



NORGES HØYESTERETT

Den 17. mars 2004 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2004-00546-A, (sak nr. 2003/793), straffesak, anke,

A (advokat Erling O. Lyngtveit)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Håvard Holm – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

(1) Dommer **Gussgard**: Saken gjelder spørsmål om inhabilitet etter domstoloven § 108, blant annet som følge av tidligere avgjørelser av begjæringer om kommunikasjonskontroll mot tiltalte. Saken reiser også spørsmål om virkningene av inhabilitet.

(2) Sand tingrett avsa 19. juli 2002 dom der domsslutningen punkt 1 har slik ordlyd:

”A, fnr 000055 00000 dømmes for 6 – seks – overtredelser av straffeloven § 162 første og andre ledd, jf femte ledd, 1 – en – overtredelse av straffeloven § 162 første ledd, jf femte ledd, 2 – to – overtredelser av straffeloven § 317 første og tredje ledd, 3 – tre – overtredelser av straffeloven § 257, jf § 258, 2 – to – overtredelser av straffeloven § 317 første ledd, overtredelser av legemiddeloven § 31 andre og fjerde ledd, jf § 24 første ledd, 1 – en – overtredelse av straffeloven § 257, 1 – en – overtredelse av straffeloven § 171 nr 1, 1 – en – overtredelse av straffeloven § 270 første ledd nr 1, jf andre ledd, jf § 271, samt 5 – fem – overtredelser av vegtrafikkloven § 31 første ledd, jf § 24 første ledd første punktum, alt sammenholdt med straffeloven §§ 62 første ledd og 63 andre ledd, og som felles straff med resttid etter soning av Eidsivating lagmannsretts dom av 27.3.1987, Oslo byretts dom av 19.1. 1988 og Eidsivating lagmannsrett dom av 24.11.1989, jf fengselsloven § 41, til en straff av fengsel i 13 – tretten – år.

Ved soningen fragår 352 – trehundreogfemtito – dager for utholdt varetekt.”

(3) Han ble også idømt inndragning i medhold av straffeloven § 34 a.

(4) A anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet for flere tiltaleposter, herunder fem av tiltalepostene vedrørende narkotikaforbrytelser, og over saksbehandlingen, straffutmålingen og inndragningen. I anken over saksbehandlingen gjorde han blant annet

gjeldende at tingrettens formann, sorenskriver Kari Johanne Bjørnøy, var inhabil etter domstolloven § 108. Som begrunnelse ble anført at hun i en tidligere straffedom av 8. oktober 2001 mot personer som dels var tiltalt for samme forhold som ham, i realiteten hadde tatt standpunkt til spørsmål om hans straffeskyld.

- (5) Agder lagmannsrett tillot anken fremmet, med unntak for anken over saksbehandlingen. A påkjærte nektelsen av å fremme saksbehandlingsanken. Denne del av anken ble nektet fremmet ved en begrunnet beslutning hvor lagmannsretten blant annet la til grunn at inhabilitetsinnsigelsen ble fremsatt for sent i forhold til kravet i domstolloven § 111 annet ledd. I medhold av straffeprosessloven § 387 tredje ledd besluttet Høyesteretts kjæremålsutvalg at den del av kjæremålet som gjaldt habiliteten til sorenskriver Bjørnøy, skulle behandles av Høyesterett. I medhold av straffeprosessloven § 321 sjette ledd opphevet Høyesterett ved kjennelse 9. januar 2003 denne delen av lagmannsrettens nektelsesbeslutning, fordi premissene ikke viste om forholdet til Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) var vurdert.
- (6) Lagmannsretten avsa 14. januar 2003 ny beslutning, der habilitetsspørsmålet ble henvist til ankeforhandling. Det ble senere behandlet skriftlig og avgjort ved kjennelse 28. februar 2003. Retten fant at premissene i den tidligere straffesaken for så vidt gjaldt As rolle, ikke gikk lenger enn ”det som var nødvendig og rimelig for å tilfredsstille domsgrunnene med hensyn til faktum og straffeskylden til de tiltalte i den saken - og uten at As rolle derved er beskrevet på en slik måte at det er inntrådt inhabilitet eller at kravene til rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1, jf. menneskerettsloven § 2 er brutt”. A anket til Høyesterett over denne kjennelsen.
- (7) Lagmannsretten startet behandlingen av den øvrige del av ankesaken 3. mars 2003, og saken ble opptatt til doms 11. april. Dom ble avsagt 9. mai 2003. Domsslutningen, punktene 1 og 2 har denne ordlyd:
 - ”1. **A født 00.00.1955 frifinnes for forholdet i tiltalens post I a, og den subsidiære tiltalepost i forhold til denne.**
 2. **A dømmes for fire tilfelle av overtredelse av straffeloven § 162, første og annet, jf femte ledd sammenholdt med straffeloven § 62, første ledd til straff av fengsel i 11 – elleve – år. Straffen er fellesstraff med resttid etter soning av Eidsivating lagmannsretts dom av 27 mars 1987, Oslo byretts dom av 19 januar 1988 og Eidsivating lagmannsretts dom av 24 november 1989, jf fengselsloven § 41. Til fradrag i straffen går 641 dager for utholdt varetekt, jf straffeloven § 60.”**
- (8) Punkt 3 gjelder dom for inndragning etter straffeloven § 34 a.
- (9) Jeg bemerker at straffen ikke er en fellesstraff med de tiltalepostene som var avgjort av tingretten, men ikke henvist til ankeforhandling. I og med at anken over lagmannsrettens kjennelse om habilitetsspørsmålet ikke var avgjort, forelå ingen rettskraftig dom for disse forholdene.
- (10) A påanket også straffedommen til Høyesterett. Anken gjaldt saksbehandlingen, straffutmålingen og inndragningen. Høyesteretts kjæremålsutvalg behandlet hans to anker samlet og tillot fremmet anken over avgjørelsen av sorenskriver Bjørnøys habilitet. De øvrige ankegrunner ble nektet fremmet.

- (11) Etter ankefristens utløp fremsatte A en ny anke der det som følge av nye opplysninger ble gjort gjeldende at sorenskriveren også måtte anses inhabil fordi hun hadde behandlet en rekke begjæringer fra påtalemyndigheten om samtykke til kommunikasjonskontroll rettet mot A, samt avsagt flere fengslingskjennelser. Det ble også anført at en av dommerne i lagmannsretten, lagdommer Tormod Rafgård, var inhabil fordi han hadde behandlet kjæremål over en kjennelse om kommunikasjonskontroll. Høyesteretts kjæremålsutvalg tillot anken fremmet for så vidt angikk Rafgårds habilitet. Anførlene vedrørende sorenskriveren ble ansett å være en utvidelse av grunnlaget for den allerede henviste anken, og da Høyesterett står fritt til å prøve nye omstendigheter innenfor en henvist ankegrunn, kunne de nye omstendigheter prøves uten særskilt tillatelse fra utvalget.
- (12) Under ankeforhandlingen for Høyesterett har forsvareren gjort gjeldende at sorenskriver Bjørnøys uttalelser i dommen fra 2001 og hennes mange avgjørelser om kommunikasjonskontroll, hver for seg og i et hvert fall samlet, gjorde henne inhabil i straffesaken mot A. Også lagdommer Rafgård må anses inhabil. Det er pekt på at behandlingen av en sak om kommunikasjonskontroll regelmessig vil innebære at dommeren får informasjon som ikke meddeles tiltalte eller forsvareren, og det er da umulig å imøtegå eventuell feilinformasjon eller å oppklare misforståelser. Dommeren vil – bevisst eller ubevisst – kunne danne seg en oppfatning om tiltaltes skyld, og det vil undergrave tilliten til domstolene om vedkommende skulle kunne delta i avgjørelsen av saken. Forsvareren gjør gjeldende at inhabiliteten må føre til at både tingrettens og lagmannsrettens dom oppheves.
- (13) Aktor har bestridt at det foreligger inhabilitet. Under ingen omstendighet er lagdommer Rafgård inhabil. Innsigelsen om inhabilitet for sorenskriveren som følge av uttalelsene i den tidligere dommen må anses frafalt, jf. domstoloven § 111 annet ledd. Dersom sorenskriveren blir kjent inhabil som følge av avgjørelsene om kommunikasjonskontroll, anføres at lagmannsrettens dom har reparert denne saksbehandlingsfeilen for de forhold som er pådømt der. Dette gjelder tiltalen for fem av tiltalepostene om forbrytelser mot narkotikalovgivningen, som kommunikasjonskontrollen knytter seg til. Disse avgjørelsene gjør ikke sorenskriveren inhabil for de øvrige forhold som er pådømt i tingretten. Etter aktors syn er det ikke grunnlag for å oppheve verken tingrettens eller lagmannsrettens dom. Høyesterett bør kunne utmåle en samlet straff for de forhold A er funnet skyldig i.
- (14) Jeg er kommet til at tingrettens dom må oppheves, men at lagmannsrettens dom blir stående.
- (15) Jeg tar først for meg spørsmålet om uttalelsene i tingrettens dom 8. oktober 2001 medfører inhabilitet for sorenskriver Bjørnøy.
- (16) Dommen gjaldt blant annet grovt tyveri av tre verdifulle båter og to biler, forhold som også A senere ble tiltalt for, men slik at han ble tiltalt for heleri av bilene. A hadde avgitt vitneforklaring i denne straffesaken. I dommen er As navn nevnt flere ganger i forbindelse med at det legges til grunn at en av de tiltalte hadde fått i oppdrag av ham å skaffe båtene. Jeg nevner eksemplvis:

”Etter bevisførselen legger retten til grunn som bevist utover enhver rimelig tvil at B hadde fått i oppdrag fra A (–) å skaffe to hurtiggående båter for frakt til Danmark.”

”Retten finner bevist at B ble forespurt av A om han kunne skaffe en skjærgårdsjeep til As sønn --.”

”A har forklart at han betalte ”håndpenger” til B, ca kr 2-4.000, da han fikk overlevert båten og at han hadde avtale om å betale kr 80.000 for denne. Ifølge A var beløpet ikke betalt da forholdet ble avdekket.”

- (17) Når det gjelder bilene, fremgår det at et selskap der A eide alle aksjene, hadde to stjålne biler. Det gjengis at A hadde benektet at han kjente til at bilene var stjålet. Han hadde forklart at den ene var kjøpt brukt fra et nærmere angitt firma, og at den andre var kjøpt av B, som var mellommann for en annen.
- (18) Jeg viser for øvrig til dommens premisser.
- (19) Høyesteretts kjæremålsutvalg har tidligere vurdert habilitetsspørsmål i forbindelse med at dommere har deltatt i en tidligere sak mot medskyldige. Jeg viser særlig til Rt. 1994 side 663 og tar med følgende fra denne avgjørelsen:

”Premissene omhandler både de objektive og subjektive vilkår for straff. Samlet har byretten langt på vei lagt grunnlaget for å statuere straffeskyld også for B selv om saken bare gjaldt A. Etter utvalgets syn foreligger det her en slik særegen omstendighet som er egnet til å svekke tilliten til dommer Bjørnstad i straffesaken mot B om samme voldshandling, jf domstolloven § 108. Utvalget viser blant annet til Rt. 1986 side 836.

Domstolloven § 108 må forstås slik at dommeren ikke bare må være uhildet i subjektiv forstand. Retten må i et tilfelle som det foreliggende vurdere om det som er uttalt i den første dommen er egnet til å inngi tvil om dommerens uhildhet hos tiltalte og publikum, dersom han også er med i behandlingen av den senere saken. Det er således ikke avgjørende for om det foreligger inhabilitet etter domstolloven § 108, at Stavanger byrett ikke i dommen mot A har konkludert eller uttrykkelig tatt stilling til noe strafferettslig skyldkrav for Bs del.”

- (20) Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har behandlet tilsvarende spørsmål etter EMK artikkel 6 nr. 1 – kravet om ”fair trial”. De sakene det særlig er vist til i vår sak, er EMDs avgjørelser 7. august 1996, Ferrantelli og Santangelo mot Italia, og 16. november 2000, Rojas Morales mot Italia, som begge gikk Italia imot.
- (21) Etter min vurdering er omtalen i premissene for dommen fra 2001 svært ulik den som forelå til vurdering i de nevnte avgjørelsene. Omtalen fremstår som en nøytral gjengivelse av faktiske omstendigheter som legges til grunn, dels under henvisning til As egen forklaring. Så vidt jeg har forstått, har han ikke bestridt at han ga B i oppdrag å skaffe de tre båtene. Premissene inneholder ikke noe om subjektive forhold for straff. Jeg kan ikke se at dommen – verken når det gjelder isolerte uttalelser eller premissene sett i sammenheng – inneholder noe som kan oppfattes som en skyldkonstatering, eller tilnærmet en skyldkonstatering, i forhold til A.
- (22) Min konklusjon er at denne dommen ikke gir grunnlag for svekket tillit til sorenskriver Bjørnøys upartiskhet, og hun kan således ikke på dette grunnlag anses å ha vært inhabil i straffesaken mot A. Det er da unødvendig for meg å gå inn på om A må anses å ha fraskrevet seg adgangen til å påberope denne inhabilitetsinnsigelsen, eller hvor langt det i det hele tatt er adgang til å gi avkall på en inhabilitetsinnsigelse.
- (23) Det neste vurderingstemaet er om inhabilitet foreligger på grunn av avgjørelsene om kommunikasjonskontroll.

- (24) Den første begjæringen om samtykke til avlytting av samtaler til og fra nærmere angitte telefonnumre ble fremsatt i januar 2001 med hjemmel i straffeprosessloven § 216a, jf. § 216f. A ble siktet etter straffeloven § 162 første og annet ledd, jf. femte ledd. Ved kjennelse 31. januar 2001 tok sorenskriver Bjørnøy begjæringen til følge for et tidsrom av fire uker. I tiden som fulgte, avsa hun en rekke kjennelser om kommunikasjonskontroll overfor A. Hun avsa også kjennelser om andre tvangsinngrep mot ham. Disse har ikke betydning for min vurdering av habilitetsspørsmålet.
- (25) Jeg nevner for ordens skyld at kommunikasjonskontroll forutsetter at noen med ”skjellig grunn” mistenkes for en straffbar handling av en nærmere bestemt art, eller forsøk på en slik handling. At dommeren kommer til at dette vilkår er oppfylt, kan i utgangspunktet ikke medføre inhabilitet, noe som heller ikke er anført. Spørsmålet må bedømmes på samme måte som ved tilsvarende vurdering etter lovens § 171, jf. § 184 om varetektsfengsling. Inhabilitet kan oppstå dersom avgjørelsen viser at dommeren har tatt standpunkt til straffeskyld, eller kommet til at det foreligger en særlig kvalifisert mistanke. Jeg viser eksempelvis til Rt. 1997 side 479 og går ikke nærmere inn på dette.
- (26) Allerede i Ot.prp. nr. 40 (1991–92), der det ble fremmet forslag om at de midlertidige reglene om telefonavlytting i narkotikasaker skulle gjøres permanente og inntas i straffeprosessloven kapittel 16a, pekte departementet på at avgjørelser om slik avlytting kunne føre til at dommeren ble inhabil etter domstolloven § 108, se side 43. Bakgrunnen var at opplysninger fremskaffet ved telefonkontroll ikke skulle kunne brukes som bevis under hovedforhandling.
- (27) I juridisk teori er habilitetsspørsmålet omtalt blant annet i Bjerke/Keiserud, Straffeprosessloven med kommentarer, 3. utgave side 634, der det heter at ”Inhabilitet må videre anses å foreligge dersom dommeren har truffet avgjørelse om kommunikasjonskontroll (og annen hemmelig strafforfølgning), ...”. Spørsmålet er også drøftet av Magnus Matningsdal i To-instansreformen, 1996, side 47–48. Han gir uttrykk for at dommeren normalt ikke blir inhabil ved å behandle den første begjæringen om kommunikasjonskontroll, men dersom dommeren har hatt adgang til ”et ikke ubetydelig spaningsmateriale som ikke vil bli fremlagt under hovedforhandlingen”, kan løsningen bli en annen. For den situasjon at det er avsagt flere kjennelser, skriver han:
- ”Er det avsagt flere kjennelser, oppstår det et særlig problem fordi det ved de senere begjæringene til retten også kan være oversendt materiale som er fremkommet ved avlyttingen eller kontrollen så langt. Samtidig følger det av § 216 i tredje ledd at dette materialet ikke kan brukes som bevis under hovedforhandlingen. Dommeren kan mao. på etterforskningsstadiet ha hatt adgang til bevismateriale som ikke er tilgjengelig for tiltalte eller dennes forsvarer. I forarbeidene til bestemmelsen . . . tar ikke departementet standpunkt til om dommeren blir inhabil i slike tilfeller. Men etter min vurdering bør dommeren være inhabil.”**
- (28) Aktor har pekt på at det etter lovendring 3. desember 1999, lov nr. 82 som trådte i kraft 15. oktober 2000, ikke lenger er noe absolutt forbud mot at bevis oppnådd ved kommunikasjonskontroll fremlegges under hovedforhandlingen. Det er vist til straffeloven § 216i første ledd bokstavene b og c. Han har også argumentert med at det kan være en fordel at dommeren er kjent med slikt materiale. Dersom noe av det var til gunst for tiltalte, uten at påtalemyndigheten la det frem for retten, kan dommeren medvirke til at dette blir gjort.

- (29) Det særegne for etterforskning ved kommunikasjonskontroll er at den i utgangspunktet skal holdes strengt hemmelig. Etter § 216i første ledd skal alle ”bevare taushet om at det er begjært eller besluttet kommunikasjonskontroll i en sak, og om opplysninger som fremkommer ved kontrollen”. Verken siktede eller hans forsvarer får innsyn i disse opplysningene, med mindre unntaksreglene i første ledd kommer til anvendelse. Det er denne hemmeligholdelsen som vil være det avgjørende element ved habilitetsvurderingen. Lovendringens betydning er begrenset til at opplysningene ikke alltid vil være hemmelige.
- (30) Etter domstoloven § 108 kan ingen være dommer når ”særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet”. Slik jeg ser det, er hemmeligholdelsen omkring kommunikasjonskontroll i utgangspunktet en særegen omstendighet som gjør dommeren inhabil i en senere straffesak om forhold som kontrollen tok sikte på å avdekke. At en dommer sitter med opplysninger om saksforholdet som ikke tiltalte – og heller ikke forsvareren – er kjent med, fremstår etter min mening som betenkelig og egnet til å svekke tilliten til domstolene. En kan ikke se bort fra muligheten for at de opplysningene som dommeren gjøres kjent med, vil kunne påvirke hans syn på saken – bevisst eller ubevisst. Det kan også oppstå misforståelser og feilslutninger. Kommunikasjonskontroll vil ofte foregå over lang tid, og dommeren vil ikke på samme måte som påtalemyndigheten, ut fra hele etterforskningsmaterialet, kunne vurdere senere opplysninger opp mot tidligere, og korrigere mulige feiltakelser. En dommer kan riktignok også i andre tilfelle ha forhåndskunnskap om saksforholdet, for eksempel etter fengslingsavgjørelser, men det handler da hele tiden om kunnskap som også tiltalte og forsvareren har tilgang til og kan rette forsvaret mot. Denne forskjell må etter min vurdering bli avgjørende for at habilitetsspørsmålet i utgangspunktet vurderes ulikt. At dommeren vil kunne sørge for at opplysninger fra kommunikasjonskontrollen til gunst for tiltalte kommer frem, står for meg som lite praktisk, og jeg kan ikke tillegge det vekt.
- (31) Jeg finner imidlertid grunn til å presisere at domstoloven § 108 forutsetter en konkret vurdering, og inhabilitet som følge av avgjørelser om kommunikasjonskontroll kan bare være et utgangspunkt. Dersom påtalemyndigheten fremlegger for tiltalte og hans forsvarer den informasjon som kommunikasjonskontrollen har gitt, vil det normalt ikke være grunnlag for inhabilitet. Derneft nevner jeg at en dommer som bare har avgjort den første begjæringen om kommunikasjonskontroll, ikke nødvendigvis vil bli inhabil i en senere straffesak, med mindre det har vært fremlagt opplysninger som vil bli hemmeligholdt for tiltalte. Det kan være tilfelle dersom påtalemyndigheten med hjemmel i straffeprosessloven § 216d har foretatt kontroll uten rettens samtykke. En forutsetning for inhabilitet må nok også være at det kan legges til grunn at det materialet som holdes skjult for tiltalte, ikke er uten reell betydning i saken.
- (32) Det er erkjent fra påtalemyndighetens side at en ikke kan se bort fra at sakene om kommunikasjonskontroll har gitt sorenskriver Bjørnøy opplysninger som verken tiltalte eller hans forsvarer fikk tilgang til. Jeg finner det ikke tvilsomt at hun derfor var inhabil til å pådømme tiltalen mot A for narkotikaforbrytelsene. Etter den vanlige regelen ved habilitet vil hun da måtte anses som inhabil også i forhold til de øvrige tiltalepostene, og hun skulle ikke ha deltatt som dommer i saken. Jeg kommer tilbake til virkningen av denne inhabiliteten, slik denne saken foreligger.

- (33) Jeg går over til å se på lagdommer Rafgårds habilitet. Rafgård har opplyst at han da han deltok i straffesaken, ikke hadde noen erindring om å ha deltatt i en avgjørelse om kommunikasjonskontroll vedrørende A. Selv om det ikke er noen grunn til å trekke dette i tvil, er det ikke selvsagt at det utelukker inhabilitet. Imidlertid kan habilitetsspørsmålet etter min mening avgjøres på annet grunnlag.
- (34) Lagmannsrettssaken var en jursak, og Rafgård deltok dermed ikke i avgjørelsen av skyldspørsmålet. Han var heller ikke rettens formann, og hadde ikke ansvaret for rettsbelæringen.
- (35) Betydningen av funksjonsfordelingen i jursaker i relasjon til habilitetsspørsmål er omtalt i Rt. 2003 side 1269. Det var spørsmål om en lagdommer var inhabil fordi hun hadde vært med på å avgjøre et fengslingskjæremål der det var foretatt en kvalifisert mistankevurdering etter straffeprosessloven § 172. Dette vil normalt føre til inhabilitet i en senere ankeforhandling. Høyesterett kom likevel til at det ikke var grunn til å anse lagdommeren inhabil, og begrunnet dette med den funksjonsfordeling som skjer i jursaker, der skyldspørsmålet avgjøres av juryen, og rettsbelæringen tilligger rettens formann. Vedkommende lagdommer var ikke rettens formann.
- (36) Samme syn mener jeg bør legges til grunn ved vurderingen av lagdommer Rafgårds habilitet, og jeg anser ham derfor ikke inhabil. Lagmannsrettens dom om narkotikaforbrytelsene er dermed avsagt av en habil domstol. Spørsmålet er da om dommen ”reparerer” den saksbehandlingsfeilen som hefter ved tingrettens dom ved at rettens formann var inhabil.
- (37) Jeg tar utgangspunkt i straffeprosessloven § 326 første ledd. For de tilfellene der det er anket både over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet og over andre sider av dommen, skal retten først ta standpunkt til spørsmålet om bevisanken skal henvises. Unntak kan gjøres dersom det er grunnlag for opphevelse eller frifinnelse etter § 322 uten ankeforhandling. Etter ordlyden er det opp til lagmannsrettens skjønnsmessige vurdering om bevisanken skal henvises eller dommen oppheves. Dette er også forutsatt i forarbeidene. Jeg viser til NOU 1992: 28 To-instansbehandling, anke og juryordning i straffesaker, side 148. Utvalget skriver at lagmannsretten står fritt ”i valget mellom å henvise bevisanken eller selv å oppheve eller frifinne, og retten kan således velge den løsning som synes mest tilfredsstillende i det enkelte tilfelle”. Utvalget bemerker at grove saksbehandlingsfeil i førsteinstansen kan tale for opphevelse, slik at saken vil få en fullverdig to-instansbehandling, men det er også pekt på at prosessøkonomiske grunner etter omstendighetene vil kunne føre til et annet resultat. I Ot.prp. nr. 78 (1992–93) side 86 sluttet departementet seg til utvalgets syn.
- (38) Inhabilitet hos en dommer vil normalt være en alvorlig feil, og i praksis vil dette regelmessig føre til opphevelse av dommen, dersom feilen påberopes i anke til lagmannsretten. I tråd med synspunktene i NOUen holder jeg det for overveiende sannsynlig at lagmannsretten ville ha opphevet tingrettens dom dersom den hadde vært klar over avgjørelsene om kommunikasjonskontroll. Men den saksbehandling som ble gjennomført ved at deler av bevisanken ble henvist, var ikke i strid med loven. Det er derfor ikke gitt at inhabilitet i tingretten må medføre at en etterfølgende lagmannsrettsdom der skyldspørsmålet er vurdert på nytt, må oppheves. Dette må bero på en nærmere vurdering.

- (39) Det viktige utgangspunkt i vår sak er at ankeforhandlingen innebar en ny og selvstendig behandling av skyldspørsmålet. Det er dette som er bakgrunnen for at utvalget i NOU 1992: 28 på side 148 fremhever at bevisanken bør anses som den prinsipale og avgjøres først. Ved lagmannsrettens dom ble tiltalen mot A avgjort for så vidt angikk fem overtredelser av straffeloven § 162 første og annet, jf. femte ledd, med en subsidiær tiltale etter § 317 for tiltalens punkt I a. Forhandlingene ble holdt i tidsrommet 3. mars –11. april 2003, og det ble ført 67 vitner. Jeg legger til grunn at saken fikk en inngående og grundig behandling. A ble frifunnet for post I a, også for den subsidiære tiltalen, noe som underbygger at ankeforhandlingen var en selvstendig behandling.
- (40) Slik saksbehandlingen og dommen fremstår, er det ikke noe som tilsier at lagmannsrettens dom bør oppheves. Forsvareren har anført at A hadde krav på behandling av narkotikaforbrytelsene i to instanser med uhildete dommere, men jeg kan ikke se at vår prosessordning gir ham noe absolutt krav på dette. Lovens ordning er at saksbehandlingsfeil som utgangspunkt skal kunne repareres i ankeinstansen. Dette er også i samsvar med EMK. Jeg vil her vise til Jørgen Aall: Rettergang og menneskerettigheter, 1995. På sidene 185–186 behandler han spørsmål om inhabilitet som følge av forhåndsbefatning med saken, og han skriver blant annet:

”Kravet om upartiskhet hos dommerne er så grunnleggende at det rettsikkerhetsmessig klart er en fordel om det iakttas av enhver domstol som har kompetanse til å avgjøre saken. Særlig gjelder dette siden allerede dom i første instans gir konvensjonsmessig grunnlag for soning, se artikkel 5.1 (a) og fortolkningen av denne bestemmelsen i Wemhoff-dommen. Det er heller ikke lett å se at vesentlige prosessøkonomiske hensyn taler for å fravike dette krav i førsteinstansen, noe som altså fulgte av belgisk rett på den tid De Cubber fikk pådømt sin sak i Belgia. Men hvis statens prosesslovgivning gir adgang til overprøving av saken ved en domstol hvor disse kravene til upartiskhet er ivaretatt i den nasjonale rett, må den skade som er skjedd i underinstansen kunne repareres i overinstansen ved at underinstansens dom oppheves (eller anklagede frifinnes), eller ved at det avses ny dom av en upartisk overinstans med full kompetanse. I De Cubber-saken uttalte da også EMD at slik reparasjon kunne skje, og at statens mulighet til på denne måte selv å rett opp igjen feil i underinstansen(e) også var formålet med artikkel 26.”

- (41) Ved min vurdering av spørsmålet om opphevelse har jeg lagt en viss vekt på at det for Høyesterett er opplyst at det var liten diskusjon mellom partene om at A hadde hatt befatning med de mengder narkotika ankesaken dreide seg om. Uenigheten gjaldt i større grad betydningen av As samarbeid med politiet. Når det gjelder det faktiske forhold som ble lagt til grunn ved straffutmålingen, bygger retten også for en stor del på As egne forklaringer. Saken begynner å bli gammel, og A er undergitt varetektsfengsling. Tidsmomentet og prosessøkonomiske hensyn må også ha en viss betydning for spørsmålet om opphevelse, slik denne saken ligger an.

- (42) På denne bakgrunn finner jeg ikke grunn til å oppheve lagmannsrettens dom, men varetektsfradraget settes nå til 1001* dager. Som nevnt omfatter ikke straffutmålingen de forhold som var avgjort av tingretten, men ikke henvist til ankeforhandling.

*Rettet i henhold til strpl. § 44, jf. § 46.

25. mai 2004 Gunnar Aasland (sign.)

- (43) Aktor har anført at det heller ikke er grunn til å oppheve tingrettens dom, forutsatt at lagmannsrettens dom blir stående. Synspunktet er at sorenskriver Bjørnøy ikke var inhabil

til å avgjøre de tiltalepostene som ikke gjaldt narkotikaforbrytelser, og for den ene posten som ikke ble påanket, forelå tilståelse.

- (44) Hensynet til tiltalte og det overordnede hensynet til tilliten til domstolene tilsier at når det er tale om opphevelse av en dom som følge av inhabilitet hos en dommer, må hovedregelen være at hele dommen skal oppheves, selv om inhabiliteten ikke knytter seg til alle tiltalepostene. Men jeg er enig med aktor i at det kan tenkes unntak. Dette vil særlig gjelde når inhabiliteten bare knytter seg til mindre alvorlige forhold eller forhold som er tilstått, der det vil kunne fremstå som unødvendig med fullstendig opphevelse. I vår sak gjaldt den øvrige delen av tiltalen i det vesentlige relativt alvorlige forhold, og etter min mening må hele tingrettens dom med hovedforhandling oppheves for så vidt den gjelder A.

- (45) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

1. Sand tingretts dom av 19. juli 2002 med hovedforhandling oppheves for så vidt gjelder A.
2. For øvrig forkastes anken.
3. Varetektsfradraget i Agder lagmannsretts dom av 9. mai 2003 settes til 1001* dager.

*Rettet i
henhold til
strpl. § 44,
jf. § 46.

25. mai 2004

Gunnar Aasland (sign.)

- | | | |
|------|--------------------------|--|
| (46) | Dommer Coward: | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. |
| (47) | Dommer Stabel: | Likeså. |
| (48) | Dommer Bruzelius: | Likeså. |
| (49) | Dommer Aasland: | Likeså. |

- (50) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. Sand tingretts dom av 19. juli 2002 med hovedforhandling oppheves for så vidt gjelder A.
2. For øvrig forkastes anken.

3. Varetektsfradraget i Agder lagmannsretts dom av 9. mai 2003 settes til 1001* dager.

*Rettet i
henhold til
strpl. § 44, jf.
§ 46.

25. mai 2004

Gunnar Aasland (sign.)