



# NORGES HØYESTERETT

Den 4. november 2008 avsa Høyesterett dom i

**HR-2008-01912-A, (sak nr. 2008/1285), straffesak, anke over dom,**

A (advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Erik Erland Holmen)

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

- (1) Dommer **Øie**: Saken gjelder habilitet og reiser spørsmål om to lagdommere som hadde behandlet kjæremål over avgjørelse om fortsatt fengsling, senere kunne delta under ankeforhandling i straffesak om samme forhold.
- (2) A, som var siktet for overtredelse av straffeloven § 229 tredje straffalternativ, jf. § 232, ble varetektsfengslet ved Kristiansand tingretts kjennelse 28. september 2004. Fengslingsfristen ble forlenget gjentatte ganger, og flere av tingrettens fengslingskjennelser ble påkjært til Agder lagmannsrett.
- (3) Ved en av de anledninger fengslingsspørsmålet ble påkjært til lagmannsretten, ble saken behandlet av blant annet lagdommerne Paal Christian Aartun og Arne Christiansen. Lagmannsretten forkastet kjæremålet ved kjennelse 13. januar 2005.
- (4) Ved tiltalebeslutning utferdiget av Agder statsadvokatembeter 14. juni 2006 ble A satt under tiltale ved Kristiansand tingrett for overtredelse av straffeloven § 229 tredje straffalternativ, jf. § 232.
- (5) Ved Kristiansand tingretts dom 6. november 2006 ble A frifunnet. Påtalemyndigheten anket frifinnelsen til Agder lagmannsrett, som 7. september 2007 avsa dom hvor A ble dømt etter tiltalen til en straff av fengsel i syv år.

- (6) A anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anke over saksbehandlingen ble henvist til behandling. Høyesterett fant at retten til fritt forsvarervalg hadde vært krenket under deler av ankeforhandlingen i lagmannsretten, og opphevet lagmannsrettens dom med ankeforhandling.
- (7) Ny ankeforhandling ble avholdt 9. til 25. juni 2008. Lagmannsretten var denne gangen satt med blant annet dommerne Paal Christian Aartun og Arne Christiansen. Agder lagmannsrett avsa 27. juni 2008 dom med slik domsslutning:
- ”1. **A, født 12. august 1976, dømmes for overtredelse av straffeloven § 229 tredje straffalternativ, jf. første straffalternativ, jf. § 232, til en straff av fengsel i 6 – seks – år. Til fradrag i straffen går 145 – etthundreogførtifem – dager for utholdt varetektsfengsel.**
2. **A dømmes innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen å betale oppreisning til B etter skadeserstatningsloven § 3-5 annet ledd, jf. første ledd bokstav a med 100.000 – etthundretusen – kroner.”**
- (8) A har anket dommen til Høyesterett. Anken gjaldt lovanvendelsen, straffutmålingen og flere sider ved saksbehandlingen. Høyesteretts ankeutvalg tillot 26. september 2008 fremmet anken over saksbehandlingen for så vidt gjelder spørsmålet om to av lagdommerne som deltok under ankeforhandlingen, hadde vært inhabile. Anken ellers ble nektet fremmet.
- (9) Forsvareren har for Høyesterett anført at fagdommerne Aartun og Christiansen var inhabile, jf. domstolloven § 108. Det er vist til at dommerne i begrunnelsen i den tidligere fengslingskjennelsen kom med uttalelser om den domfeltes personlighet som var avgjørende for skyldspørsmålet.
- (10) Påtalemyndigheten bestrider at de to fagdommerne var inhabile.
- (11) *Jeg er kommet til at anken ikke fører frem.*
- (12) A er tiltalt for under særdeles skjerpene omstendigheter å ha skadet en åtte måneder gammel gutt med døden til følge, jf. straffeloven § 229 tredje straffalternativ, jf. § 232. Da barnet døde, var A kjæreste med barnets mor, B. Den aktuelle natten sov de to sammen i en leilighet der også barnet sov. Ingen andre var til stede. A ankom leiligheten først utpå natten. Begge hevder at de deretter sov hele natten. I tiltalebeslutningen var dødstidspunktet satt til mellom kl. 04.30 og 06.30.
- (13) Det er på det rene at fagdommerne Aartun og Christiansen, som deltok under ankeforhandlingen i lagmannsretten, ved kjennelsen av 13. januar 2005 også behandlet – og forkastet – As kjæremål over tingrettens kjennelse om fortsatt fengsling. Fengslingen var begrunnet i bevisforspillelsesfare. Spørsmålet for Høyesterett er om innholdet i kjennelsen tilsier at det foreligger særegne omstendigheter som er skikket til å svekke tilliten til dommernes uhildethet, jf. domstolloven § 108, og om det foreligger brudd på kravet til ”uavhengig domstol” i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1.
- (14) Det er sikker rett at en dommer som har deltatt ved fengsling i medhold av straffeprosessloven § 172, er inhabil ved senere hovedforhandling/ankeforhandling. For

fengsling etter denne bestemmelsen er det et vilkår at det foreligger forhold som i særlig grad styrker mistanken.

- (15) Videre er det slått fast i rettspraksis at en dommer som har avsagt eller vært med på å avsi kjennelse om varetektsfengsling på grunnlag av straffeprosessloven § 171, som hovedregel ikke anses inhabil til å pådømme straffesak om samme forhold. Unntak kan blant annet gjelde dersom dommeren i fengslingssaken ikke bare har konstatert at det foreligger skjellig grunn til mistanke, men har kommet med uttalelser som tilkjenner at mistanken er særlig sterk, se Rt. 2002 side 736 med videre henvisning.
- (16) Som begrunnelse for at det forelå grunnlag for varetektsfengsling etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2, har lagmannsretten i kjennelsen av 13. januar 2005 særlig pekt på trekk ved den siktedes personlighet. Det ble vist til at politiet i en påtegning hadde foreslått at det skulle foretas en rettspsykiatrisk vurdering for å få avklart om den siktede hadde en alvorlig psykiatrisk lidelse. Deretter ga lagmannsretten følgende referat fra en redegjørelse politiet hadde gitt om den siktedes karaktertrekk, basert på dokumentene i saken:

”Av redegjørelsen framgår det at siktede fra 1990 har vært undergitt behandling og hatt opphold ved flere psykiatriske institusjoner frem til han fylte 20 år. Bakgrunnen for dette var adferd med vold og trusler. I forbindelse med det såkalte Lillesandprosjektet er det gitt følgende uttalelse: ’Dersom gutten ser/oppfatter noe han ikke liker, smeller det. Familien føler de lever konstant på en bombe de vet vil gå av, – det er bare et tidsspørsmål.’ Ved utskrivningen fra Lillesandprosjektet i 1996 er det uttalt: ’Gutten er avhengig av videre hjelp og har ingen mulighet for å klare seg selv i dagens situasjon’. Et vitne har forklart at siktede har et merkelig forhold til andre. Han banket opp hunden sin og elsket å se på mishandling på TV, spesielt kvinnemishandling. Det er også opplysninger fra vitner, bl.a. med tilknytning til barneverntjenesten og PPT-tjenesten i X kommune der siktede er vokst opp, om siktedes manglende evne til å føle anger, skyld eller empati. Siktede har i avhør forklart at han hadde funnet ut at han kunne drive torpedovirksomhet og har gjort dette frem til pågripelsen. Han skal i den forbindelse ha uttalt: ’Vil dem ikke gjøre opp for seg, må jeg se på pengeverdien, da kan det bli alt fra kneskåler, knekking av fingre, og avklipping av fingre etc.’ Han ble i 2001 dømt for to ran ved bruk av omfattende vold, forsøk på utpressing ved bruk av vold, tre overtredelser av § 132a ved bruk av trusler samt for legemsfornærmelse. Han ble i 2002 dømt for bl.a. legemsbeskadigelse, utpressing og legemsfornærmelse. Han har også forklart at han har truet en person ved å holde en pumpehagle mot dennes mage.”

- (17) Lagmannsretten vurderte på dette grunnlag bevisforspillelsesfaren slik:

”De opplysninger som foreligger om siktedes personlighet, gir grunnlag for en reell frykt for at han vil gå til angrep med vold eller trusler overfor vitner som han mener har uttalt seg ufordelaktig om ham under etterforskningen. Faren for dette må anses nærliggende og reell på grunn av siktedes tilsynelatende manglende motforestillinger i forhold til vold og trusler. I denne sammenheng vises bl.a. til at siktede tidligere er dømt for flere tilfeller av forbrytelse mot straffeloven § 132 a. Lagmannsretten finner at det er sannsynlighetsovervekt for at siktede vil terrorisere vitner om han nå løslates, og at det derigjennom er fare for at vitner endrer sin forklaring til gunst for siktede slik at dette får betydning for sakens utfall. Slik denne fare fremstår, kan det ikke være avgjørende at de vitner som til nå er aktuelle, har gitt politiforklaring.”

- (18) Foranlediget av prosedyren tilføyer jeg at lagmannsretten i fortsettelsen av det siterte uttalte at den ”bevisforspillelsesfare som foreligger, vil gjøre seg gjeldende helt frem til hovedforhandling i saken”. Jeg oppfatter det slik at lagmannsretten her vurderte om det ville innebære et uforholdsmessig inngrep å holde den siktede varetektsfengslet frem til

en eventuell hovedforhandling. Jeg er ikke enig med forsvareren i at retten ga uttrykk for sitt syn på hvorvidt tiltale ville bli tatt ut, og kommer derfor ikke nærmere inn på denne delen av lagmannsrettens kjennelse.

- (19) De siterte uttalelsene om den siktedes personlighet ble altså gitt for å underbygge at vilkåret om bevisforspillelsesfare var oppfylt, ikke for å begrunne at det var skjellig grunn til å mistenke A for å ha begått den voldshandlingen han var siktet for. Likevel kaster uttalelsene et visst lys over lagmannsrettens syn på skyldspørsmålet. De omstendigheter som lagmannsretten trakk frem for å begrunne at det på fengslingstiden var fare for at A ville gå til angrep på vitner i saken, er av en slik art at de også naturlig ville inngå i en samlet bevisvurdering av om A hadde utøvd vold mot kjærestens sønn med den følge at gutten døde.
- (20) Men verken når uttalelsene leses isolert eller i sammenheng, gir de etter mitt syn uttrykk for mer enn at det var sannsynlighetsovervekt for at A ville gå til angrep på vitner. Jeg viser til at lagmannsretten brukte begreper som "frykt", "sannsynlighetsovervekt" og "tilsynelatende manglende motforestillinger". I tillegg kommer at bevisvurderingen under skyldspørsmålet i straffesaken måtte bli langt mer sammensatt enn vurderingen av bevisforspillelsesfaren i fengslingssaken. Å bruke vold og trusler for å påvirke voksne vitner er både i art og omfang noe ganske annet enn å utøve så alvorlig vold mot et lite barn at barnet dør. Etter mitt syn ga lagmannsretten derfor i fengslingssaken ikke uttrykk for en sterkere grad av mistanke om at A var skyldig etter siktelsen, enn den kunne ha gjort ved vurderingen av kravet om skjellig grunn til mistanke uten at det av den grunn ville medføre inhabilitet i straffesaken.
- (21) Etter mitt syn er det i forhold til habilitetsreglene ikke holdepunkter for å vurdere en mistankekonstatering som kommer til uttrykk ved vurderingen av om de spesielle fengslingsvilkår er oppfylt, annerledes enn den mistankekonstatering som tilkjennevis ved behandlingen av kravet om skjellig grunn til mistanke.
- (22) Et tilsvarende synspunkt er lagt til grunn i avgjørelsen i Rt. 2002 side 736, der det ikke ble konstatert inhabilitet for lagmannsrettens formann for uttalelser i en tidligere fengslingskjennelse i samme sak etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2 og 3, til tross for at det i kjennelsen var brukt relativt sterke uttrykk som var egnet til å kaste lys over den siktedes skyld. Lagmannsretten hadde blant annet uttalt følgende:
- "Lagmannsretten finner at det er sterk sannsynlighetsovervekt for at A vil begå nye straffbare handlinger som kan medføre høyere straff enn fengsel i seks måneder, dersom han løslates nå. Det vises særlig til at A 13. september 2001 ble dømt for flere meget graverende forhold, og at B var fornærmet i alle tilfellene. I dommene heter det: "Ingen av forholdene tiltalte dømmes for har preg av situasjonsbetingede enkelthendelser, men synes heller å være ekstreme utslag av hans kontrollerende, manipulerende og nedlatende holdning til sin tidligere samboer." At denne dommen er påanket av A, endrer ikke lagmannsrettens vurdering av gjentakelsesfaren."**
- (23) Etter mitt syn er det klare likhetstrekk mellom uttalelsene i denne saken og i den sak Høyesterett nå har til behandling.
- (24) Jeg er ikke kjent med avgjørelser av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) som tilsier at det aktuelle habilitetsspørsmål må vurderes annerledes i dag enn i 2002. Særlig vil jeg peke på at avgjørelsen 31. juli 2007 i saken Ekeberg og andre mot Norge ikke utvider området for hva slags uttalelser i en forutgående fengslingskjennelse som vil

kunne medføre inhabilitet i straffesaken, men angår kretsen av personer som vil kunne være inhabile.

- (25) Etter dette kan jeg ikke se at lagmannsretten ved sine uttalelser i fengslingskjennelsen om As personlighet har uttalt seg på en slik måte at de dommerne som var med på å treffe denne avgjørelsen, var inhabile til å delta ved behandlingen av straffesaken.
- (26) Jeg mener etter dette at anken må forkastes.
- (27) Dommer **Bårdsen**: Jeg er kommet til at lagdommer Aartun og ekstraordinær lagdommer Christiansen var inhabile, slik at lagmannsrettens dom med ankeforhandling må oppheves.
- (28) Jeg fremhever at det siden midten av 1990-tallet har skjedd en skjerping av kravene til dommerhabilitet i den konstallasjonen vi har for oss. Utviklingen har i hvert fall et stykke på vei vært drevet frem under EMK artikkel 6 nr. 1, med dommen fra EMD i saken Hauschildt mot Danmark 24. mai 1989 som den grunnleggende. Siden har en rekke dommer kommet til, hvor det er fremhevet at det avgjørende er hvordan det hele tar seg ut – fra siktedes ståsted og for den alminnelige observatør. Er det objektivt sett rimelig og saklig grunn til å trekke dommerens uhildethet i tvil, skal dommeren ikke delta ved pådømmelsen. Jeg viser her for eksempel til dommen i saken Ferrantelli og Santangelo mot Italia 26. juni 1996 premiss 58:
- ”What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public. This implies that in deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular judge lacks impartiality, the standpoint of the accused is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held objectively justified ...”**
- (29) Dommen i saken Ekeberg og andre mot Norge 31. juli 2007 er et nyere eksempel på utviklingen under EMK. Dommen slår fast at habilitetsvurderingen ikke er avhengig av dommerens konkrete rolle ved den senere pådømmelsen. I lagrettsaker står de tre fagdommerne derfor likt, selv om administrator både formelt og rent praktisk har en mer fremskutt rolle enn de andre to. Jeg nevner dette spesielt, ettersom lagdommer Aartun og ekstraordinær lagdommer Christiansen da kommer i samme stilling i forhold til habilitetsspørsmålet, i motsetning til det som ble lagt til grunn før Ekebergdommen, se Rt. 2003 side 1269 i avsnitt 19, sammenholdt også med Rt. 2007 side 1609 i avsnitt 14.
- (30) Som førstvoterende har jeg som utgangspunkt at en dommer som beslutter straffeprosessuelle tvangsmidler eller etterforskningskritt basert på kriteriet ”skjellig grunn til mistanke” eller tilsvarende, ikke automatisk er inhabil. I den enkelte sak kan forholdene likevel ligge annerledes an. Især kan dette gjelde ved uttalelser om bevisene for siktedes straffskyld utover det som kreves for å konstatere skjellig grunn til mistanke, se som eksempel Rt. 1997 side 89. Jeg viser også til Rt. 2007 side 1839, hvor kjæremålsutvalget uttaler i avsnitt 9 at ”hvis dommeren i forbindelse med varetektsfengsling etter § 171 har uttalt seg på en måte som er eller ligger nær en skyldkonstatning av forhold siktelsen gjelder, vil dette medføre inhabilitet”.
- (31) Men inhabilitetsproblematikken på grunn av dommerens forhåndsbefatning med saken rekker lenger, og dekker i det hele at dommeren i fengslingskjennelsen uttaler seg slik at dette er egnet til å svekke tilliten til at dommeren møter saken, tiltalte eller bevisene med

det åpne sinn vår rettergangsordning – herunder da EMK artikkel 6 nr. 1 og domstolloven § 108 – forutsetter.

- (32) Inhabiliserende uttalelser kan knytte seg til skyldspørsmålet, men også til sentrale og tungtveiende straffutmålingsmomenter. Jeg finner i denne forbindelse grunn til å nevne at Høyesterett allerede i Rt. 1994 side 1281 – i tråd med en slik bredere tilnærming – la til grunn at dommeren i herredsretten var inhabil i en sak om blant annet fartsoverskridelse hvor straffskyld var erkjent, siden dommeren i forbindelse med tidligere beslag av siktedes førerkort hadde gitt uttrykk for at det ikke kunne ”festes lit til siktedes forklaring” omkring farten. Saken viser også at det selv i nokså bagatellmessige straffesaker har vært praktisert en streng norm. Vår sak gjelder en meget alvorlig tiltale, hvor det naturligvis er særlig om å gjøre at både tiltalte og allmennheten kan ha full tillit til at rettens medlemmer ikke på noen måte har gjort seg opp en mening på forhånd.
- (33) Førstvoterende har redegjort for de aktuelle uttalelsene i fengslingskjennelsen, hvor lagmannsretten gir uttrykk for at siktedes personlighet er et særtrekk ved saken. Lagmannsretten går etter mitt syn nokså detaljert til verks. Med referanse til sakens dokumenter, beskrives opphold på psykiatriske institusjoner på grunnlag av vold og trusler, henvisninger til eksplosiv atferd i familierelasjoner, til brutalitet mot dyr, siktedes forkjærlighet for å se på mishandling – særlig kvinnemishandling – på TV, og hans manglende evne til å føle empati, anger eller skyld. Det er videre vist til at siktede har forklart seg om egen torpedovirksomhet, og enkelte brutale detaljer omkring denne er trukket spesielt frem i kjennelsen. Tidligere domfellelser for vold, utpressing og trusler er nevnt. Lagmannsretten går så over i en vurderende del, hvor det sentrale er at de opplysninger som foreligger om siktedes personlighet gir grunnlag for en reell frykt for at siktede vil gå til angrep med vold og trusler mot vitner som han mener har uttalt seg ufordelaktig om ham under etterforskningen. Lagmannsretten understreker at faren er nærliggende og reell ”på grunn av siktedes tilsynelatende manglende motforestillinger i forhold til vold og trusler”, og at ”det er sannsynlighetsovervekt for at siktede vil terrorisere vitner om han nå løslates”.
- (34) Jeg kan ikke fri meg fra at lagmannsrettens kjennelse samlet sett, og med en betydelig kraft, beskriver en følelseskald, ustabil og skremmende volds mann som tiltrekkes av brutalitet i et vidt spekter av variasjoner – og som er forberedt på selv å benytte vold i nær sagt enhver relasjon. Det vil være meget krevende for de to lagdommerne som i sin tid oppfattet siktede og hans personlighet i tråd med beskrivelsen i kjennelsen, å legge denne vurderingen helt til side i den senere straffesaken. Det er i hvert fall ikke urimelig, eller uten støtte i objektive holdepunkter, om tiltalte kunne føle uro i forhold til dette.
- (35) Det inntrykket av siktedes person og hans forhold til vold som formidles i fengslingskjennelsen, må sammenholdes med de sentrale tema i den etterfølgende straffesaken. Tiltalen gjelder meningsløs voldsutøvelse mot et lite barn, med dødelig utgang. Bevissituasjonen for lagmannsretten var slik at dersom lagretten kom til at vold var utøvet mot barnet, måtte gjerningsmannen enten være siktede eller barnets mor. Det var etter det jeg forstår ikke vitneobservasjoner som knyttet noen av dem direkte til de dødbringende voldshandlinger mot barnet, og heller ikke avgjørende tekniske bevis. Bedømmelsen av siktedes person, og hans eventuelle tilbøyelighet til voldsbruk i ulike relasjoner, vil i en slik bevissituasjon kunne komme til å måtte stå sentralt. Vår sak skiller seg her på en avgjørende måte fra Rt. 2002 side 736, som førstvoterende har vist til.

- (36) Selv om lagmannsrettens begrunnelse ikke går lenger enn det som var nødvendig for å begrunne bevisforspillelsesfare, kan dette i vår sak ikke være avgjørende. Det var en direkte forbindelse mellom uttalelsene i fengslingskjennelsen knyttet til siktedes voldelighet, og bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Dommerne Aartun og Christiansen uttrykte seg så tydelig og sterkt om dette tema i fengslingskjennelsen, at de etter mitt syn ikke burde ha deltatt i den senere straffesaken.
- (37) Det ble ikke reist inhabilitetsinnsigelse mot lagdommer Aartun og ekstraordinær lagdommer Christiansen i forbindelse med ankeforhandlingen for lagmannsretten. Jeg er enig med forsvareren i at dette ikke kan være avgjørende, slik saken ligger an. Preklusjon etter domstolloven § 111 annet ledd er etter mitt syn heller ikke aktuelt.
- (38) Jeg stemmer for denne

## D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

- (39) Dommer **Coward:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Øie.
- (40) Dommer **Tønder:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Bårdsen.
- (41) Dommer **Lund:** Likeså.
- (42) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

## D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

Riktig utskrift bekreftes: