



NORGES HØYESTERETT

Den 3. april 2009 avsa Høyesterett kjennelse i

**HR-2009-00760-P, (sak nr. 2009/202 og sak nr. 2009/397), straffesaker,
anker over dom,**

sak nr. 2009/202, straffesak, anke over dom

A

(advokat Steinar Thomassen)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(riksadvokat Tor-Aksel Busch)

sak nr. 2009/397, straffesak, anke over dom

B

(advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(riksadvokat Tor-Aksel Busch)

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

- (1) Dommer **Indreberg**: Saken gjelder dommer Cowards habilitet ved Høyesteretts behandling i plenum av to anker som reiser spørsmål om den norske lagretteordningen er i samsvar med menneskerettighetene.
- (2) Høyesteretts skal i mai 2009 behandle As anke over Agder lagmannsretts dom 16. januar 2009 og Bs anke over Borgarting lagmannsretts dom 20. februar 2009. Begge ankene er tillatt fremmet for så vidt gjelder saksbehandlingen, og reiser spørsmål om det er i strid med menneskerettighetene – EMK artikkel 6 nr. 1 og/eller SP artikkel 14 nr. 5 – at de er domfelt i lagmannsretten uten at det er gitt noen begrunnelse for konstateringen av skyld.

- (3) Spørsmålet om dommer Coward er inhabil til å delta i pådømmelsen av sakene grunnet hennes samboerskap med regjeringsadvokat Fagernæs, ble først tatt opp av dommer Skoghøy. I et skjermbrev til justitiarius 18. mars 2009 ga han uttrykk for at dommer Coward etter hans oppfatning er inhabil. Dommer Skoghøys begrunnelse fremgår av følgende utdrag av skjermbrevet:

”Tvistetemaet er hvorvidt den norske juryordningen strider mot EMK artikkel 6. Dersom det blir anlagt en sivil sak med påstand om EMK-brudd, er staten både for norske domstoler og ved en senere klage til EMD representert ved regjeringsadvokaten. I straffesaker er det påtalemyndigheten som opptrer på statens vegne for norske domstoler. Men dersom avgjørelsen av en straffesak blir brakt inn for internasjonale klageorganer, overtar regjeringsadvokaten prosessoppdraget. Dette gjelder også i vår sak. Hvis anken ikke fører frem, er sannsynligheten for en klage til EMD stor, og da vil regjeringsadvokaten tre inn i saken som prosessfullmektig for staten. Forholdet er altså at regjeringsadvokaten i saker om menneskerettskrenkelser har som fast oppgave å ivareta den norske stats partsinteresser og er enten *aktuell* eller *latent* prosessfullmektig for staten. Av hensyn til det rettssøkende publikums og allmennhetens behov for tillit til rettspleien bør man etter mitt syn ikke kunne tjenestegjøre som dommer i spørsmål hvor ektefellen/samboeren har som fast oppgave å ivareta den ene partens interesser, og hvor ektefellen/samboer enten er aktuell eller latent prosessfullmektig.”

- (4) Hele skjermbrevet er gjengitt i kjennelsen 2. april 2009 om dommer Skoghøys habilitet.
- (5) A deler dommer Skoghøys oppfatning, og har lagt ned påstand om at dommer Coward viker sete. Hans forsvarer har særlig fremhevet at det er svært sannsynlig at sakene vil bli brakt inn for EMD hvis ankene ikke fører fram i Høyesterett. Når det på forhånd er klart at regjeringsadvokatembetet da vil opptre på vegne av staten, er dommer Cowards samboerskap med regjeringsadvokaten en særegen omstendighet som er egnet til å svekke tilliten til hennes uhildethet, jf. domstolloven § 108.
- (6) B har ikke innsigelser mot dommer Cowards habilitet. Hans forsvarer peker særlig på at ordningen ellers, jf. domstolloven § 106, er at det er den av to mulige inhabile personer som sist får befatning med saken, som må vike sete. Dette innebærer at det eventuelt er regjeringsadvokaten som kan bli inhabil til å opptre i en etterfølgende sak for EMD, ikke dommer Coward som blir inhabil i saken for Høyesterett. Anses dommer Coward for å være inhabil, vil det dessuten i praksis innebære et yrkesforbud for henne. Svært mange saker reiser spørsmål som gjelder EMK, og kan – avhengig av utfallet i Høyesterett – tenkes å bli brakt inn for EMD.
- (7) Riksadvokaten har heller ikke innsigelser mot dommer Cowards habilitet. Også han viser til at lovens ordning der en sak suksessivt kan komme til å behandles av nærstående, er at det er den siste som må vike sete. Den hypotetiske muligheten for at ankesakene vil bli etterfulgt av en klage til EMD, og for at staten da vil bli representert av regjeringsadvokatembetet, kan ikke ha betydning for dommer Cowards habilitet. Hensynet til konsekvensene av å finne dommer Coward inhabil må også bringes inn. Spør man seg hvilket standpunkt det må garderes mot at dommer Coward vil innta som følge av eventuell inhabilitet, er svaret usikkert. Det er ikke slik at staten har klar interesse i et bestemt utfall – det må legges til grunn at staten har interesse i at Norge oppfyller sine menneskerettsforpliktelser. Dette viser at det ikke foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til dommer Cowards uhildethet.
- (8) *Jeg er kommet til at dommer Coward ikke må vike sete.*

- (9) Spørsmålet i saken er om dommer Cowards samboerforhold med regjeringsadvokat Fagernæs er et særegent forhold som er egnet til å svekke tilliten til hennes uhildethet i ankesakene, jf. domstoloven § 108. Det avgjørende er hvordan det tar seg ut fra siktedes ståsted og for den alminnelige observatør. Spørsmålet er om det objektiv sett er rimelig og saklig grunn til å trekke hennes uhildethet i tvil, jf. Rt. 2008 side 1466 avsnitt 28. Inhabilitet følger i tilfelle av at regjeringsadvokaten vil kunne komme til å opptre som statens partsrepresentant i en sak for EMD eller FNs menneskerettskomité dersom de ankende parter ikke vinner fram i Høyesterett og klager til et av disse organene. Regjeringsadvokaten har til nå ikke hatt befatning med saken.
- (10) Det følger av regjeringsadvokatens instruks at regjeringsadvokaten kan pålegges å opptre som statens representant i saker for EMD. Den normale ordningen er at regjeringsadvokaten ved en advokat ved embetet representerer staten i klagesaker for menneskerettsorganer. Det er imidlertid ikke noe i veien for at staten gir et konkret oppdrag til en annen advokat eller riksadvokaten, for eksempel dersom regjeringsadvokaten skulle anses som inhabil.
- (11) Ingen av de absolutte habilitetsreglene i domstolovens § 106 knytter virkninger til nærståendes eventuelle fremtidige befatning med en sak. Ordningen er at det er den som senere skal opptre som dommer eller lagrettemedlem, som eventuelt må ta konsekvensen av at en nærstående tidligere har hatt med saken å gjøre. Det samme må etter min oppfatning være utgangspunktet ved vurderingen av inhabilitet etter domstoloven § 108 – noe som taler mot at dommer Coward er inhabil. Spørsmålet blir da om det er andre forhold som med tyngde trekker i motsatt retning. Jeg drøfter først om staten kan sies å ha en bestemt interesse i sakens utfall, og om dette eventuelt ”smitter over” på regjeringsadvokaten.
- (12) Ved vurderingen av statens interesse i sakens utfall i Høyesterett, finner jeg det naturlig å ta utgangspunkt i menneskerettsloven, som blant annet gir EMK og SP status som norsk lov med forrang foran annen norsk lovgivning, jf. §§ 2 og 3. Det samme følger på straffeprosesslovens område også av straffeprosessloven § 4. En virkning av denne lovgivningen er at eventuell motstrid mellom norsk lov og konvensjonsbestemmelser kan bli avdekket og avhjulpet innenfor det norske rettssystemet, slik at det ikke er nødvendig å bringe spørsmålet inn for de internasjonale håndhevingsorganene, som EMD. Dette er både i statens, den potensielle klagerens og den overarbeidede menneskerettsdomstolens interesse. I vår sak påberopes avgjørelser fra konvensjonsorganer som er kommet til etter at den norske lagretteordningen ble vedtatt. I en slik situasjon kan det ikke legges til grunn at staten har interesse i det ene eller andre utfallet av Høyesteretts behandling av ankesaken. Statens interesse må være at Høyesterett skal komme til at lagretteordningen er i strid med konvensjonene dersom det er tilstrekkelige holdepunkter for det, og motsatt, at Høyesterett skal finne ordningen konvensjonsmessig dersom det ikke er tilstrekkelige holdepunkter for å konstatere motstrid. Det avgjørende fra statens side må være å få avklart om det er motstrid mellom norsk lov og menneskerettighetene. En annen sak er at staten overfor konvensjonsorganene må forsvare det standpunkt Høyesterett har inntatt dersom staten etter avgjørelsen i Høyesterett blir klaget inn for et internasjonalt menneskerettsorgan.
- (13) Av samme grunn kan jeg ikke se at regjeringsadvokaten i kraft av å være regjeringsadvokat skulle ha noen bestemt interesse i hvilket utfall saken får i Høyesterett. Jeg tilføyer at selv om staten skulle ha en bestemt interesse i utfallet av en sak, følger det

ikke automatisk at regjeringsadvokaten har en sammenfallende interesse så lenge regjeringsadvokaten ikke har fått noe oppdrag i saken.

- (14) Jeg kan heller ikke se at det er andre forhold som skulle tilsi at tilliten til dommer Coward blir svekket av at det er sannsynlig at staten vil bli klaget inn for EMD eller FNs menneskerettskomité dersom ankene ikke fører fram, og av at regjeringsadvokatembetet vanligvis fører slike saker. Regjeringsadvokaten har ingen økonomisk interesse i å få eller ikke få et slikt oppdrag. Dommer Cowards tidligere deltakelse i saker om norsk lovgivnings forhold til EMK, har heller ikke gitt foranledning til habilitetsinnsigelser eller etterfølgende kritikk. Dette tyder etter mitt syn på at hennes forhold til regjeringsadvokaten ikke er egnet til å svekke partenens eller det rettssøkende publikums tillit til hennes uhildethet i slike saker. Jeg kan ikke se at denne saken kommer i noen særstilling. Jeg kan heller ikke se at det bør legges avgjørende vekt på at den ene forsvareren har påstått at dommer Coward viker sete, jf. domstollosen § 108 annet punktum, eller at det kan ha betydning at det i den senere tid er skjedd en utvikling i de krav som stilles til en dommers habilitet, jf. Høyesteretts dom 27. februar 2009 i HR-2009-00488-A avsnitt 19.
- (15) Slik saken står for Høyesterett er det følgelig etter min mening objektivt sett ikke rimelig og saklig grunn til å trekke dommer Cowards uhildethet i tvil.
- (16) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

Dommer Coward viker ikke sete ved behandlingen av sakene 2009/202 og 2009/397.

- (17) Dommer **Matningsdal**: Jeg er kommet til at dommer Coward er inhabil.
- (18) Spørsmålet er om det forhold at dommer Coward er samboer med regjeringsadvokaten medfører at "andre særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til" hennes uhildethet, jf. domstollosen § 108. Dette avhenger av hvilken interesse staten har i utfallet av sakene.
- (19) Temaet i de to sakene er om den juryordningen som ble innført ved straffeprosessloven av 1. juli 1887 nr. 5, ikke kan videreføres med sitt nåværende innhold fordi den er i strid med våre folkerettslige forpliktelser. Denne ordningen har mange betraktet som en viktig del av den demokratiseringsprosessen av Norge som skjedde mot slutten av 1800-tallet. I tillegg til at den har vært ansett som et viktig element i vårt demokratiske system, har den også blitt ansett som en rettssikkerhetsgaranti.
- (20) Ved to senere anledninger, først ved vedtakelsen av den någjeldende straffeprosessloven i 1981, og deretter ved innføringen av To-instansreformen i 1995, har flertallet i de sakkyndige lovutvalgene foreslått ordningen avskaffet. Departementet avviste forslagene ved begge anledninger, jf. Ot.prp. nr. 35 (1978–79) side 15–44 og Ot.prp. nr. 78 (1992–93) side 47–56, og Stortinget sluttet seg til departementets standpunkt. Som begrunnelse for å opprettholde ordningen uttales blant annet følgende i Ot.prp. nr. 78 (1992–93) side 55 første spalte:

”Etter departementets syn bør det legges vekt på at vi har hatt et jurysystem i omkring hundre år og at systemet stort sett har fungert godt. Det bør meget gode grunner til for å oppheve en ordning som er vel innarbeidet i folks rettsbevissthet som en garanti for en betryggende og demokratisk behandling av straffesaker.”

- (21) Situasjonen er altså at Høyesterett i de to plenumssakene må ta stilling til om en ordning som det nå er nærmere 125 år siden ble innført i Norge, skal underkjennes som folkerettsstridig med det innholdet den har i dag. Dette innebærer i seg selv at betydningen av de to sakene atskiller seg markert fra de fleste andre sakene som behandles av Høyesterett om våre folkerettslige forpliktelser. Det er ikke bare spørsmål om å tilsidesette norsk lovgivning, men om å underkjenne et helt sentralt element i vår straffesaksbehandling.

- (22) I tillegg kommer at Høyesteretts avgjørelser vil kunne få store konsekvenser. Blir konklusjonen at dagens juryordning underkjennes, vil et betydelig antall straffedommer hvor skyldspørsmålet er avgjort ved lagrettebehandling i tråd med straffeprosesslovens nåværende ordning, og som ikke er rettskraftige, bli opphevet. Det vil få som konsekvens at lagmannsrettene, i tillegg til å måtte avvikle løpende saker, vil få en rekke saker som må behandles på ny. Dette vil videre berøre påtalemyndigheten som må aktorere sakene en gang til. Og opphevelsene vil kunne medføre at man får kompliserte spørsmål med hensyn til forlengelse av varetekt som følge av lang fengslingstid, og bevisførselen under enkelte nye ankeforhandlinger vil kunne bli vanskeliggjort. Endelig viser jeg til at det kan oppstå en uklar situasjon om hvordan lagmannsrettene skal forholde seg inntil ny lovgivning blir vedtatt.

- (23) Dersom utfallet omvendt blir at juryordningen ikke underkjennes, vil også dette få konsekvenser for en rekke andre saker som har vært behandlet med lagrette, og som ikke har blitt rettskraftige. Anke i disse sakene under henvisning til at lagmannsretten har avgjort sakene med lagrettebehandling, vil ikke føre fram. Etter min mening er det da mye som taler for at en ikke ubetydelig andel av de domfelte som får anken forkastet på dette grunnlaget, vil bringe saken inn for EMD med påstand om at saksbehandlingen har vært i strid med EMK artikkel 6 nr. 1. Disse sakene vil staten være avskåret fra å forlike, idet et forlik ikke kan gå ut på at dommene oppheves. Og skulle de domfelte få medhold av EMD i at vår nåværende juryordning er i strid med EMK artikkel 6 nr. 1, følger det av straffeprosessloven § 391 nr. 2 bokstav b at de har krav på gjenåpning. Det samme vil bli situasjonen dersom man i stedet vinner fram med en klage til FNs menneskerettskomité med påstand om brudd på FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 5.

- (24) Selv om det nå skulle være et politisk flertall i Stortinget som ønsker å avskaffe juryordningen, må dette være uten betydning for statens interesse i den foreliggende saken. Så lenge loven ikke er endret, har staten en klar interesse i at den ikke underkjennes. Jeg viser til at en eventuell avskaffelse av juryordningen ved lov ikke vil skape de samme praktiske problemer som en underkjennelse ved dom. Staten må derfor uavhengig av stortingsflertallets fremtidige standpunkt uansett forsvare dagens ordning.

- (25) Min konklusjon så langt er altså at plenumssakene har svært stor betydning for staten, og står i en særstilling i forhold til de fleste andre sakene som reiser spørsmål om våre folkerettslige forpliktelser.

- (26) Førstvoterende har lagt betydelig vekt på et rekkefølgeargument, og hun fremhever at dommer Cowards habilitet har blitt aktualisert før regjeringsadvokaten overhodet har fått et prosessoppdrag i saken. Jeg kan ikke tiltre denne argumentasjonen:
- (27) Regjeringsadvokaten er statens ordinære prosessfullmektig, og står i en helt annen stilling enn andre advokater som mer leilighetsvis tar prosessoppdrag for en part. En av regjeringsadvokatens oppgaver er ved spørsmål om brudd på menneskerettighetene å ivareta Norges interesser ved behandlingen i de internasjonale klageorganene. Sentralt i den sammenheng er å ivareta lovgivers handlingsrom.
- (28) Etter fast praksis fra EMD har kravet til upartiskhet to sider. For det første skal det foretas en subjektiv test – nærmere bestemt om vedkommende dommer rent faktisk vil dømme upartisk. Denne testen er uproblematisk for dommer Cowards vedkommende. Artikkel 6 nr. 1 er imidlertid ikke begrenset til situasjoner der dommeren *er* forutinntatt eller partisk. Den omfatter også tilfeller der det ut fra en objektiv målestokk kan være grunn til å trekke vedkommendes åpenhet eller upartiskhet i tvil. Spørsmålet er hvordan det hele tar seg ut, særlig fra siktedes ståsted, og for den alminnelige observatør: Jeg viser i denne forbindelse til EMDs dom av 7. august 1996 i saken *Ferrantelli og Santangelo mot Italia*, sak nummer 19874/92, hvor det i avsnitt 56 og 58 heter:

”The Court recalls that the existence of impartiality for the purposes of Article 6 para. 1 must be determined according to a subjective test, that is on the basis of the personal conviction and behaviour of a particular judge in a given case, and also according to an objective test, that is ascertaining whether the judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect ...

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) Dette er fulgt opp i nyere praksis fra EMD. Som illustrasjon viser jeg til dom av 15. juli 2005 i saken *Meznaric mot Kroatia*, sak nummer 71615/01, hvor domstolen i avsnitt 31 uttaler:

”As to the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge’s conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality. 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 person concerned is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified.”

- (30) Høyesterett har i sin praksis tatt et tilsvarende utgangspunkt. Jeg viser først til Rt. 2008 side 1466, hvor det i avsnitt 28 heter:

”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 (EMD-1983-10486) 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.”

- (31) Jeg viser endelig til Høyesteretts dom av 27. februar 2009 i HR-2009-00488-A avsnitt 19:

”Som fremhevet av flertallet i Høyesteretts dom i Rt-2008-1466, 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.”

- (32) Den objektive testen skal altså ta utgangspunkt i hvordan forholdet fremtrer utad, og spørsmålet er om det er ”ascertainable facts which may raise doubts as to [her] impartiality”. I den foreliggende saken er, som nevnt, situasjonen at staten har betydelige interesser i å forsvare den nåværende norske juryordningen, og at dommer Cowards samboer i kraft av sin stilling som regjeringsadvokat er statens ordinære prosessfullmektig – også for de internasjonale klageorganene. At det i denne konkrete saken vil kunne være aktuelt å engasjere en annen prosessfullmektig, kan ikke sette saken i en annen stilling. Dette er en nyanse som vil være lite synlig for allmennheten. Dessuten vil regjeringsadvokaten som statens ordinære prosessfullmektig av allmennheten uansett bli identifisert med statens interesser.
- (33) Etter domstolloven § 108 andre punktum skal det også legges vekt på om en part har fremsatt inhabilitetsinnsigelse. Dette er tilfellet for A. At den andre domfelte, B, har inntatt motsatt standpunkt, er uten betydning, idet hver enkelt domfelt har selvstendige prosessuelle rettigheter. Som det fremgår av sitatet fra EMDs dom i saken Meznaric mot Kroatia, understreket EMD at ”the standpoint of the person concerned is important but not decisive”. Det kan også vises til Høyesteretts storkammeravgjørelse inntatt i Rt. 2008 side 1451 hvor førstvoterende i forbindelse med hans standpunkt om at dommer Øie var inhabil, i avsnitt 20 avslutter med at ”[n]år jeg under tvil konkluderer med at dommer Øie må vike sete, har jeg lagt vekt på at dette uttrykkelig er krevd av den ankende part”.
- (34) Når disse forhold vurderes samlet, er jeg kommet til at dommer Coward er inhabil og dermed må vike sete under plenumssakene.
- (35) Dommer **Tjomsland:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Matningsdal.
- (36) Dommer **Stang Lund:** Likeså.
- (37) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (38) Dommer **Bårdsen:** Likeså.
- (39) Kst. dommer **Falkanger:** Likeså.
- (40) Dommer **Gjølstad:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Indreberg.
- (41) Dommer **Lund:** Likeså.
- (42) Dommer **Gussgard:** Likeså.
- (43) Dommer **Bruzelius:** Likeså.

- | | | |
|------|----------------------------|-----------|
| (44) | Dommar Utgård: | Det same. |
| (45) | Dommer Stabel: | Likeså. |
| (46) | Dommer Tønder: | Likeså. |
| (47) | Dommer Øie: | Likeså. |
| (48) | Dommer Endresen: | Likeså. |
| (49) | Justitiarius Schei: | Likeså. |

- (50) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Dommer Coward viker ikke sete ved behandlingen av sakene 2009/202 og 2009/397.

Riktig utskrift bekreftes: