



NORGES HØYESTERETT

Den 27. februar 2009 avsa Høyesterett dom i

HR-2009-00488-A, (sak nr. 2008/1895), straffesak, anke over dom,

A (advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (kst. statsadvokat Guri Lenth)

STEMMEGIVNING:

- (1) Dommer **Flock**: Saken gjelder anke over en lagmannsrettsdom på forvaring, hvor to dommere var inhabile som følge av at de på forhånd hadde avsagt kjennelse om fengsling etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 3. Spørsmålet i saken er om dommen skal oppheves i sin helhet, eller om opphevelsen skal begrenses til den del av dommen som gjelder fastsettelsen av straff.
- (2) I straffesak mot A avsa Gulating lagmannsrett 6. november 2008 dom med slik domsslutning:

”1. A, født 26. august 1962, dømmes for overtredelse av straffeloven § 192, første ledd bokstav a, jfr. annet ledd bokstav b, straffeloven § 192, første ledd bokstav a, straffeloven § 219, annet ledd jfr. første ledd, strl. § 222, annet ledd annet straffalternativ jfr. straffeloven § 232, tredje punktum og straffeloven § 227, annet straffalternativ, alt sammenholdt med straffeloven §§ 62, første ledd og 64, til forvaring i 8 – åtte – år med en minstetid på 5 – fem – år.

A, født 26. august 1962, tilkommer et varetektsfradrag på 429 dager pr. dato for domsavsigelsen.

2. **A, født 26. august 1962, tilpliktes innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dom å betale oppreisning til B med kr. 100.000,- – etthundretusen –.**
3. **A, født 26. august 1962, tilpliktes innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dom å betale oppreisning til C med kr. 150.000,- – etthundreogfemtitusen.”**

- (3) Dommen ble avsagt etter at domfelte hadde anket Bergen tingretts dom av 30. april 2008. I denne dommen ble han – med enkelte korreksjoner gjort av lagmannsretten – dømt for de samme straffbare forhold til forvaring i syv år med minstetid på fire år. Videre ble han i tingretten dømt til å betale oppreisning til de to fornærmede med henholdsvis kr 100 000 og kr 120 000.
- (4) Domfelte har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjaldt saksbehandlingen, lovanvendelsen og straffutmålingen. Høyesteretts ankeutvalg besluttet anken over saksbehandlingen tillatt fremmet for så vidt gjaldt spørsmålet om to av dommerne ved lagmannsrettens behandling av saken, lagdommerne Frønsdal og Noss, var inhabile som følge av at de på forhånd hadde deltatt ved kjennelser om varetektsfengsling av domfelte. For øvrig ble anken nektet fremmet.
- (5) Påtalemyndigheten har for Høyesterett sagt seg enig i at de nevnte dommere i lagmannsretten var inhabile som dommere i straffesaken siden det der var fremmet krav om at det skulle avsies dom på forvaring. Dette skyldes at den varetektsfengsling som ble besluttet, blant annet ble begrunnet med fare for gjentakelse av straffbare handlinger, jf. straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 3, og at nærliggende fare for slik gjentakelse er et av grunnvilkårene for forvaring. Spørsmålet for Høyesterett er hvilke følger dette skal få. Forsvareren har gjort gjeldende at inhabiliteten må føre til at dommen i sin helhet – og dermed også avgjørelsen av skyldspørsmålet – må oppheves, mens påtalemyndigheten har anført at Høyesterett må kunne nøye seg med å oppheve lagmannsrettens dom for så vidt gjelder reaksjonsfastsettelsen.
- (6) *Jeg er kommet til at anken bør tas til følge.*
- (7) De straffbare forhold som domfelte ble straffedømt for i lagmannsretten, gjelder alle forbrytelser begått i en toårsperiode fra vinteren 2005 mot to kvinner som han etter tur bodde sammen med. Han ble ved Bergen tingretts kjennelse av 7. september 2007 besluttet varetektsfengslet i fire uker med hjemmel i straffeprosessloven § 184 jf. § 185 jf. § 171 første ledd nr. 2 og nr. 3. Kjæremål over kjennelsen ble forkastet ved Gulating lagmannsretts kjennelse av 10. september 2007, hvor både lagdommer Frønsdal og lagdommer Noss deltok. I tilknytning til det særlige fengslingsvilkår i straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 3 ga lagmannsretten uttrykk for at det var ”sterk grad av sannsynlighetsovervekt for at siktede vil begå nye voldshandlinger, som kan medføre mer enn seks måneders fengsel, om han løslates”.
- (8) Varetektsperioden ble forlenget ved tingrettens kjennelse av 5. oktober 2007. Domfeltes kjæremål til lagmannsretten ble forkastet ved lagmannsrettens kjennelse av 24. oktober s.å., hvor lagdommer Noss nok en gang var en av dommerne. Lagmannsretten kom på ny til at det var slik fare for gjentakelse av straffbare handlinger at det særlige vilkåret for fengsling i straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 3 var oppfylt.

- (9) Under behandlingen av straffesaken i lagmannsretten ble skyldspørsmålet avgjort ved at lagretten svarte bekreftende på alle de femten spørsmål – ni hovedspørsmål og seks tillegsspørsmål – som ble stilt.
- (10) Et vesentlig spørsmål ved den videre behandling av saken i lagmannsretten var om det skulle utmåles en tidsbestemt fengselsstraff, eller om det skulle avsies dom på forvaring, jf. straffeloven § 39 c nr. 1. Det var på det rene at domfelte ved lagrettens kjennelse var funnet skyldig i å ha begått flere forbrytelser av den alvorlige karakter som er en betingelse for forvaring etter denne bestemmelsen. Det sentrale spørsmål var om det kunne "antas å være en nærliggende fare for at lovbrøteren på nytt vil begå en slik forbrytelse". På bakgrunn av de opplysninger som forelå om domfeltes tidligere straffbare forhold av liknende karakter og de handlinger som han over tid hadde begått overfor de to kvinnene som han hadde bodd sammen med, fant lagmannsrettens flertall på seks dommere – deriblant lagdommerne Frønsdal og Noss – at vilkårene for forvaring var oppfylt.
- (11) Når spørsmålet om habilitet og om konsekvensene av inhabilitet skal vurderes, bemerker jeg først at en dommer som hovedregel ikke vil være inhabil til å pådømme en straffesak, selv om han på forhånd har vært med på å avsi kjennelse om varetektsfengsling overfor den tiltalte i den samme saken. Fra denne hovedregelen er det i praksis gjort flere unntak. Dersom varetektsfengslingen er hjemlet i straffeprosessloven § 172, som krever en styrket mistanke sammenliknet med kravet i § 171, vil dette lett kunne oppfattes som et såvidt klart standpunkt til skyldspørsmålet at den aktuelle dommer ikke anses habil som dommer i den påfølgende straffesaken. Det samme vil være tilfelle dersom dommeren på annen måte forut for straffesaken har gitt uttrykk for at mistanken er særlig sterk.
- (12) For å kunne avsi dom på forvaring, er som nevnt ett av vilkårene i straffeloven § 39 c nr. 1 knyttet til faren for at domfelte på nytt vil begå en alvorlig forbrytelse av den karakter som bestemmelsen nevner. I dette tilfellet hadde lagdommerne Frønsdal og Noss allerede gitt uttrykk for sitt syn på faren for gjentakelse av straffbare handlinger da de under behandlingen av spørsmålet om varetektsfengsling ga uttrykk for at vilkårene etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 3 var oppfylt. De nærmere betingelser for henholdsvis forvaring og varetektsfengsling i disse to bestemmelsene er ikke helt likelydende. En dommer som ved behandling av varetektsspørsmålet anvender § 171 første ledd nr. 3, har tatt et standpunkt til gjentakelsesfaren som må innebære at han etter domstoloven § 108 vil være inhabil ved en senere behandling av straffesak om de samme straffbare forhold, hvor det blir spørsmål om å anvende forvaring som reaksjonsform.
- (13) Jeg viser her til Høyesteretts kjennelse i Rt. 2002 side 587. Denne saken gjaldt anvendelse av de daværende bestemmelsene om sikring, hvor ett av vilkårene var at det forelå kvalifisert fare for at domfelte ville begå nye alvorlige straffbare handlinger. I kjennelsen ble det gitt uttrykk for at en dommer som ved fengsling hadde funnet at vilkårene i § 171 første ledd nr. 3 var oppfylt, langt på vei hadde tatt stilling til ett av vilkårene for sikring, og at det da ville være vanskelig for ham å bygge på noe annet i sikringssaken. Vilårene for forvaring er på dette punkt omtrent de samme som for sikring, og spørsmålet om habilitet må løses på samme måte.
- (14) At to av lagmannsrettens dommere var inhabile, medfører at domstolen ikke var lovlig besatt. Dette er en saksbehandlingsfeil som etter straffeprosessloven § 343 annet ledd nr. 3 ubetinget skal tillegges virkning. Det sentrale spørsmål i saken for Høyesterett er hvilke

følger det får for lagmannsrettens dom at to av dommerne var inhabile. Det må uten videre være klart at den del av dommen som gjelder spørsmålet om valg av reaksjonsmåte – i dette tilfellet avgjørelsen om forvaring – ikke kan bli stående.

- (15) Domfelte ble i lagmannsretten ved lagrettens bekreftende svar på de spørsmål som ble stilt, funnet skyldig i de straffbare forhold som var omfattet av tiltalen. Lagmannsretten la lagrettens kjennelse til grunn for den videre behandling av saken, og avsa deretter slik dom for forvaring og for oppreisning til de to fornærmede som fremgår av den domsslutning som jeg har referert innledningsvis.
- (16) Gjelder opphevelsesgrunnen – altså inhabiliteten – ”bare en del av dommen”, bestemmer straffeprosessloven § 347 annet ledd at den rett som beslutter opphevelsen, avgjør om opphevelsen skal begrenses til denne delen, eller om den skal omfatte hele dommen. Den opphevelsesgrunn som jeg har omtalt ovenfor, knytter seg i alle fall direkte bare til avgjørelsen om forvaring og ikke til avgjørelsen av skyldspørsmålet eller spørsmålet om oppreisning.
- (17) Bestemmelsen i § 347 annet ledd avløste § 396 tredje ledd annet punktum i straffeprosessloven av 1887, uten at det var tilsiktet noen realitetsendring. Etter denne tidligere bestemmelsen kunne dommen delvis opprettholdes i den grad den ikke ble rammet av feilen, og retten fant ”at en Udsondring er ubetænkelig”. Det fremgår av Straffeprosesslovkomitéens innstilling om rettergangsmåten i straffesaker (1969) side 331 at dette meget ofte ville være tilfelle hvor opphevelsesgrunnen bare knyttet seg til enkelte av de straffbare forhold som dommen omfattet. I innstillingen ble gitt uttrykk for at spørsmålet om hel eller delvis opphevelse måtte løses diskresjonært, og hvor det ville være et vesentlig moment ”om den eller de poster i dommen som rammes av opphevelsesgrunnen, utgjør en mer eller mindre viktig del av det samlede forhold”.
- (18) I kjennelsen i Rt. 2002 side 587 ble uttalt at det ikke var grunn til å tro at juryens kjennelse om skyldspørsmålet kunne være påvirket av at lagmannen var inhabil til å delta ved behandlingen av sikringsspørsmålet. Det ble da ansett som ubetenkelig å begrense opphevelsen til å gjelde reaksjonsfastsettelsen.
- (19) Som fremhevet av flertallet i Høyesteretts dom i Rt. 2008 side 1466, har det siden 1990-tallet skjedd en utvikling i de krav som stilles til en dommers habilitet. Det legges større vekt på hvorvidt det fra siktedes og utenforståendes ståsted er grunn til å trekke dommerens uhildethet i tvil. EMDs dom i saken Ekeberg og andre mot Norge 31. juli 2007 (EMD-2004-11106) er et eksempel på det. Dommen ledet til at Høyesterett i Rt. 2007 side 1609 opphevet en tidligere fellende lagmannsrettsdom. Som påpekt av flertallet i Rt. 2008 side 1466, slo EMD fast at habilitetsvurderingen ikke er avhengig av dommerens konkrete rolle ved pådømmelsen.
- (20) I vår sak er altså forholdet at to av lagmannsrettens dommere var inhabile. De skulle overhodet ikke ha deltatt i behandlingen av straffesaken. Ut fra den rettsutvikling jeg har beskrevet, og det tungtveiende hensynet til at dommere skal bli møtt med tillit til at de vil gå inn i saken med et åpent sinn, kan jeg ikke se at det vil være riktig å begrense opphevelsen til reaksjonsfastsettelsen. Prinsipielt er det et klart skille mellom avgjørelsen av skyldspørsmålet og reaksjonsfastsettelsen. For domfelte og allmennheten vil nok likevel behandlingen for lagmannsretten fremstå som en helhet, uten et slikt skarpt skille.

- (21) Jeg er etter dette kommet til at lagmannsrettens dom må oppheves. Det følger av begrunnelsen at det i dette tilfellet også må avholdes en ny ankeforhandling.
- (22) Jeg stemmer for denne

D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

- (23) Kst. dommer **Falkanger:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (24) Dommer **Endresen:** Likeså.
- (25) Dommer **Gussgard:** Likeså.
- (26) Justitiarius **Schei:** Likeså.
- (27) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

Riktig utskrift bekreftes: