



NORGES HØYESTERETT

Den 11. juni 2010 avsa Høyesterett dom i

HR-2010-01006-A, (sak nr. 2010/436), straffesak, anke over dom,

I.

A

(advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(statsadvokat Pål S. Berg)

II.

B

(advokat Erik Dammen Stoltz – til prøve)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(statsadvokat Pål S. Berg)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Bårdsen**: Saken gjelder i første rekke en lagdommers habilitet i en straffesak, der vedkommende allerede hadde hatt befatning med sakskomplekset i anledning anker over fengslingskjennelser.
- (2) Ved Oslo statsadvokatembeters beslutning 25. september 2008 ble A og B – sammen med to andre – satt under tiltale for alvorlig narkotikakriminalitet. Hovedpunktene var befatning med to partier narkotika som ble innført fra Nederland til Norge i 2007. Det såkalte ”januarpartiet” bestod etter tiltalen av ca. 50 kilo hasjissj og minst 9 kilo

amfetamin. Det såkalte ”marspartiet” utgjorde etter tiltalen omkring 49 kilo amfetamin og 30 800 tabletter ecstasy.

- (3) Ved Asker og Bærum tingretts dom 17. februar 2009 ble A i henhold til tiltalen funnet skyldig i overtredelse av blant annet straffeloven § 162 første og tredje ledd, jf. femte ledd – og dømt til fengsel i 16 år. Fellelsen omfatter innførsel og omsetning av begge de aktuelle partiene. Tingretten la til grunn at A var hovedmannen på mottakersiden i Norge. Også B ble funnet skyldig i overtredelse av straffeloven § 162 første og tredje ledd, jf. femte ledd for befatning med begge partiene, likevel slik at tingretten frifant ham for medvirkning til selve innførselen av ”januarpartiet”. For ham ble straffen satt til fengsel i 10 år. Tingretten la til grunn at B hadde hatt en nødvendig rolle ”som As tro tjener”, men at han ikke hadde vært sentral i organiseringen.
- (4) A og B anket til Borgarting lagmannsrett over blant annet bevisvurderingen under skyldspørsmålet. Påtalemyndigheten anket ikke. Frifinnelsen av B for medvirkning til innførsel av ”januarpartiet” ble dermed rettskraftig.
- (5) Ved Borgarting lagmannsretts dom 14. desember 2009 ble A og B på nytt funnet skyldige. Befatningen med ”januarpartiet” ble subsumert under straffeloven § 162 første og annet ledd som grov narkotikaforbrytelse, men altså ikke knyttet til ”et meget betydelig kvantum”, slik fellelse etter tredje ledd fordrer.
- (6) For A er domsslutningen med hensyn til straffekravet slik:
- ”A, født 02.09.1953, dømmes for overtredelse av straffeloven § 162 første og tredje ledd, første punktum, jf. femte ledd, straffeloven § 162 første og annet ledd, jf. femte ledd, og straffeloven § 317 annet og fjerde ledd, sammenholdt med straffeloven §§ 61 og 62, til en straff av fengsel i 15 – femten – år. I straffen fragår 1027 – ettusenogtjuesju – dager for varetektsfengsel.”**
- (7) Lagmannsretten la til grunn at A – som hovedmann i Norge – hadde hatt befatning med 53,2 kilo amfetamin og 30 kilo hasjisj i form av innførsel og omsetning.
- (8) For B er domsslutningen slik:
- ”B, født 04.02.1949, dømmes for overtredelse av straffeloven § 162 første og tredje ledd, første punktum, jf. femte ledd, og straffeloven § 162 første og annet ledd, jf. femte ledd, samt det forhold som han ble funnet endelig skyldig i ved Asker og Bærum tingretts dom avsagt 17.02.2009, sammenholdt med straffeloven §§ 61 og 62, til en straff av fengsel i 10 – ti – år. I straffen fragår 290 – tohundreogtjue – dager for varetektsfengsel.”**
- (9) Lagmannsretten la til grunn at også B hadde hatt befatning med 53,2 kilo amfetamin og 30 kilo hasjisj – i form av medvirkning til omsetning av ”januarpartiet” og medvirkning til innførsel og oppbevaring av ”marspartiet”. Forholdene avgjort ved Asker og Bærum tingretts dom 17. februar 2009 gjaldt oppbevaring av ca. 1 kilo hasjisj og 142 gram amfetamin. Som tingretten la lagmannsretten til grunn at B hadde en mer underordnet, men likevel viktig rolle i forbindelse med partiene, og at det var ham som ”fysisk tok hånd om narkotikaen”.
- (10) As og Bs anker over lagmannsrettens dom er ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 5. mai 2010 delvis tillatt fremmet for så vidt gjelder lagmannsrettens saksbehandling. Det

er for begge de domfelte gjort gjeldende at en av lagdommerne var inhabil, ettersom han allerede hadde hatt befatning med sakskomplekset i anledning anker over fengslingskjennelser. For B er det også spørsmål om lagmannsretten – ved å felle ham for medvirkning til omsetning av 30 kilo hasjisj fra ”januarpartiet” – har gått utenfor sin kompetanse etter straffeprosessloven § 38. B ble som nevnt frifunnet for medvirkning til innførselen av dette partiet. Og tiltalen for eventuell omsetning fra ”januarpartiet” er begrenset til amfetamindelen av dette.

- (11) *Jeg er kommet til at ankene fører frem.*
- (12) Jeg behandler først spørsmålet om lagdommer Lars Ole Evensen var inhabil til å delta ved behandlingen av straffesaken mot A og B, på grunn av sin tidligere befatning med sakskomplekset i anledning anker over fengslingskjennelser.
- (13) Inhabilitsinnsigelsen bygger på domstolloven § 108, hvoretter ingen kan være dommer når det foreligger ”særegne omstendigheter” som er ”skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet”. Bestemmelsen må tolkes og anvendes i lys av retten til en rettferdig rettergang ved en upartisk og uavhengig domstol, jf. blant annet EMK artikkel 6 nr. 1. Utviklingen i rettspraksis viser at man av hensyn til å skape og opprettholde tilliten til domstolene har lagt økt vekt på hvordan situasjonen kan oppfattes, fra siktedes ståsted og for den alminnelige observatør. Er det objektivt sett rimelig og saklig grunn til å trekke dommerens uhildethet i tvil, skal vedkommende ikke delta ved pådømmelsen, jf. Rt. 2008 side 1466 avsnitt 28, Rt. 2009 side 225 avsnitt 19 og Rt. 2009 side 1662 avsnitt 10.
- (14) Spørsmålet om en dommer på dette grunnlag er inhabil, må avgjøres konkret. Praktiske overveielser, og behovet for klarhet omkring rettens sammensetning, tilsier imidlertid at man for de mer vanlige typetilfellene søker å angi alminnelige utgangspunkter, basert på hva som gjennomgående gir løsninger i tråd med hensynene bak habilitetsreglene, jf. Rt. 2009 side 1662 avsnitt 11.
- (15) Jeg legger til grunn at en dommer ved ting- eller lagmannsrett som tidligere har avsagt kjennelse om varetektsfengsling etter straffeprosessloven § 172, uten videre er inhabil ved en senere hoved- eller ankeforhandling. Dette gjelder uavhengig av det konkrete grunnlaget dommeren hadde ved avgjørelsen av fengslingsspørsmålet, og siktedes syn på dette. I Rt. 1996 side 925 fremheves at det heller ikke har betydning ”om mistankekonstateringen etter straffeprosessloven § 172 har fremstått som vanskelig eller tvilsom”. Også der grunnlaget for mistankekonstateringen er opplagt og ubestridt, vil altså selve det forhold at dommeren har bygget fengslingen på straffeprosessloven § 172, lede til inhabilitet i en senere hoved- eller ankeforhandling.
- (16) Den dommer som har beslutter straffeprosessuelle tvangsmidler eller etterforskningskritt basert på kriteriet ”skjellig grunn til mistanke” eller tilsvarende, er derimot ikke uten videre inhabil. Forholdene må her vurderes konkret, blant annet ut fra om det i tidligere kjennelser er gitt uttrykk for en vurdering av bevisene utover det som kreves for å konstatere skjellig grunn til mistanke, eller knyttet til sentrale og tungtveiende straffutmålingsmomenter. Det må samlet sett ikke være noe som rokker ved tilliten til at dommeren møter saken, tiltalte eller bevisene med et åpent sinn, jf. Rt. 2008 side 1466 avsnitt 31 og Rt. 2009 side 225 avsnitt 19.

- (17) Lagdommer Evensen har ved to anledninger deltatt ved behandling av As anker over fengslingskjennelser. I kjennelse 29. mai 2009 heter det:

”Det er ikke bestridt at det foreligger skjellig grunn til mistanke og unndragelsesfare og at også vilkårene for fengsling etter § 172 fortsatt er oppfylt, og lagmannsretten viser til tidligere kjennelser om disse spørsmålene.”

- (18) Ettersom lagmannsretten la til grunn at vilkårene for fengsling etter straffeprosessloven § 172 var oppfylt, innebærer allerede denne kjennelsen – ut fra det jeg tidligere har sagt om forståelsen av domstolloven § 108 i slike situasjoner – at lagdommer Evensen var inhabil i den senere ankeforhandlingen. At begrunnelsen er summarisk, og for det vesentlige består i en generell henvisning til tidligere kjennelser, endrer ikke dette. Jeg nevner i denne forbindelse særskilt at Asker og Bærum tingrett ved kjennelse 22. mai 2009 fant at vilkårene for fengsling etter straffeprosessloven § 172 var oppfylt, og at lagmannsretten ved å vise til tidligere kjennelser også har gitt sin tilslutning til denne vurderingen.
- (19) Lagmannsrettens fengslingskjennelse 26. september 2007 bygger på straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2. For så vidt gjelder mistankegrunnlaget, har lagmannsretten vist til tingrettens begrunnelse ”som er dekkende for lagmannsrettens syn”. I de aktuelle deler av tingrettens kjennelse heter det:

”Retten finner at siktede med skjellig grunn fortsatt kan mistenkes ... for forbrytelse mot straffeloven § 162 første ledd jf tredje ledd, som beskrevet i siktelsen ... Mistanken omfatter innførsel av amfetamin, ikke bare hasj, som siktede har erkjent. Retten fester ikke lit til hans forklaring i retten i dag. Det fremstår for retten som helt usannsynlig at en bror, eller en annen bekjent av siktetes kontaktperson i Holland, skal ha sendt amfetamin til siktede uten at dette har vært et tema mellom siktede og kontaktpersonen.”

- (20) Tingretten har her gått langt både i retning av å desavuere As egen forklaring og i å ta standpunkt til et helt sentralt bevissspørsmål i straffesaken – om de tiltalte visste at det var tale om amfetamin, ikke bare hasjisj. Det kan ut fra det jeg har sagt om tolkningen av domstolloven § 108 i slike tilfeller, ikke være tvil om at tingrettsdommeren da ville være inhabil i en senere hovedforhandling, jf. her også Rt. 1994 side 1281. Når lagmannsretten uten reservasjoner har gitt sin tilslutning til tingrettens kjennelse, må det resultere i at også de tre lagdommerne som behandlet anken over fengslingskjennelsen, var inhabile i en senere ankeforhandling.
- (21) Lagmannsrettens dom og ankeforhandling må etter dette oppheves for så vidt gjelder A, jf. straffeprosessloven § 343 annet ledd nr. 3.
- (22) Tiltalene mot A og B henger nøye sammen, dels ved at de gjelder befatning med de samme narkotikapartiene, og dels ved at samvirket mellom dem er beskrevet i selve tiltalen. Lagmannsretten har i stor utstrekning også foretatt en felles vurdering både av de objektive og de subjektive forhold. Allerede dette tilsier at opphevelse av dommen for As del også må få konsekvenser for dommen mot B, jf. Rt. 1996 side 389. Til dette kommer at lagmannsretten i sin fengslingskjennelse 26. september 2007 ga tilslutning til tingrettens uttalelse om at en sentral og felles forsvarslinje – at forsettet kun dekket hasjisj, ikke amfetamin – var ”helt usannsynlig”.

- (23) Lagmannsrettens dom med ankeforhandling må etter dette oppheves også for Bs del, jf. straffeprosessloven § 343 annet ledd nr. 3. Slik saken er lagt opp, har jeg ikke grunnlag for å utmåle straff for de forhold hvor skyldspørsmålet er endelig avgjort ved Asker og Bærum tingretts dom 17. februar 2009.
- (24) Som jeg innledningsvis var inne på, er det i saken også spørsmål om lagmannsretten har gått utenfor sin kompetanse etter straffeprosessloven § 38, når den har funnet B skyldig i medvirkning til omsetning av 30 kilo hasjisj fra "januarpartiet". B ble, som nevnt, frifunnet for medvirkning til innførselen av dette partiet, og tiltalen for eventuell omsetning fra "januarpartiet" er begrenset til amfetamindelen av dette. Jeg går ikke inn på spørsmålet, men noterer meg at aktor for Høyesterett har sagt seg enig i at tiltalebeslutningen er uklar på dette punktet, og at den burde ha vært rettet. Jeg legger til grunn at slik retting eventuelt søkes foretatt i forbindelse med en ny behandling i lagmannsretten.
- (25) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves for A.
2. Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves for B.

- (26) Dommer **Falkanger:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (27) Dommer **Møse:** Likeså.
- (28) Dommer **Øie:** Likeså.
- (29) Dommer **Bruzelius:** Likeså.
- (30) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves for A.
2. Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves for B.

Riktig utskrift bekreftes: