



NORGES HØYESTERETT

Den 11. oktober 2004 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2004-01694-A, (sak nr. 2004/1094), straffesak, anke,

A (advokat Berit Reiss-Andersen)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Bjørn Feyling)

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

- (1) Dommer **Gussgard**: Saken gjelder spørsmålet om en lagdommer som hadde deltatt i en sak der det var gitt dom på fengsel og sikring, var inhabil i en sak om konvertering av denne til en dom på forvaring.
- (2) Ved Heggen og Frøland herredsretts dom 5. mars 1998 ble A dømt til fengsel i åtte år, blant annet for å ha forsøkt å drepe sin sønn og sin datter med kniv. Påtalemyndigheten ble i tillegg gitt sikringsbemyndigelse for et tidsrom av inntil 5 år etter den tidligere § 39 nr. 1 bokstavene a-f i straffeloven.
- (3) A anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, idet han anførte at han hadde vært sinnssyk i gjerningsøyeblikket. Borgarting lagmannsrett avsa dom 10. desember 1998. For straffespørsmålet har domsslutningen denne ordlyd:
 - ”1. A, født 00.00.1960, dømmes for overtredelse av straffeloven § 233, 1. ledd, jf. § 49, straffeloven § 227, 1.str.alt. og straffeloven § 228, 1. ledd, jf. § 322, alt sammenholdt med straffeloven § 62, til en straff av fengsel i 8 – åtte – år.

Til fradrag i straffen går 466 – firehundreogseksstiseks – dager for utholdt varetektsfengsel.
 2. Påtalemyndigheten gis bemyndigelse til å anvende sikringsmidler overfor A som fastsatt i straffeloven § 39 nr 1 litra a-f for et tidsrom av inntil 5 – fem – år.”

- (4) Statsadvokatene i Oslo satte 16. desember 2002 domfelte under tiltale ved Asker og Bærum tingrett for å få omgjort sikringsdommen til en dom på forvaring etter straffeloven § 39 c. Tingretten avsa dom 30. mai 2003 med slik slutning:

”For de forhold han ble domfelt for ved Borgarting lagmannsretts dom av 10. desember 1998, dømmes A, født 00.00.1960, til forvaring etter straffeloven § 39 c nr 1, med en tidsramme på 13 – tretten – år og en minstetid på 5 – fem – år og 4 – fire – måneder, jf. straffeloven § 39 e, første og annet ledd.

Til fradrag i tidsrammen og minstetiden kommer utholdt varetekt med 466 – firehundreogseksstiseks – dager. Ved overgang til soning med grunnlag i dommen på forvaring skal det også gjøres fradrag for ytterligere varetekt etter 10. desember 1998 og for den tid som da allerede er sonet i medhold av Borgarting lagmannsretts dom av 10. desember 1998.

Med dette bortfaller den ved Borgarting lagmannsretts dom av 10. desember 1998 idømte straff og sikringsbemyndigelse, jf. straffeloven § 39 e, tredje ledd og lov av 17. januar 1997 nr. 1, del II, overgangsregler nr 5.”

- (5) A anket over denne reaksjonsfastsettelsen. Borgarting lagmannsrett avsa dom 6. mai 2004. Dommen er avsagt under dissens. En lagmann fant at vilkårene for forvaring ikke forelå. Dommen har slik domsslutning:

”I tingrettens dom gjøres den endring at tidsrammen settes til 10 – ti – år.”

- (6) A har anket til Høyesterett over denne dommen. Det er vist til at en av lagdommerne, Karin Stang, hadde deltatt i sikringsdommen av 10. desember 1998 og den gang funnet at det forelå en kvalifisert fare for gjentakelse av straffbare handlinger. Det ble hevdet at dette gjorde henne inhabil etter domstolloven § 108 til å ta stilling til om vilkårene for forvaring er til stede, i og med at et av disse vilkårene nettopp er en slik kvalifisert fare for gjentakelse. Det ble også anket over rettsanvendelsen i forbindelse med forvaringssspørsmålet. Høyesteretts kjæremålsutvalg tillot bare anken over saksbehandlingen fremmet.

- (7) Til saksbehandlingsanken har påtalemyndigheten anført at domfelte har mistet retten til å påberope inhabilitet etter § 108 fordi både han og hans forsvarer kjente til at lagdommer Stang hadde vært med på sikringsdommen, uten at det under forhandlingene ble fremsatt innsigelser mot rettens sammensetning. Det er vist til domstolloven § 111.

- (8) Jeg er kommet til at anken ikke kan føre fram og tar først for meg anførselen knyttet til domstolloven § 111. Første og annet ledd lyder:

”En part som vil kræve, at nogen skal utelukkes, bør gjøre det, saasnt han faar vite om det forhold, som begrunder kravet.

Utelukkelse efter § 108 kan han ikke længer kræve, naar han har visst om de særegne omstændigheder, men allikevel har indlætt sig i forhandling for retten.”

- (9) Domstollovens inhabilitetsregler, herunder § 111, må forstås og anvendes i samsvar med de krav som følger av EMK artikkel 6 nr. 1 – kravet om ”fair trial” – slik det fremgår blant annet av Rt. 2003 side 280.

- (10) Lagmannsrettens rettsbok viser at rettens formann redegjorde for inhabilitetsreglene i domstollosen §§ 106, 107 og 108 ved rettsmøtets begynnelse. Aktor og domfeltes forsvarer for Høyesterett er enige om at det da ble opplyst at lagdommer Stang hadde deltatt i den tidligere sikringsdommen. Domfelte hadde tolk. I støtteskrivet til anken har forsvareren for lagmannsretten opplyst følgende:
- ”Under siste behandling i Borgarting lagmannsrett, ble jeg spurt om jeg hadde innvendinger til dommerenes habilitet, noe jeg da ikke hadde. Det vises til at jeg der og da ikke hadde fått tid til å gå nærmere gjennom problemstillingen, men er i ettertid av den oppfatning at dommer Stang var inhabil.”**
- (11) Ut over at han var til stede, er det ikke noe i saken som belyser tiltaltes kunnskap om og forståelse av det forhold som er grunnlaget for inhabilitetsinnsigelsen mot dommer Stang.
- (12) I en offentlig straffesak kan tiltalte etter min mening ikke identifiseres med sin forsvarer når det gjelder kunnskap om forhold som kan medføre inhabilitet. Og selv om tiltalte skulle ha hatt kunnskap om forholdet, er det et stort spørsmål om han kan gi avkall på retten til å påberope inhabilitet hos en dommer. I nevnte avgjørelse i Rt. 2003 side 280 heter det at ”EMK artikkel 6 nr. 1 har for øvrig vært forstått slik at den som er beskyttet, i et visst omfang og avhengig av de konkrete omstendigheter, kan frafalle rettssikkerhetsgarantiene, ..” Det er vist til teori og til saken Pfeifer og Plankl mot Østerrike, (EMD=REF00000338), 1992, serie A nr. 227, en avgjørelse som også har vært trukket fram i vår sak. Den er omtalt av Erik Møse i Menneskerettigheter (2002) side 165, og han utlegger den slik at EMD krever at ”slike avkall måtte være entydige, ..” Hans Danelius drøfter spørsmålet i Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, Stockholm 2002, på side 178 flg. Han finner det vanskelig å tenke seg at et samtykke, særlig i straffesaker, skal medføre at man kan se bort fra alvorlige feil i forbindelse med dommeres uavhengighet og upartiskhet. Men om man aksepterer at et samtykke i visse situasjoner kan få virkning, må det kreves at avkallet er ”tydlig og frivillig”.
- (13) Jeg er enig i at tiltalte i en straffesak normalt ikke kan gi avkall på vesentlige rettssikkerhetsgarantier. At domstolenes avgjørelser skal fattes av habile og upartiske dommere, er en slik rettssikkerhetsgaranti, og av avgjørende betydning for tilliten til domstolene og dermed av viktighet for samfunnet som helhet. Etter min mening er kravet på habile dommere i en straffesak en så sentral rettssikkerhetsgaranti at domstollosen § 111 annet ledd ikke kan forstås slik at den avskjærer en tiltalts adgang til å påberope inhabilitet hos en dommer som ankegrunn. Dersom det for øvrig er tale om et avkall som i den konkrete sak har liten betydning, og det fremstår som ubetenkelig å legge vekt på tiltaltes eget syn, må det kreves at tiltalte har fått nødvendige opplysninger om hva avkallet innebærer, og at han har tatt en overveiet og entydig beslutning.
- (14) Min konklusjon må bli at A ikke er avskåret fra å påberope at lagdommer Stang var inhabil.
- (15) Spørsmålet er da om lagdommer Stangs deltakelse i sikringsdommen, som bygger på at det forelå en kvalifisert fare for at A ville begå nye straffbare handlinger, må medføre at hun anses inhabil i forvaringssaken etter domstollosen § 108, jf. EMK artikkel 6 nr. 1.
- (16) Avgjørelser som har stått sentralt i forsvarerens argumentasjon, er Høyesteretts avgjørelser om inhabilitet når dommeren i samme saksforhold har avsagt kjennelser om varetektsfengsling etter straffeprosessloven § 172, en bestemmelse som krever at det

foreligger forhold ”som i særlig grad styrker mistanken” om at siktede har begått den handlingen siktelsen gjelder. Det er blant annet vist til Rt. 1996 side 261 og Rt. 2000 side 1940. Likeledes er det vist til avgjørelser der inhabilitet er konstatert i saker om dom for sikring, der dommeren har avsagt fengslingskjennelser hjemlet i straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 3. Synspunktet har vært at når dommeren har funnet at det foreligger en sterk grad av sannsynlighet for at siktede vil begå nye lovbrudd, slik § 171 første ledd nr. 3 krever, har han langt på vei tatt stilling til et av vilkårene for sikring. Det er vist til Rt. 1994 side 968 og redegjørelsen i Rt. 2002 side 587.

- (17) Jeg har vanskelig for å se at disse avgjørelsene kan være avgjørende for habilitetsspørsmålet i konverteringssaker. Fengslingsavgjørelser vil i tid gjerne ligge relativt nær hovedforhandlingen, og vedkommende dommer vil i fengslingssaker som nevnt, ha tatt stilling til om det foreligger en særlig styrket mistanke eller en særlig gjentakelsesfare.

- (18) Det kan heller være grunn til å sammenholde konvertering med saker om forlengelse av forvaring etter straffeloven § 39 e første ledd. Forlengelse forutsetter at lovens vilkår for forvaring fortsatt er til stede. Etter min vurdering må en dommer som har avsagt dom for forvaring, kunne ta stilling til spørsmål om forlengelse, også når det er foretatt en konvertering. Forlengelsen gjelder et tidsrom som den opprinnelige avgjørelsen ikke omfattet, og tiden som er gått, vil regelmessig gi nytt bevismateriale. Vurderingen blir dermed ikke den samme som i den tidligere saken. Men jeg legger også vesentlig vekt på at utgangspunktet er at det normalt ikke medfører inhabilitet at en dommer tidligere har avgjort en sak mellom samme parter, heller ikke når sakene utspringer av samme rettsforhold. Både i sivile saker og i straffesaker ikke minst, vil en dommer ofte behandle samme sak flere ganger i samme instans, eventuelt i ulike varianter. Vårt rettssystem bygger i stor grad på at en dommer har evne til å vurdere en sak ut fra ulike regelverk og i skiftende bevissituasjoner.

- (19) Til forskjell fra forlengelsessakene, gjelder konvertering et tidsrom som er omfattet av den tidligere sikringsdommen. Men i forhold til habilitetsspørsmålet kan jeg ikke se at det normalt vil være grunn til å skille mellom disse sakstypene, og i et hvert fall ikke i vår sak. Også for konverteringssakene legger jeg vekt på at det hører til dommernes profesjonalitet å kunne avgjøre saker mellom samme parter på ulikt grunnlag. Videre peker jeg på at vilkåret om gjentakelsesfare i forvaringssakene er forskjellig fra det som gjaldt ved spørsmål om sikring, og at tidsmomentet regelmessig vil medføre at det bevismessige grunnlaget for gjentakelsesfaren vil være et annet enn i sikringssaken. Jeg tilføyer at etter mitt skjønn svekkes faren for at dommeren skal være forutinntatt også ved dette at avgjørelser om gjentakelsesfare meget ofte vil være forbundet med tvil. I slike tilfelle vil det som skjer i tiden etter dommen, kunne få stor vekt.

- (20) For så vidt gjelder gjentakelsesfare, er det etter straffeloven § 39 c nr. 1 et vilkår for forvaring at det er en nærliggende fare for at lovbryster på nytt vil begå en alvorlig voldsforbrytelse, seksualforbrytelse, frihetsberøvelse, ildspåsettelse eller en annen alvorlig forbrytelse som krenker andres liv, helse eller frihet, eller utsetter disse rettsgodene for fare. Etter § 39 c nr. 2 er kravet at faren for tilbakefall til en slik forbrytelse er ”særlig nærliggende”. I den tidligere § 39 om sikring var det ingen konkretisering av hvilke straffbare handlinger gjentakelsesfaren måtte referere seg til. Selv om forskjellen, hensett til rettspraksis i sikringssakene, ikke er så stor som ulikheten i formulering kunne tilsi, er det ikke tvilsomt at forvaringsvilkårene innebærer en

innsnevring av det tidligere vurderingsgrunnlaget. Jeg viser også til det som er gjengitt i lagmannsrettens dom fra Ot.prp. nr. 46 (2000-2001) side 31 om at ”forvaring som hovedregel bare bør idømmes dersom lovbryteren har begått eller har forsøkt å begå en alvorlig forbrytelse mot liv, helse eller frihet tidligere”, et sitat som også er inntatt i Rt. 2004 side 209.

- (21) I vår sak ble lagmannsrettens dom i konverteringssaken avsagt ca. fem og et halvt år etter sikringsdommen. Det var oppnevnt to nye sakkyndige med et bredt mandat, knyttet til en vurdering av domfeltes tidligere ”atferd og sosiale og personlige funksjonsevne”, behandlingsmuligheter og prognoser for hans fremtidige atferd. De avga forklaring under rettsforhandlingene, og det ble ført en rekke vitner – flere fra fengselspersonalet, hans lege, tidligere ektefelle, hans datter og et vitne fra friomsorgskontoret.
- (22) På denne bakgrunn kan jeg ikke se at lagdommer Stangs deltakelse i sikringsdommen kan være en ”særegen omstendighet” som kan medføre at hun må anses inhabil i forvaringssaken.
- (23) Anken blir dermed å forkaste.
- (24) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

Anken forkastes.

- (25) Dommer **Matningsdal:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (26) Dommer **Støle:** Likeså.
- (27) Dommer **Bruzeliuss:** Likeså.
- (28) Justitiarius **Schei:** Likeså.
- (29) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Anken forkastes.