kjemiske midlene som ble benyttet i renseriet. Hun mottok sykepenger fra en forening for kjemisk industri. Etter en tid ble imidlertid utbetalingene stoppet, og foreningen krevde tilbakebetalt det klageren hadde mottatt. Hun opprettet en klagesak mot foreningen, og ble i den forbindelse undersøkt av en lege. På grunnlag av legeundersøkelsen avviste domstolsformannen saken. Klagerens protest på avvisningen ble ikke tatt til følge, og hun klaget da avgjørelsen inn for EMD fordi den samme dommeren som hadde vært formann i den første behandlingen også var formann når protesten ble behandlet. EMD kom til at det forelå et brudd på art. 6-1, fordi dommeren ”presided over a tribunal called upon to decide on an objection against a decision for which he himself was responsible”, se premiss 51 og 55.

---

<sup>175</sup> Bertelsen (2011) s. 158

Siden dommeren skulle vurdere en avgjørelse som han selv hadde vært ansvarlig for, kunne han ikke garantere for sin upartiskhet.

At en dommer ikke tidligere kan ha deltatt under hovedforhandlingen, gir ifølge EMD ikke grunn til å oppstille en generell regel om at saken må sendes tilbake til en *annen*, sideordnet domstol hvis en avgjørelse blir opphevet av en overordnet domstol.<sup>176</sup> Selv om det kanskje vil være noe uheldig, kan det derfor ikke utelukkes at en dommer får samme sak til behandling to ganger.<sup>177</sup>

I Hauschildt v. Denmark (1989) premiss 50 uttalte EMD at det heller ikke kan oppstilles som en generell regel at en dommer som har deltatt i prosessuelle beslutninger i en straffesak, ikke kan delta i avgjørelsen av sakens hovedspørsmål. Isolert sett gir den omstendighet at en dommer har avsagt en fengslingskjennelse på grunnlag av *ordinær* mistanke mot tiltalte, ikke grunn til å konstatere upartiskhet hos dommeren når hovedspørsmålet skal avgjøres; det må foreligge andre omstendigheter.<sup>178</sup>

I Hauschildt-saken fant EMD at domstolen manglet upartiskhet, fordi dommeren hadde vært med på å fatte flere avgjørelser mot klageren om fortsatt varetektsfengsling. For å beslutte varetektsfengsling etter dansk rett, krever retsplejeloven § 762 (2) at dommeren finner at det foreligger en ”særlig bestyrket mistanke” for at klageren har begått lovbruddet. I dette ligger at dommeren har funnet at det er en svært høy grad av klarhet med hensyn til skyldspørsmålet allerede når fortsatt varetektsfengsling blir besluttet i klagerens disfavør.<sup>179</sup> Hvis fengslingskjennelsen avsies basert på *kvalifisert* mistanke, vil dette altså kunne lede til manglende upartiskhet. Siden vurderingene knyttet til fortsatt varetektsfengsling og det egentlige skyldspørsmålet ikke var særlig ulike, fant EMD at klageren hadde en legitim grunn til å tvile på dommerens objektive upartiskhet.

Som nevnt under punkt 2.4.4.5, fikk Hauschildt-saken stor betydning for den norske rettstilstanden, og praksis på området ble skjerpet. Likevel ble Norge i 2007 dømt for krenkelse av art. 6-1 i Ekeberg and Others v. Norway. En av de tre lagdommerne som deltok i avgjørelsen av hovedspørsmålet, hadde tidligere også deltatt i en fengslingskjennelse etter straffeprosessloven § 172 mot en av de fem tiltalte. EMD viste i premiss 34 til at utgangspunktet etter Hauschildt-saken var at det måtte foreligge *spesielle* omstendigheter (”special circumstances”) for at en dommer som hadde deltatt i prosessledende avgjørelser

---

<sup>176</sup> Se Ringeisen v. Austria (97) og Diennet v. France (38)

<sup>177</sup> Bertelsen (2011) s. 159

<sup>178</sup> Jebens (2004) s. 345

<sup>179</sup> Justisdepartementets lovavdeling (G-140/1989) (4)

skulle erklæres inhabil. Etter norsk praksis er det normalt tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret om ”særlig styrket mistanke” at den tiltalte allerede er dømt i førsteinstans. Høyesterett skal imidlertid også selv vurdere dette. EMD uttalte at det derfor ”must be assumed that the High Court carried out an assessment of its own as to whether there was a qualified suspicion with respect to the fourth applicant”, og at *den ene* av de tiltalte derfor ”had a legitimate reason to suspect that Judge G. might have had preconceived ideas as to his innocence or guilt”, se premiss 38 og 40.

EMD fant derimot ikke at lagretten var inhabil fordi det ene lagrettemedlemmet hadde blitt avhørt av politiet i forkant av hovedforhandlingen, jf. avgjørelsens premiss 45 – 49. Det ble blant annet vektlagt at lagrettemedlemmet ble utelukket fra å delta i avgjørelsen på et forholdsvis tidlig stadium av saken, at avhøret av lagrettemedlemmet ikke var blitt ansett som spesielt viktig, og at rettens formann hadde påminnet de øvrige lagrettemedlemmene viktigheten av at de var upartiske da lagrettemedlemmet ble erklært inhabil. Manglende upartiskhet hos lagretten ble altså avhjulpet slik som i Gregory-avgjørelsen.

I *Bulut v. Austria* (1996), viste EMD til *Hauschildt*-saken, og presiserte igjen at en dommers befatning med saken tidligere i prosessen ikke uten videre medførte krenkelse av upartiskhetskravet etter art. 6-1. Dommeren i *Bulut*-saken hadde ikke tatt noen prosessuelle beslutninger, men bare avhørt to av sakens vitner. Fordi han ikke under avhørene hadde måttet ta stilling til om klageren var involvert i det påtalte forhold eller ei, fant EMD ingen legitime objektive grunner for å betvile dommerens upartiskhet. På grunn av manglende innsigelse, hadde klageren imidlertid i alle tilfelle mistet sin rett til å gjøre gjeldende for EMD.<sup>180</sup>

Til nå har vi sett at der dommeren tidligere har hatt å gjøre med saken som *dommer* kan føre til manglende upartiskhet. Dette kan også bli konsekvensen der dommeren har hatt befatning med saken i egenskap som noe annet enn dommer. Et eksempel som flere ganger har vært oppe til avgjørelse både i EMD og i norsk rett, er den situasjonen der en dommer i en straffesak var ansatt i påtalemyndigheten mens saken var under etterforsking. EMD la i *Piersack v. Belgium* (1982) premiss 30 til grunn at det ikke kan oppstilles et generelt utgangspunkt om at en dommer som tidligere har vært ansatt i den delen av påtalemyndigheten som har etterforsket saken, men ikke selv har måttet forholde seg til den, ikke senere kan delta i pådømmelsen. En dommers tidligere virke i påtalemyndigheten gir altså isolert sett ikke grunn til å frykte for dommerens upartiskhet.<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> Se nærmere om dette i punkt 3.4.5

<sup>181</sup> Jebens (2004) s. 341

I Piersack-avgjørelsen fant imidlertid EMD at den nasjonale domstolen manglet objektiv upartiskhet, nettopp fordi dommeren tidligere hadde vært avdelingsleder for den delen av påtalemyndigheten som hadde tatt ut påtale. Dommeren hadde i egenskap av sin tidligere stilling hatt vidtgående myndighet til å fatte en avgjørelse i klagerens disfavør. Siden det ikke kunne bevises at dommeren ikke hadde hatt personlig befatning med saken under sitt arbeide for påtalemyndigheten, var "the impartiality of the "tribunal" (...) capable of appearing open to doubt", jf. premiss 31. Avgjørelsen må trolig forstås slik at en dommer ikke er objektivt upartisk til å delta i pådømmelsen av en sak når dommeren tidligere har vært ansatt i den delen av påtalemyndigheten hvor saken har blitt forberedt – også når dommeren ikke selv har hatt befatning med saken.<sup>182</sup>

#### 3.4.4.6 Interesserepresentasjon

I de eksemplene fra EMDs praksis som jeg har gjennomgått til nå, har upartiskhet vært begrunnet i en relasjon mellom dommeren og en *fysisk person*. Det finnes imidlertid også eksempler fra EMD på at det har blitt reist spørsmål om en dommer er upartisk til å delta i avgjørelsen av en sak der en *organisasjon* er part, fordi dommeren selv er medlem i organisasjonen. Særlig har dette blitt satt på spissen i særdomstoler, hvor dommerne i noen tilfeller utnevnes av en interesseorganisasjon.<sup>183</sup> Spørsmålet blir her om dommeren må anses å representere organisasjonens interesser.

De sakene som har vært oppe til drøftelse hos EMD gir anvisning på at terskelen for å konstatere upartiskhet ligger høyere i disse tilfellene enn der spørsmål om dommerens upartiskhet knytter seg til relasjoner til andre mennesker. Stort sett har EMD godtatt interesserepresentasjon blant dommerne.<sup>184</sup>

Saken *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium* (1981) er et eksempel. De tre klagerne var leger som alle hadde fått sine legebevillinger midlertidig inndratt av den belgiske legeforeningen. Klagerne anførte at ankeutvalget for disiplinærsaker i den belgiske legeforeningen var sammensatt på en måte som objektivt sett kunne så tvil om utvalgets upartiskhet, fordi ti av de tyve ankeutvalgsmedlemmene også var medlemmer av legeforeningen. Klagerne hadde også uttalt seg kritisk om legeforeningen i media. Til tross for dette fant EMD at de foreliggende omstendigheter ikke medførte at domstolen var partisk,

---

<sup>182</sup> l.c.

<sup>183</sup> Bertelsen (2011) s. 161

<sup>184</sup> Jebens (2004) s. 340



fordi rettens formann, som hadde en ekstra stemme, alltid var en av representantene fra rettsvesenet og ikke fra legeföreningen (se premiss 58).

En sak der EMD imidlertid fant at interessefellesskapet var for nært, slik at det forelå krenkelse av art. 6-1 som følge av organisasjonsmedlemskap, var *Langborger v. Sweden* (1989). Tvisten for den nasjonale husleiedomstolen gjaldt gyldigheten av en såkalt forhandlingsklausul i en leiekontrakt. Husleiedomstolen bestod blant annet av to meddommere som var blitt foreslått av to interesseorganisasjoner som utleieren var tilknyttet. Et av interesseorganisasjonens formål var å ivareta nettopp de interessene som utleierens anførsler bygget på. EMD uttalte i premiss 35 derfor at klageren "could legitimately fear that the lay assessors [meddommerne] had a common interest contrary to his own and therefore that the balance of interests (...) was liable to be upset when the court came to decide his own claim". At rettens sammensetning også bestod av to rettsdommere gjorde ikke opp for dette.

#### 3.4.5 Manglende innsigelse – stilltiende aksept?

Når en klager har hatt mulighet til å reise upartiskhetsinnsigelser mot en dommer på et tidligere tidspunkt i prosessen, men ikke gjort det, kan det oppstå et spørsmål om klageren for EMD har mistet sin rett til dette. I *Pfeifer and Plankl v. Austria* (1992) var det anført at klagerne hadde mistet sin rett til å prøve om Østerrike hadde krenket art. 6-1 fordi de ikke hadde gjort dette gjeldende før rettssaken. EMD uttalte i premiss 37 at "the waiver of a right guaranteed by the Convention – insofar as it is permissible – must be established in an unequivocal manner (...)". Klageren hadde derfor ikke mistet sin rett til å gjøre gjeldende en krenkelse av art. 6-1.

I andre saker har EMD kommet til at klagerne har mistet sin rett til å få upartiskhetsinnsigelsene behandlet, fordi innsigelsene ikke har blitt reist på et tidligere tidspunkt, blant annet i *Bulut-saken* som nevnt under punkt 3.4.4.5. I *Pavletic v. Slovakia* (2004) hevdet klageren at formannen i den regionale domstolen manglet upartiskhet fordi han også hadde opptrådt som statsadvokat i saken, noe som etter *Piersack-saken* trolig ville ha medført krenkelse av art. 6-1. Siden klageren verken i den nasjonale førsteinstans eller ankeinstans hadde reist habilitetsinnsigelser mot formannen, tok EMD ikke stilling til innsigelsene, se premiss 105.

Det er vanskelig å se hva som skiller *Pfeifer and Plankl*- og *Pavletic*-sakene fra hverandre. Ved første øyekast ser det ut til at EMD i løpet av de siste årene har gått i retning av å godta at manglende innsigelser på et tidligere stadium av sakens gang kan tas til inntekt for at klageren stilltiende har akseptert at spørsmålet heller ikke kan prøves av EMD. Trolig kan imidlertid den inkonsekvente praksisen begrunnes i at spørsmålet er tett knyttet til spørsmålet om

klageren har uttømt de nasjonale rettsmidlene, som jo er en forutsetning for at EMD kan behandle klagen.<sup>185</sup>

---

<sup>185</sup> Kjølbros (2010) s. 417

## 4 Avslutning

Som vi har sett i gjennomgangen under kapittel 2 og 3, er de krav som stilles til dommeres habilitet og domstolenes upartiskhet etter henholdsvis § 108 og art. 6-1 på ingen måte klare. Reglenes skjønnsmessige utforming gjør det nesten umulig å gi et allmenngyldig svar på hvilke forhold som leder til inhabilitet og manglende upartiskhet.

Kort oppsummert dreier habilitetsreglene seg om at en dommer som har en slik tilknytning til saken eller til noen av sakens involverte at det gjør ham uegnet til å treffe en avgjørelse basert på kun relevante hensyn, må vike sete i saken. Det samme gjelder selv om dommeren ikke *er* inhabil, men fra utsiden *ser ut til å være* inhabil. Når denne grensen er krysset, må derimot avgjøres etter en konkret og helhetlig skjønnsmessig vurdering i hver enkelt sak, blant annet basert på momenter som er trukket opp av både Høyesterett og av EMD.

Siden de norske domstolene skal følge den utviklingen som skjer i EMD, er det er lite som skiller den fremgangsmåten som benyttes når de skal avgjøre hvorvidt det foreligger henholdsvis inhabilitet eller manglende upartiskhet. EMD har vært - og er nok fremdeles - i større grad enn de norske domstolene tydelige på at det kreves at domstolene er både objektivt og subjektivt upartiske. Etter innflytelse fra EMD, har imidlertid fokuset på hva som *objektivt sett* kan aksepteres også økt betydelig i løpet av de siste tiårene i norsk praksis, og også grensen for hva slags relasjoner som aksepteres tenderer i retning av å bli strengere. Dette innebærer blant annet at eldre praksis ikke lenger nødvendigvis er egnet til å belyse hvilke momenter som er av betydning i gjeldende rett.<sup>186</sup>

Når det gjelder den *subjektive* vurderingen, er det for norske domstoler ikke bare et spørsmål om dommeren *har vært* upartisk, men også om det er ”grunn til å tro” at han i saken vil kunne *bli* påvirket av irrelevante omstendigheter, og dermed upartisk.<sup>187</sup> Vurderingstemaet favner derfor noe videre for de norske domstolene enn for EMD, hvor vurderingen kun knytter seg til om den nasjonale domstolen har vært upartisk.

Klarere regler på dette området vil antakeligvis gjøre det enklere for borgerne å gjøre seg kjent med sine prosessuelle rettigheter, men en uttømmende bestemmelse om hvilke forhold som skal lede til inhabilitet er det ikke mulig å gi. Siden det i første rekke er opp til dommeren selv å vurdere sin egen habilitet, er det heller ikke så stort behov for en slik uttømmende regel.

---

<sup>186</sup> HR-2016-2311-P (14) jf. Rt. 2010 s. 1570 (20)

<sup>187</sup> Borgarting lagmannsrett (2016) s. 27

Det må kunne legges til grunn at jurister, og i særlig grad dommere, har kjennskap til den praksis som foreligger. En rigid bestemmelse er også upraktisk på den måten at den ikke kan følge samfunnets og rettsområdets øvrige utvikling.

Den foreslåtte domstoloven § 11-3 er ment å fange opp at habilitetsvurderingen knytter seg til både en subjektiv og en objektiv side, noe som kan synes hensiktsmessig med hensyn til lovtekstens tilgjengelighet. Det er imidlertid grunn til å trekke frem høringssvarene til Borgarting lagmannsrett og til Norges Høyesterett, hvor det er påpekt at den nye foreslåtte formuleringen av den relative habilitetsregelen kan bidra til at omstendigheter som burde være inhabiliserende etter en naturlig tolkning ikke vil omfattes av ordlyden.<sup>188</sup> Norges Høyesterett gikk så langt som til å ”advare mot en slik presisering” som forslaget inneholder.<sup>189</sup> I et forslag til ny domstollov vil domstolenes egne uttalelser og vurderinger sannsynligvis bli tillagt stor vekt, noe som tyder på at en ny § 11-3 ikke vil få den foreslåtte ordlyden. Bestemmelsens utforming er imidlertid av mindre betydning, fordi endringen som nevnt under punkt 1.4.4 uansett ikke er ment å medføre noen særlig realitetsendring.

Uansett hva slags utforming habilitetsreglene har, er det viktigste at de blir praktisert på en slik måte at rettssikkerheten i samfunnet blir ivaretatt. Som Bernt og Mæhle skriver: ”I rettsstaten er det (...) avgjørende at retten anvendes uten utilbørlig påvirkning av partiske tendenser”<sup>190</sup>. I tvilstilfelle bør derfor behovet for tillit til systemene føre til at dommeren viker sete.

---

<sup>188</sup> Borgarting lagmannsrett (2016) s. 27 og 28 og Norges Høyesterett (2016) s. 5

<sup>189</sup> Norges Høyesterett (2016) s. 5

<sup>190</sup> Bernt og Mæhle (2007), s. 149

## Kildehenvisninger

### Lover

1814	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov
1902	Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven 1902) – opphevet
1915	Lov 13. juli 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)
1981	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangen i straffesaker (straffeprosessloven)
1967	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

### Utenlandske lover og internasjonale konvensjoner

Retsplejelov	Lovbekendtgørelse nr 1257 af 13.10.2016. Lov om rettens pleje (Retsplejelov) [Danmark]
EMK	The European Convention on Human Rights, Roma 4. november 1950
Wien-konvensjonen	The Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23. mai 1969

## **Forarbeider**

Indst. O. XV (1912)	Indstilling fra den forsterkede justiskomite om civilprocesreformen
Ot.prp. nr. 31 (1970-1971)	Om lov om visse endringer i rettergangslovgivningen m.m.
NOU 1999:19	Domstolene i samfunnet
Ot.prp. nr. 44 (2000-2001)	Om lov om endringer i domstoloven m.m. (den sentrale domstolsadministrasjon og dommernes arbeidsrettslige stilling)
Ot.prp. nr. 8 (2007-2008)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpende og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)
Prop. 117 L (2015-2016)	Endringer i domstoloven og straffeprosessloven (forhåndsinnkalling til forkynnelse av dom i straffesaker)

## **Høringsuttalelser**

Justis- og beredskapsdepartementet (2014)	Høring – Forslag til ny domstollov og endringer i forskrift om offentlighet i rettspleien, 31.10.2014
Advokatforeningen (2016)	Høring – forslag til ny domstollov og endringer i forskrift om offentlighet i rettspleien, 01.11.2016
Norges Høyesterett	Høring – Forslag om ny domstollov og endringer i forskrift om offentlighet i rettspleien, 10.11.2016
Borgarting lagmannsrett (2016)	Høring om utredningen ”Ny domstollov”, utkast til lov om domstoler og dommere (domstoloven), 18.11.2016

## **Norsk rettspraksis**

Rt. 1970 s. 65  
Rt. 1976 s. 65  
Rt. 1990 s. 379  
Rt. 1991 s. 815  
Rt. 1992 s. 538  
Rt. 1994 s. 536  
Rt. 1994 s. 968  
Rt. 1994 s. 1281  
Rt. 1996 s. 261  
Rt. 1996 s. 520  
Rt. 1996 s. 925  
Rt. 1996 s. 1528  
Rt. 1997 s. 1758  
Rt. 1998 s. 882  
Rt. 1998 s. 901  
Rt. 2000 s. 996  
Rt. 2001 s. 411  
Rt. 2002 s. 587  
Rt. 2003 s. 740  
Rt. 2003 s. 1094  
Rt. 2003 s. 1269  
Rt. 2003 s. 1588  
Rt. 2004 s. 1513  
Rt. 2006 s. 89  
Rt. 2007 s. 705  
Rt. 2007 s. 1349  
Rt. 2008 s. 28  
Rt. 2008 s. 602  
Rt. 2008 s. 1451  
Rt. 2008 s. 1692  
Rt. 2009 s. 454  
Rt. 2009 s. 459  
Rt. 2009 s. 1617  
Rt. 2010 s. 234  
Rt. 2010 s. 321

Rt. 2010 s. 469  
Rt. 2010 s. 759  
Rt. 2010 s. 1570  
Rt. 2013 s. 1  
Rt. 2015 s. 490

HR-2001-1527-A  
HR-2004-215-A  
HR-2008-1774-J  
HR-2009-1337-A  
HR-2011-1655-U  
HR-2016-660-U  
HR-2016-681-A  
HR-2016-831-U  
HR-2016-845-U  
HR-2016-956-S  
HR-2016-2181-U  
HR-2016-2311-P

LB-2008-160145  
RG-2012-537

### **Rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg**

Baka v. Hungary	23. juni 2016
Beausoleil v. France	6. oktober 2016 (ikke endelig)
Belilos v. Switzerland	29. april 1988
Bulut v. Austria	22. februar 1996
Buscemi v. Italy	16. september 1999
Campbell and Fell v. the United Kingdom	28. juni 1984
Castillo Algar v. Spain	28. oktober 1998



De Cubber v. Belgium	26. oktober 1984
De Haan v. the Netherlands	26. august 1997
Diennet v. France	26. september 1995
Ekeberg and Others v. Norway	31. juli 2007
Engel and Others v. the Netherlands	8. juni 1976
Ferrantelli and Santangelo v. Italy	7. august 1996
Findlay v. the United Kingdom	25. februar 1997
Gregory v. the United Kingdom	25. februar 1997
Hauschildt v. Denmark	24. mai 1989
Karelin v. Russia	20. september 2016 (ikke endelig)
Kleyn and Others v. the Netherlands	6. mai 2003
Kristiansen v. Norway	17. desember 2015
Kyprianou v. Cyprus	15. desember 2005
Langborger v. Sweden	22. juni 1989
Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium	23. juni 1981
McGonnell v. the United Kingdom	8. februar 2000
Micallef v. Malta	15. oktober 2009
Mitrov v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia	2. juni 2016
Morice v. France	23. april 2015

Oleksandr Volkov v. Ukraine	9. januar 2013
Pavletic v. Slovakia	22. juni 2004
Pescador Valero v. Spain	17. juni 2003
Pfeifer and Plankl v. Austria	25. februar 1992
Piersack v. Belgium	1. oktober 1982
Ramos Nunes de Carvalho and Others v. Portugal	21. juni 2016 (henvist til EMDs storkammer ("Grand Chamber"))
Remli v. France	23. april 1996
Ringeisen v. Austria	16. juli 1971
Sacilor Lormines v. France	9. november 2006
Sergey Zolotukhin v. Russia	10. februar 2009
T v. the United Kingdom	16. desember 1999
Tocono og Profesorii Prometeiști v. Moldova	26. juni 2007
Van de Hurk v. the Netherlands	19. april 1994
Vardanyan and Nanushyan v. Armenia	27. oktober 2016 (ikke endelig)
Wettstein v. Switzerland	21. desember 2000

## **Bøker**

- Andenæs, Johs                      *Norsk straffeprosess*, 4. utg., 2009
- Bernt, Jan Fridthjof og Synne   *Rett, samfunn og demokrati*, 1. utg., 2007
- Sæther Mæhle

Bertelsen, Tor Ehlers	<i>EMK Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter</i> , 1. utg., 2011
Bøhn, Anders	<i>Domstolloven Kommentarutgave</i> , 2. utg., 2013
Eckhoff, Torstein	<i>Rettskildelære</i> , 5. utg., 2001
Eskeland, Ståle	<i>Fangerett</i> , 2. utg., 1989
Hov, Jo	<i>Innføring i prosess I</i> , 2010
Jebens, Sverre Erik	<i>Menneskerettigheter i straffeprosessen</i> , 2004
Kjølbrot, Jon Fridrik	<i>Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere</i> , 3. utg., 2010
Mestad, Ola	”Rettsystemet”, I: <i>Knophs oversikt over Norges rett</i> , 14. utg., 2014, s. 4-23
Mowbray, Alastair	<i>Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights</i> , 3. utg., 2012
Møse, Erik	<i>Menneskerettigheter</i> , 1. utg., 2002 (3. opplag, 2004)
Skoghøy, Jens Edvin A.	<i>Tvisteløsning</i> , 2. utg., 2014

## Artikler

Bratholm, Anders	”Dommerne og rettssikkerheten”, <i>Juristkontakt</i> 6 (1997), s. 2-31 (sitert fra Lovdata)
Bårdsen, Arnfinn	”Inhabilitet i straffesaker grunnet tidligere mistankekonstatering”, <i>Lov og Rett</i> (2000), s. 209-227 (sitert fra Lovdata)
Council of Europe/European	”Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial

- Court of Human Rights (civil limb)", 2013 (sitert fra [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int))
- Council of Europe/European Court of Human Rights "Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb)", 2014 (sitert fra [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int))
- Skoghøy, Jens Edvin A. "Praktiseringen av krav til dommerhabilitet i Norges Høyesterett", *Lov og Rett* (2009), s. 323-341 (Sitert fra Lovdata)
- Tverberg, Arnulf "Ny vår for menneskerettighetene i Grunnloven?", *Lovdatas grunnlovssider* (2014) (sitert fra Lovdata)

## Nettsider

- Store norske leksikon, *Inhabilitet* (2009), 03.06.2009. <https://snl.no/inhabilitet> [sist lest 24.11.2016]
- Dagbladet, - *Meddommer krevde dødsstraff for Breivik* (2012), 17.04.2012. [http://www.dagbladet.no/2012/04/17/nyheter/breivik/anders\\_behring\\_breivik/innenriks/21148627/](http://www.dagbladet.no/2012/04/17/nyheter/breivik/anders_behring_breivik/innenriks/21148627/) [sist lest 24.11.2016]
- Store norske leksikon, *Maktfordelingsprinsippet* (2015), 01.12.2015. <https://snl.no/maktfordelingsprinsippet> [sist lest 24.11.2016]
- NRK, *Breivik-dommer erklært inhabil* (2016), 11.08.2016. <https://www.nrk.no/norge/breivik-dommer-erklart-inhabil-1.13083223> [sist lest 22.11.2016]
- Nettavisen, *46-åring anker terrordom – mener Børge Brendes kone er inhabil som dommer* (2016), 03.08.2016. <http://www.nettavisen.no/nyheter/innenriks/46-aring-anker-terrordom---mener-brge-brendes-kone-er-inhabil-som-dommer/3423248453.html> [sist lest 22.11.2016]
- VG, *Dommeren eide aksjer i storbanken – og hadde jobbet der* (2016 a), 07.09.2016. <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/dnb/dommeren-eide-aksjer-i-storbanken-og-hadde-jobbet-der/a/23662990/> [sist lest 22.11.2016]
- VG, *Frifant idrettsklubb fra hjemstedet* (2016 b), 04.10.2016. <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/john-christian-elden/frifant-idrettsklubb-fra-hjemstedet/a/23792392/> [sist lest 22.11.2016]

FN-sambandet, *Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)* (2016), 17.11.2016.  
<http://www.fn.no/Tema/Folkerett/Folkerettslige-domstoler/Den-europeiske-menneskerettsdomstol-EMD> [sist lest 22.11.2016]

## **Annet**

Justisdepartementets  
lovavdeling

Rundskriv fra Justisdepartementets lovavdeling G-140/89 (1989)  
(sitert fra Lovdata)