



NORGES HØYESTERETT

Den 31. oktober 2008 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2008-01894-S, (sak nr. 2008/1265), straffesak, anke over beslutning,

A (advokat Steinar Thomassen)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Lasse Qvigstad)

HR-2008-01894-S, (sak nr. 2008/1360), straffesak, anke over beslutning,

B (advokat Monica Gjerde Sperre – til prøve)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Lasse Qvigstad)

HR-2008-01894-S, (sak nr. 2008/1398), straffesak, anke over beslutning,

C (advokat John Christian Elden)
(advokat Anders C. S. Ryssdal)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Lasse Qvigstad)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Tønder**: Sak nr. 2008/1265, A mot Den offentlige påtalemyndighet, sak nr. 2008/1360, B mot Den offentlige påtalemyndighet og sak nr. 2008/1398 C mot Den offentlige påtalemyndighet skal behandles av Høyesterett i storkammer, jf. domstoloven § 5 fjerde ledd. Det er reist inhabilitetsinnsigelse mot en rekke høyesterettsdommere.

Innsigelsene har vært behandlet i særskilt rettsmøte. Retten har vært satt med de dommere som det ikke er fremmet inhabilitetsinnsigelse mot, med unntak av dommer Lund, som har gyldig forfall til rettsmøtet. Siden åtte dommere har deltatt i behandlingen, har dommer Endresen, som yngste dommer, fratrådt ved voteringen.

- (2) Ved vedtakelsen av den såkalte to-instansordningen i straffeprosessloven ved lov 11. juni 1993 nr. 80, som trådte i kraft 1. juli 1995, fikk lagmannsretten adgang til på nærmere bestemte betingelser å nekte anken fremmet. Regelen om ankenektelse er inntatt i straffeprosessloven § 321. En avgjørelse om ankenektelse treffes av tre dommere, og det kreves enstemmighet. Avgjørelsen treffes ved beslutning. Loven oppstiller ikke noe krav om begrunnelse. Sakene gjelder spørsmål om denne ordningen ved anke til lagmannsretten er i strid med menneskerettighetskonvensjoner.
- (3) Sakene er foranlediget av at FNs Menneskerettighetskomité i avgjørelse av 17. juli 2008 kom til at ankenektelse uten begrunnelse i den såkalte Restauratørsaken var i strid med FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 5, jf. Communication No. 1542/2007. I de tre saker som Høyesterett skal behandle, er anke til lagmannsretten nektet fremmet uten at det er gitt noen begrunnelse. Høyesteretts ankeutvalg har overført ankene til behandling i Høyesterett med sikte på en prøving av om ankenektelsene er i strid med konvensjoner om menneskerettigheter som Norge er bundet av. Justitiarius har 19. september 2008 besluttet at sakene skal behandles i sammenheng av Høyesterett i storkammer.
- (4) Fra forsvarernes side er det reist inhabilitetsinnsigelser mot ni høyesterettsdommere. Dette gjelder dommerne Gussgard, Coward, Oftedahl Broch, Flock, Matningsdal, Stabel, Øie, Indreberg og Bårdsen. For samtlige dommere er det henvist til domstolloven § 108, som lyder:

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

- (5) Påtalemyndigheten har for samtlige dommere bestridt at det foreligger inhabilitet.
- (6) *Jeg har følgende syn på habilitetsspørsmålene:*
- (7) Når det gjelder dommer Coward, har forsvarerne vist til at da Restauratørsaken sto for FNs Menneskerettighetskomité, var Den norske stat representert ved en advokat ved regjeringsadvokatembetet. Dommer Coward er samboer med regjeringsadvokat Sven Ole Fagernæs. Det hevdes at med den nære forbindelse det er mellom Restauratørsaken og de sakene som nå skal behandles, er Regjeringsadvokatens involvering i Restauratørsaken som partsrepresentant for staten, egnet til å påvirke dommer Coward i strid med de ankende parter interesse. Påtalemyndigheten har bestridt at det foreligger inhabilitet. Det er vist til at Restauratørsaken vil være å regne som en rettskilde for det spørsmålet som Høyesterett skal behandle. Regjeringsadvokatens engasjement i Restauratørsaken er derfor ikke egnet til å påvirke dommer Cowards habilitet i disse sakene.
- (8) Spørsmålet om dommer Cowards habilitet har vært vurdert av justitiarius i hans beslutning av 14. oktober 2008, som gjaldt hvilke høyesterettsdommere som skulle være med i loddrekningen om deltakelse i herværende sak, jf. forretningsorden for Høyesterett

i storkammer, fastsatt av Høyesterett 12. desember 2007 i medhold av domstolloven § 8, jf. § 7 annet ledd. Om dommer Cowards habilitet uttales:

”(5) Ved behandlingen av sakene i storkammer vil avgjørelsen fra FNs Menneskerettighetskomité stå sentralt. Det vil være et viktig tema hvordan avgjørelsen skal forstås. Blant annet partenes anførsler for Menneskerettighetskomiteen vil her kunne ha betydning. Et annet tema vil kunne være den vekt og betydning Menneskerettighetskomiteens avgjørelse skal ha for de avgjørelser Høyesterett skal treffe i storkammersakene.

(6) Etter domstolloven § 108 er en dommer inhabil dersom ”andre særegne omstendigheter foreligger, som er egnet til å svekke tilliten til hans uhildethet.

(7) Så sentral som Menneskerettighetskomiteens uttalelse vil være for de saker Høyesterett nå skal behandle, tilsier det at Regjeringsadvokaten opptrådte som representant for den norske stat for Menneskerettighetskomiteen at dommer Coward vil være inhabil ved behandlingen av disse sakene i storkammer. Hun skal da holdes utenfor loddrekningen.”

- (9) Under henvisning til § 1 i forretningsordenen for Høyesterett i storkammer, der det heter at beslutning om noen dommer skal holdes utenfor loddrekningen som ugild ”treffes av justitiarius”, har forsvarerne hevdet at denne avgjørelsen av justitiarius må anses endelig, og at den derfor ikke kan overprøves av Høyesterett i storkammer. Da jeg for min del er enig i justitiarius konklusjon og den begrunnelse han har gitt, finner jeg ikke grunn til å ta standpunkt til denne anførselen, men legger justitiarius beslutning i forbindelse med loddrekningen til grunn.
- (10) De øvrige dommerne som det er påstått inhabilitet for, er av forsvarerne delt inn i tre grupper, avhengig av den begrunnelsen som er gitt for inhabilitetsinnsigelsen.
- (11) Den første gruppen gjelder høyesterettsdommere som har virket som lagdommere etter at to-instansordningen ble innført. Dette gjelder dommerne *Flock, Matningsdal, Stabel og Bårdsen*.
- (12) Det er fra forsvarerne anført at det foreligger ”særegne omstendigheter” ved at disse har praktisert den arbeidsformen som har vært benyttet ved siling av anker til lagmannsretten. Spesielt er det framhevet at det foreligger fast rutine for utarbeiding av interne merknader i hver enkelt sak, som ikke er tilgjengelig for sakens parter. Det gir, hevdes det, disse dommerne en særlig kunnskap om arbeidsformen, og det kan ikke ses bort fra at dette er forhold som kan påvirke deres standpunkt til ordningens forsvarlighet i forhold til menneskerettighetskonvensjoner. Videre er det vist til at de som dommere har hatt en plikt til å ta stilling til om ankenektelse uten begrunnelse er i strid med Norges konvensjonsforpliktelser, og at deres praktisering av ordningen derfor må betraktes slik at de implisitt har tatt standpunkt til spørsmålet.
- (13) Etter min mening kan denne argumentasjonen ikke føre fram. Fra ikrafttreddelsen av to-instansordningen har regelen om at en avgjørelse om ankenektelse kan treffes uten begrunnelse, vært alminnelig akseptert. Det som Høyesterett nå skal ta stilling til, er om denne praksis kan opprettholdes eller om den må revideres. Jeg finner det klart at en dommer som i tidligere saker har lagt til grunn en rettsoppfatning, ikke vil være inhabil til å delta i en sak der det samme rettsspørsmålet oppstår. Jeg kan heller ikke se at det er forhold ved praktiseringen av ordningen med ankenektelse ved anke til lagmannsretten som stiller disse dommerne i en annen stilling. At det internt foreligger notater fra de

deltakende dommere, er en nødvendig del av en saksbehandling der flere tar del i avgjørelsen og denne skjer på grunnlag av sirkulasjon av saksdokumentene. Jeg kan ikke se at dette tilsier at det for disse dommerne foreligger "særegne omstendigheter" som skulle gjøre dem inhabile i de sakene som nå skal behandles.

- (14) Den andre gruppen gjelder de dommere som deltok da kjæremålet over lagmannsrettens ubegrunnede beslutning om ankenektelse i Restauratørsaken ble forkastet av Høyesteretts kjæremålsutvalg. Dette skjedde ved kjennelse av 19. juli 2006. Dommerne *Gussgard, Oftedal Broch og Matningsdal* deltok i avgjørelsen. Det er for disse dommerne anført at det foreligger "særegne omstendigheter" ved at de gjennom kjennelsen har akseptert den avgjørelsen som Menneskerettighetskomiteen fant konvensjonsstridig. Det hevdes at den nære forbindelsen det er mellom sakene som nå skal behandles og Restauratørsaken, er et forhold som objektivt sett er egnet til å svekke deres habilitet, og som tilsier at de bør vike sete.
- (15) Jeg mener at dommerne som deltok i kjæremålsutvalgets behandling av Restauratørsaken, ikke er inhabile. Selv om de sakene som nå skal behandles, er foranlediget av avgjørelsen i Restauratørsaken, er det andre saker. For de dommere som deltok i kjæremålsutvalgets avgjørelse i denne saken, er det, som for rettens øvrige dommere, et spørsmål om en rettsoppfatning man tidligere har lagt til grunn er holdbar. Som påpekt inhabiliserer det ikke dommere at de tidligere har tatt standpunkt til det rettsspørsmål som er oppe. Deres situasjon skiller seg fra dommer Cowards på den måten at hennes samboer, som regjeringsadvokat, hadde ivaretatt en bestemt partsinteresse og derved hatt en særlig interesse i et bestemt utfall av saken.
- (16) Den siste gruppen dommere som forsvarerne har reist innsigelse mot, er de som i egenskap av å være ansatt i Justisdepartementets lovavdeling har hatt befatning med lovforberedelsen i departementet. Dette gjelder dommerne *Øie og Indreberg*.
- (17) Dommer *Øie* var som lovrådgiver med spesielt ansvar for blant annet straffeprosesslovgivningen, den som i Lovavdelingen hadde hovedansvaret for utarbeidelsen av proposisjonen om to-instansordningen – Ot.prp. nr. 78 for 1992-1993. Dommer *Øie* har i sin redegjørelse framholdt at det var andre i departementet som i særlig grad vurderte ordningens forhold til menneskerettighetskonvensjoner, og at hun derfor ikke anser seg inhabil. Forsvarerne har anført at hun som faglig ansvarlig, også har hatt et ansvar for det standpunktet regjeringen inntok til ordningens konvensjonsmessighet, noe som gjør henne inhabil til å ta del i Høyesteretts avgjørelse.
- (18) Innledningsvis finner jeg grunn til å presisere at det som en klar hovedregel må gjelde at en dommer ikke er inhabil til å avgjøre rettsspørsmål knyttet til lover som vedkommende har hatt befatning med i tidligere stilling i departement eller i andre funksjoner. Det gjelder også om vedkommende har deltatt i lovforberedelsen. Skal en slik tilknytning få følger for vedkommendes habilitet som dommer, må det foreligge særlige forhold. Som eksempel nevner jeg at det er reist tvil om lovforslagets grunnlovsmessighet. Slike saker vil kunne ha stor politisk betydning for den regjering som fremmer forslaget. Der vedkommende har deltatt som premissleverandør for det standpunktet som er fremmet i lovproposisjonen, kan det foreligge grunner som taler for at vedkommende er inhabil til å avgjøre tvilsspørsmålet som dommer. Jeg ser Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 side 705, avsnitt 22 til 25, som utslag av en slik betraktning.

- (19) Når det i denne saken foreligger forhold som kan tilsi at dommer Øie må anses inhabil, skyldes dette at spørsmålet om to-instansordningens forhold til menneskerettighetskonvensjoner i særlig grad var gjenstand for lovgivers oppmerksomhet. Dette har igjen sammenheng med at Norge, ved ratifikasjon av FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, som følge av den prosessordningen som da gjaldt, tok forbehold til artikkel 14 nr. 5 om retten til overprøving av skyldspørsmålet i straffesaker. Innføringen av to-instansordningen foranlediget spørsmålet om Norge kunne heve forbeholdet, hvilket forutsatte at ordningen på alle måter – herunder regelen om ankenektelse uten begrunnelse ved anke til lagmannsretten – sto seg i forhold til konvensjonen. Spørsmålet ble satt på spissen ved at utvalget som utredet to-instansordningen (To-instansutvalget), ikke fant å ville anbefale frafall av forbeholdet, blant annet på grunnlag av en viss usikkerhet vedrørende den nye silingsordningen. Departementet inntok imidlertid i proposisjonen det standpunktet at silingsordningen tilfredsstilte konvensjonens krav.
- (20) Spørsmål om heving av forbehold til menneskerettighetskonvensjoner er et viktig politisk spørsmål. På samme måte som deltakelse i forberedende arbeid som premissleverandør for regjeringens standpunkt til uklare grunnlovsspørsmål kan få betydning for vedkommendes habilitet som dommer, må det samme gjelde når tvilsspørsmålet angår lovens forhold til menneskerettighetskonvensjoner. Selv om de faglige vurderingene ble foretatt av andre enn Øie – det ble blant annet innhentet ekstern vurdering av konvensjonsspørsmålet – trekker hennes funksjon som den faglig ansvarlige for proposisjonsarbeidet i retning av at hun er inhabil i saken. Det som kan skape tvil om spørsmålet, er at det nå er gått lang tid siden proposisjonen ble avgitt. Dette er særlig relevant når det er tale om en lovs forhold til menneskerettighetskonvensjoner, som kan være under stadig utvikling. Når jeg under tvil konkluderer med at dommer Øie må vike sete, har jeg lagt vekt på at dette uttrykkelig er krevd av de ankende parter.
- (21) Også dommer *Indreberg* var ansatt i Lovavdelingen da lovproposisjonen ble utarbeidet. Hun var imidlertid særlig engasjert i saken etter at lovendringen var vedtatt, men da i forbindelse med spørsmålet om heving av Norges forbehold til artikkel 14 nr. 5. Hun deltok i Norges delegasjon til FNs Menneskerettighetskomité i forbindelse med en høring om to-instansordningens forhold til konvensjonen. Hun deltok også i en vurdering av problemstillingen i departementet. Under henvisning til de overveielser som jeg har gjort i forbindelse med vurderingen av dommer Øies habilitet, er jeg kommet til at også dommer *Indreberg* er inhabil til å delta i behandlingen.
- (22) Uten at krav om å vike sete er fremmet, har forsvarerne også reist spørsmål om habiliteten til dommer *Bruzelius*, siden hun er samboer med Lovavdelingens nåværende ekspedisjonssjef, Inge Lorange Backer. Det er særlig pekt på at en av medarbeiderne i Lovavdelingen deltok aktivt i statens saksforberedelse i Restauratørsaken da den sto for Menneskerettighetskomiteen. Det er imidlertid på det rene at ekspedisjonssjef Backer selv ikke har hatt noen befatning med saken. Jeg kan derfor ikke se at det er noe grunnlag for at dommer *Bruzelius* er inhabil i saken.
- (23) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

Dommerne Coward, Øie og Indreberg er inhabile i sak nr. 2008/1265, sak nr. 2008/1360 og sak nr. 2008/1398. De øvrige dommerne er ikke inhabile.

- | | | |
|------|----------------------------|--|
| (24) | Dommar Utgård: | Eg er i det hovudsaklege og i resultatet einig med førstvoterande. |
| (25) | Dommer Stang Lund: | Likeså. |
| (26) | Dommer Gjølstad: | Likeså. |
| (27) | Dommer Tjomsland: | Likeså. |
| (28) | Dommer Skoghøy: | Likeså. |
| (29) | Justitiarius Schei: | Likeså. |
- (30) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Dommerne Coward, Øie og Indreberg er inhabile i sak nr. 2008/1265, sak nr. 2008/1360 og sak nr. 2008/1398. De øvrige dommerne er ikke inhabile.

Riktig utskrift bekreftes: