



NORGES HØYESTERETT

D O M

Avsagt 13. mai 2019 av Høyesterett i avdeling med

justitiarius Toril Marie Øie
dommer Clement Endresen
dommer Ragnhild Noer
dommer Cecilie Østensen Berglund
dommer Borgar Høgetveit Berg

HR-2019-899-A, (sak nr. 19-012694STR-HRET)
Anke over Gulating lagmannsretts dom 17. desember 2018

A (advokat John Christian Elden)

mot

Påtalemyndigheten (statsadvokat Benedikte Høgseth)

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

- (1) Dommer **Østensen Berglund**: Saken gjelder spørsmål om en lagdommer som hadde deltatt ved en avgjørelse om fortsatt fengsling, var habil til å delta under den senere ankeforhandlingen i straffesaken.
- (2) A ble ved Bergen tingretts dom 9. juli 2018 domfelt for seksuell omgang med ett barn under 14 år, jf. straffeloven § 299 bokstav a. Straffen ble satt til fengsel i to år og sju måneder.
- (3) A anket dommen til Gulating lagmannsrett. På ankeforhandlingens siste dag reiste A inhabilitetsinnsigelse mot rettens leder, lagdommer Guri Elisabeth Molven, og krevde at hun vek sete. Kravet bygget på at lagdommer Molven 7. februar 2018 hadde vært med på å forkaste en anke fra A over fortsatt fengsling i saken. Forsvareren var først blitt oppmerksom på dette under ankeforhandlingen. Det ble også vist til at Molven i 2002 hadde vært med på å domfelle A for et liknende forhold. Dette siste ble anført som et tilleggsmoment ved vurderingen av om det forelå inhabilitet.
- (4) Gulating lagmannsrett tok stilling til habilitetsspørsmålet før forhandlingen fortsatte. Lagdommer Molven vek sete, og lagmann Jan Erik Erstad ble tilkalt for å delta under behandlingen. I kjennelse 13. desember 2018 kom lagmannsrettens flertall til at lagdommer Molven var habil, og følgelig ikke skulle vike sete. To meddommere dissenterte. Lagdommer Molven deltok etter dette også i siste del av ankeforhandlingen og var med på å pådømme saken.
- (5) Ved Gulating lagmannsretts dom 17. desember 2018 ble A på ny funnet skyldig, og straffen ble skjerpet til fengsel i to år og ti måneder. Én meddommer stemte for frifinnelse.
- (6) A har anket dommen til Høyesterett. Anken gjelder prinsipalt saksbehandlingen, subsidiært straffutmålingen. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 6. mars 2019 ble anken over saksbehandlingen tillatt fremmet, mens anken for øvrig ikke ble tillatt fremmet.
- (7) A har anført at lagdommer Molven var inhabil, jf. domstolloven § 108. Det er vist til at dommerne som avsa fengslingskjennelsen 7. februar 2018, kom med uttalelser som ligger nær en skyldkonstatering. Videre må det tillegges vekt at lagdommer Molven pådømte en liknende sak mot A i 2002, en sak han mener å være uskyldig dømt i. Om også dette er nok til på selvstendig grunnlag å konstatere inhabilitet holdes åpent, men samlet tilsier forholdene at Molven var inhabil.
- (8) A har lagt ned slik påstand:

«Gulating lagmannsretts dom av 17.12.2018 med ankeforhandling oppheves.»
- (9) Påtalemyndigheten bestrider at lagdommeren var inhabil og har lagt ned påstand om at anken forkastes.
- (10) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*

- (11) A er domfelt for seksuell omgang med barn under 14 år. Han satt fengslet under etterforskningen av saken, først med grunnlag i bevisforspillelsesfare, deretter med grunnlag i gjentakelsesfare, jf. straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 3. Det var sistnevnte som var fengslingsgrunnlaget i den aktuelle kjennelsen av 7. februar 2018.
- (12) Spørsmålet er om deltakelsen i avgjørelsen av fengslingsspørsmålet utgjør en særegen omstendighet som er skikket til å svekke tilliten til lagdommer Molvens uhildethet, jf. domstoloven § 108, som lyder:
- «Dommer kan heller ikke nogen være, når andre særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet. Navnlig gjelder dette, når en part av den grunn krever, at han skal vike sete.»**
- (13) Bestemmelsen må forstås i lys av retten til en rettferdig rettergang ved en uavhengig og upartisk domstol etter Grunnloven § 95 første ledd, Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6 nr. 1 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 1, jf. blant annet HR-2016-2311-P avsnitt 13 og HR-2018-451-A *Gassled*. Av sistnevnte avgjørelse fremgår det i avsnitt 11 at dette for det første innebærer at det «ikke må foreligge omstendigheter som gjør at dommeren subjektivt sett ikke vil være i stand til å treffe en upartisk avgjørelse uten å skjele til irrelevante hensyn. For det andre må det ikke foreligge forhold som etter en objektiv målestokk gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på dommerens upartiskhet, jf. HR-2016-681-A avsnitt 18».
- (14) Det er sikker rett at en dommer som treffer avgjørelse om fengsling etter straffeprosessloven § 171 basert på at det er skjellig grunn til mistanke om straffbare forhold, ikke ved dette alene blir inhabil i den etterfølgende straffesaken. Men inhabilitet kan likevel oppstå, blant annet dersom dommeren i fengslingskjennelsen uttrykker seg på en måte som ligger nær opp til en skyldkonstatering med hensyn til de forhold siktelsen gjelder, jf. HR-2016-919-U avsnitt 9.
- (15) Spørsmålet er dermed om retten i den aktuelle fengslingskjennelsen har uttalt seg på en måte som er eller ligger nær en skyldkonstatering av forhold som siktelsen gjelder.
- (16) Verken tingretten eller lagmannsretten har begrunnet kravet om skjellig grunn til mistanke på en slik måte at det kan reises tvil om dommernes habilitet. De aktuelle formuleringene som skaper vansker, gjelder lagmannsrettens begrunnelse av hvorfor det forelå gjentakelsesfare etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 3.
- (17) To avgjørelser er av særlig interesse ved vurderingen av om lagmannsretten har gått for langt i å konstatere skyld ved fengsling som følge av fare for gjentakelse. I Rt-2007-1839 hadde lagmannsretten ved vurderingen av gjentakelsesfaren uttalt at siktede var «i gang igjen med kriminell virksomhet», og at de korte tidsrommene mellom ulike løslatelser og nye pågripelser innebar at det ikke forelå opplysninger i saken som tilsa «annet enn at siktede vedlikeholder og viderefører et livsmønster som generer straffbare handlinger». Kjæremålsutvalget mente disse uttalelsene lå så nær en skyldkonstatering at dommerne ikke kunne foreta en uhildet ankeprøving, og de skulle derfor ha veket sete. Utvalget pekte særlig på at lagmannsrettens konstatering av at siktede var i gang igjen med ny kriminell virksomhet, hadde referanse også til forhold som ankeprøvingen omfattet.

- (18) I Rt-2008-1680 hadde Agder lagmannsrett bedt Høyesterett vurdere om sju dommere som hadde behandlet tre fengslingsaker, ville være inhabile i den etterfølgende straffesaken. I en av kjennelsene var det blant annet uttalt at «truslene ... *har vært fremsatt* over en lengre tidsperiode, både direkte fra siktede og gjennom andre i hans familie. Truslene som *er fremsatt ...* Det vises også til at *siktedes trusler har ført til ...*» (ankeutvalgets kursivering). Ankeutvalget mente at uttalelsene ikke medførte inhabilitet, og la til grunn – formentlig ut fra lagmannsrettens øvrige begrunnelse og omstendighetene i saken ellers – at det ikke var holdepunkter for annet enn at retten omtalte trusler som den hadde funnet det mest sannsynlig at siktede har fremsatt.
- (19) Jeg finner ikke grunn til å ta stilling til om formuleringene i fengslingskjennelsene fra 2008 ville ledet til inhabilitet i dag, men nøyer meg med å vise til at det over tid har vært en utvikling i rettspraksis som viser at det skal noe mindre til for å konstatere inhabilitet etter domstolloven § 108 enn tidligere, og at hvordan forholdet blir oppfattet av partene og allmennheten, nå tillegges større vekt, jf. blant annet HR-2016-2311-P avsnitt 14.
- (20) Ved drøftelsen av om det forelå grunnlag for fengsling etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 3 i saken her, tok lagmannsretten korrekt utgangspunkt i at det må foreligge sterk grad av sannsynlighetsovervekt for at siktede ville begå nye straffbare forhold med strafferamme over seks måneder, og at tidligere domfellelser kan være av betydning ved denne vurderingen. Deretter uttalte retten følgende om de konkrete forholdene i saken:
- «Lagmannsretten legger i den forbindelse vekt på at overgrepene mot fornærmede i denne saken er begått nylig, og har skjedd hyppig over en tidsperiode på flere måneder. Siktede har over lengre tid vist at han mangler sperrer mot å begå alvorlige straffbare handlinger overfor barn. Lagmannsretten ser også hen til at siktede både iht egen forklaring og opplysninger for øvrig, er en person som aktivt søker og har mye kontakt med barn og viser barna han påtreffer i sine omgivelser stor oppmerksomhet, slik også tilfellet var for den fornærmede i denne saken. Siktedes omgang med barn har også vært reagert på av omgivelsene som påfallende, jf. dok 06,01.»**
- (21) Isolert sett har lagmannsretten ved formuleringene om at overgrepene «er begått nylig», og at de «har skjedd hyppig over en tidsperiode på flere måneder», uttalt seg som om det var et faktum at tiltalte hadde begått forholdene han var siktet for. Ettersom lagmannsretten på dette tidspunktet ikke kjente det fulle bevisbildet, var dette neppe tilsiktet, men ordbruken fremstår likevel som uheldig. På dette stadiet var det tale om mistanke om overgrep, og lagmannsretten kunne og burde ha formulert seg annerledes. Det ville eksempelvis vært tilstrekkelig å vise til «overgrepene siktede er mistenkt for» og at handlingene «ifølge siktelsen er begått nylig».
- (22) I tillegg, og avgjørende for mitt syn, ble uttalelsene om at siktede har begått overgrep, fulgt opp med et utsagn om at «[s]iktede har over lengre tid vist at han mangler sperrer mot å begå alvorlige straffbare handlinger overfor barn». Utsagnet synes knyttet til forholdene han nå var siktet for, og det har klare likhetstrekk med uttalelsene i saken fra 2007, hvor lagmannsrettens uttalelser om at siktede var i gang igjen med ny kriminell virksomhet, medførte inhabilitet.
- (23) Samlet sett mener jeg at lagmannsretten gjennom formuleringene i fengslingskjennelsen la seg så tett opp mot en skyldkonstatering at lagdommer Molven var inhabil ved ankeforhandlingen. Lagmannsretten var da ikke lovlig sammensatt, slik at dommen og

ankeforhandlingen må oppheves, jf. straffeprosessloven § 343 andre ledd nr. 3 og § 347 første ledd. Det er etter dette ikke nødvendig å gå inn på de øvrige anførsle i saken.

(24) Jeg stemmer for denne

D O M :

Lagmannsrettens dom og ankeforhandling oppheves.

- (25) Dommer **Endresen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (26) Dommer **Noer:** Likeså.
- (27) Dommar **Høgetveit Berg:** Det same.
- (28) Justitiarius **Øie:** Likeså.
- (29) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Lagmannsrettens dom og ankeforhandling oppheves.