



NORGES HØYESTERETT

Den 3. august 2020 ble det av Høyesteretts ankeutvalg med dommerne Falkanger, Noer og Falch i

HR-2020-1549-U, (sak nr. 20-107058STR-HRET), straffesak, anke over kjennelse:

Eirik Jensen

(advokat John Christian Elden)

mot

Påtalemyndigheten

(kst. sjef Jens Olav Vestgøte Sæther)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (1) Saken gjelder videre anke over fortsatt varetektsfengsling etter straffeprosessloven § 172.
- (2) Borgarting lagmannsrett avsa 19. juni 2020 dom med slik domsslutning for Eirik Jensen:
 - «1. Eirik Jensen, fødd 30. juli 1957, blir dømd for brot på straffelova (1902) § 162 første ledd jf. tredje ledd andre straffalternativ jf. femte ledd (§ 49 for handling skildra i post I strekpunkt 16), straffelova (1902) § 276 b jf. § 276 a første ledd bokstav a, jf. straffelova § 62 første ledd og § 63 andre ledd, samanhalde med den delen av Oslo tingrett sin dom 18. september 2017 der skuldspørsmålet blei endeleg avgjort, til ei straff av fengsel i 21 – tjueein – år. Til frådrag i straffa går 111 – eitthundreogelleve – dagar for uthalde varetekt.
 2. Eirik Jensen, fødd 30. juli 1957, blir dømd til å tola inndraging i medhald av straffelova (1902) § 34 av 1 418 000 – einmillionfirehundreogattentusen – kroner.»
- (3) Jensen ble funnet skyldig i medvirkning til innførsel eller forsøk på innførsel av omkring 13,8 tonn hasj over en periode på 10 år. Han ble også funnet skyldig i grov korrupsjon knyttet til et beløp på omkring 1,4 millioner kroner.
- (4) Jensen har anket dommen til Høyesterett. Anken har ikke innkommet Høyesterett ennå.
- (5) Jensen ble pågrepet samme dag som dommen ble avsagt. Påtalemyndigheten begjærte ham varetektsfengslet i medhold av straffeprosessloven § 172.

- (6) Oslo tingrett avsa 20. juni 2020 kjennelse, som løslot Jensen. Påtalemyndigheten anket til Borgarting lagmannsrett, som ved kjennelse 23. juni 2020 varetektsfengslet Jensen frem til 17. juli 2020.
- (7) Ved Oslo tingretts kjennelse 16. juli 2020 ble fengslingen forlenget til 10. september 2020. Jensen anket til Borgarting lagmannsrett, og gjorde blant annet gjeldende at hele lagmannsretten var inhabil og ba om at saken ble overført til sideordnet lagmannsrett. Dette ble ikke tatt til følge ved Borgarting lagmannsretts kjennelse og beslutning 22. juli 2020.
- (8) Ved Borgarting lagmannsretts kjennelse 24. juli 2020 ble anken over tingrettens fengslingskjennelse forkastet.
- (9) *Eirik Jensen* har anket sistnevnte kjennelse til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen og saksbehandlingen. Han har i korte trekk gjort gjeldende:
- (10) Lagmannsrettens rettsanvendelse er i strid med retten til rettferdig rettergang etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 6 og klarhetskravet i artikkel 7. Etter praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) kreves at en løslatelse «would actually disturb public order», hvilket er et strengere kriterium enn det lagmannsretten har bygget på. Lagmannsrettens begrunnelse representerer dessuten en krenkelse av uskyldpresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Videre er varetektsfengsling en krenkelse av Jensens rett til å forberede sitt forsvar, jf. EMK artikkel 6 nr. 1, jf. nr. 3, ved at han ikke har tilgang til alle saksdokumentene i fengselet. Endelig var lagdommerne som avgjorde fengslingssspørsmålet inhabile.
- (11) Eirik Jensen har lagt ned påstand om at han må løslates, subsidiært at lagmannsrettens kjennelse oppheves og at fortsatt behandling av saken skjer ved en annen lagmannsrett.
- (12) *Påtalemyndigheten* har sluttet seg til lagmannsrettens kjennelse.

Høyesteretts ankeutvalgets syn på saken

Ankeutvalgets kompetanse

- (13) Høyesteretts ankeutvalg kan bare prøve lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovtolking, jf. straffeprosessloven § 388 første ledd. Når det gjelder forholdet til Grunnloven og EMK, kan ankeutvalget også prøve den konkrete rettsanvendelsen, men ikke lagmannsrettens bevisbedømmelse.

Tolkningen av straffeprosessloven § 172

- (14) Lagmannsretten har kommet til at straffeprosessloven § 172 bokstav a gir grunnlag for å holde Jensen fengslet. Grunnvilkårene er at det foreligger mistanke om et lovbrudd som kan medføre straff av fengsel i 10 år eller mer eller forsøk på slikt lovbrudd, og at det foreligger «tilståelse eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken». Anken retter seg ikke mot at lagmannsretten kom til at disse vilkårene er oppfylt.

- (15) Det anken gjelder, er lagmannsrettens vurdering av om Jensen «kan» holdes fengslet. Om den vurderingen som skal gjøres, heter det i § 172 andre setning:

«Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på om det er egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet dersom den mistenkte er på frifot.»

- (16) Paragraf 172 skal anvendes med de begrensninger som følger av EMK. EMK artikkel 5 nr. 3 gjelder varetektsfengsling frem til dom i første instans. Jensen er imidlertid domfelt i to instanser, og da får EMK artikkel 6 nr. 1 anvendelse. De begrensningene EMD har oppstilt for bruk av rettshåndhevelsesarrest etter artikkel 5 nr. 3, får likevel tilsvarende anvendelse, se Rt-2001-940 på side 943.

- (17) Høyesteretts ankeutvalg har i HR-2018-1218-U avsnitt 11, med henvisning til Rt-2002-842, oppsummert de krav § 172 stiller til den vurderingen som skal foretas, sett i lys av kravene i EMK:

«Kjæremålsutvalget har i en rekke saker understreket at det ved fengsling med hjemmel i straffeprosessloven § 172 ikke er tilstrekkelig å konstatere at grunnvilkåret for fengsling er oppfylt. Det må foretas en bred helhetsvurdering hvor blant annet de samfunnsmessige behov og rettshåndhevelsessyn som har begrunnet bestemmelsen, vurderes. Og det er ikke tilstrekkelig å foreta en abstrakt vurdering av om hensynet til rettshåndhevelsen eller samfunnets behov tilsier fengsling – det må angis hvilke konkrete omstendigheter som har betydning. På den annen side kreves det ikke påvisning av en konkret og nærliggende fare i den aktuelle saken for at en eventuell løslatelse vil medføre en allmenn reaksjon. Av tidligere avgjørelser kan det særlig vises til Rt-1997-1739, Rt-1998-674, Rt-1999-2102, Rt-2000-1136, Rt-2000-1905, Rt-2001-290, Rt-2001-940, Rt-2002-85 og kjennelse av 26. mars 2002 i sak nr. 2002/424 (HR-2002-424). Bestemmelsen må tolkes i lys av bestemmelsene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK). Etter EMK artikkel 5 nr. 3 må § 172 anvendes med stor varsomhet, jf. henvisningene i Rt-1996-1032 og Rt-2001-940 til menneskerettsdomstolens praksis. I tillegg til at behovet for å anvende § 172 vil variere ved de ulike lovbruddskategoriene, jf. utvalgets kjennelse av 26. mars 2002 i sak nr. 2002/424, finner kjæremålsutvalget det riktig å understreke at behovet vil kunne avta når det har gått en viss tid fra lovbruddet, jf. særlig Rt-1998-674, Rt-1999-2102, Rt-2000-1905 og Rt-2001-290.»

- (18) Det fremgår her blant annet at det må angis hvilke «konkrete omstendigheter som har betydning» for de samfunnsmessige behov og rettshåndhevelsessyn som gjør seg gjeldende. Videre fremgår det at bestemmelsen må anvendes «med stor varsomhet». På den andre siden er det ikke nødvendig å påvise «en konkret og nærliggende fare» for at en eventuell løslatelse vil medføre en allmenn reaksjon.

- (19) Forsvareren har gjort gjeldende at det her stilles mindre strenge krav enn praksis fra EMD tilsier. Han har særlig pekt på EMDs dom 26. juni 1991 i saken *Letellier mot Frankrike*, hvor domstolen riktignok aksepterer rettshåndhevelsesarrest i «exceptional circumstances». I dommen avsnitt 51 heter det videre:

«However, this ground [disturbance of public order caused by an offence] can be regarded as relevant and sufficient only provided that it is based on facts capable of showing that the accused's release would actually disturb public order. In addition detention will continue to be legitimate only if public order remains actually threatened; its continuation cannot be used to anticipate a custodial sentence.»

- (20) Ankeutvalget bemerker at EMD har gjentatt og anvendt disse kriteriene i flere senere avgjørelser. I dom 27. august 1992 i saken *Tomasi mot Frankrike* avslutter domstolen sin vurdering av dette kriteriet slik:

«It is therefore reasonable to assume that there was a risk of prejudice to public order at the beginning, but it must have disappeared after a certain time.»

- (21) De samme formuleringene fremgår av andre og ferskere avgjørelser, se for eksempel dommene 26. april 2016 i saken *Mercep mot Kroatia* avsnitt 107 og saken *Milankovic og Bosnjak mot Kroatia* avsnitt 156. I den sistnevnte dommen uttaler domstolen at det ikke forelå krenkelse når det, basert på konkrete omstendigheter, var «a risk of social disturbance and a threat to public order» dersom mistenkte løslates. I storkammerdommen 5. juli 2016 i saken *Buzadji mot Moldova* fremgår i avsnitt 88 at «the risk of causing public disorder» er én av de grunnene EMD har funnet relevant og tilstrekkelig for fengsling.
- (22) En samlet vurdering av EMDs praksis gir etter ankeutvalgets syn derfor ikke grunnlag for å justere de vurderingskriteriene som følger av § 172, slik Høyesterett har utlagt dem i sin praksis. Som nevnt må retten, for å kunne fengsle en mistenkt etter § 172, bygge på konkrete omstendigheter som viser at en eventuell løslatelse er «egnet til» å støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet. Etter ankeutvalgets syn vil det i bekreftende fall være en konkret *risiko* for slike allmenne reaksjoner.
- (23) Lagmannsrettens bygger sin avgjørelse på den tolkingen av § 172 som følger av Høyesteretts praksis. I den forbindelse har lagmannsretten særskilt fremhevet at bestemmelsen skal anvendes med stor varsomhet, at grov narkotikaforbrytelse og grov korrupsjon ikke er i kjerneområde for bruk av bestemmelsen og at behovet for rettshåndhevelsesarrest vil kunne avta når det er gått flere år siden lovbruddene skal være begått. Denne lovtolkningen er riktig.
- (24) Anken over lagmannsrettens tolking av straffeprosessloven § 172 fører derfor ikke frem.

Anvendelsen av EMK artikkel 6 nr. 1

- (25) I sin konkrete vurdering av om Jensen fortsatt skal holdes fengslet, har lagmannsretten fremhevet at hensynet til allmennhetens rettsfølelse og tillit til strafferettspleien «med stor tyngde» taler for at han ikke bør være på frifot. Det er vist til sakens alvor og spesielle karakter, og da særlig at de grove lovbruddene han er dømt for, er begått i egenskap av å være en ledende polititjenestemann. Lagmannsretten slutter seg også til følgende sitat fra tingrettens kjennelse:

«I en sammensatt og konkret helhetsvurdering legger retten avgjørende vekt på sakens helt spesielle karakter på grunn av Jensens stilling og rolle da lovbruddene ble begått, og på mistankens styrke. Dette må sammenholdes med lovbruddenes svært grove karakter, som etter grundig og gjentatt prøving har resultert i lovens strengeste straff. I tillegg har langvarig og bred mediedekning gjort de nevnte og graverende omstendighetene godt kjent for allmennheten. Tillitsbruddet overfor samfunnet og undergravingen av politiets virksomhet har etter tingrettens mening enestående dimensjoner. Rettsordenens videre oppfølging er da egnet til å ha stor betydning for allmennhetens tillit til samfunnets rettshåndhevelse.»

- (26) Ankeutvalget er av den oppfatning at de konkrete omstendighetene som er fremholdt, underbygger den risikoen det er for at allmennhetens rettsfølelse støtes dersom Jensen løslates.
- (27) Forsvareren har vist til at markedsanalysebyrået Opinion har gjort en undersøkelse i et representativt utvalg av befolkningen, som skal vise dens rettsoppfatning av spørsmålet. Lagmannsretten fremhever at undersøkelsen ikke kan være avgjørende. Ankeutvalget er enig i dette. Det vil stride mot den rettsstatstankegang artikkel 6 nr. 1 hviler på, dersom det i saker om fengsling av enkeltmennesker legges slik vekt på meningsmålinger.
- (28) Forsvareren har også gjort gjeldende at Jensens arbeidsforhold med sin anke til Høyesterett – der han selv er sentral i arbeidet – vil komme i strid med EMK artikkel 6 nr. 1, jf. artikkel 6 nr. 3, ved at han ikke har tilgang til alle saksdokumentene i fengselet.
- (29) Lagmannsretten fremhever at Jensen ikke er underlagt noen restriksjoner i fengselet, at han kan kommunisere med sin forsvarer i møter og over telefon, og at anken over dommen ikke gjelder bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Videre fremholdes at politiet har opplyst at de «så langt det er mulig» vil bidra til at Jensen får tilgang i fengselet til nødvendige saksdokumenter, digitalt eller på papir.
- (30) Ankeutvalget kan på denne bakgrunn ikke se at de vanskelighetene forsvareren har pekt på, utgjør en krenkelse av hans rett til rettferdig rettergang etter artikkel 6 nr. 1, slik saken ellers ligger an.
- (31) Ankeutvalget er på denne bakgrunn kommet til at lagmannsretten har anvendt EMK artikkel 6 nr. 1 riktig.

EMK artikkel 6 nr. 2 – uskyldspresumsjonen

- (32) Forsvareren har videre gjort gjeldende at lagmannsrettens begrunnelse i realiteten innebærer en skyldkonstatering i strid med uskyldspresumsjonen. Det er vist til at når lagmannsretten for eksempel uttrykker at «Jensens handlinger har undergravd politiets samfunnsoppdrag, og handlingene han er dømt for innebærer et grovt tillitsbrudd», så har lagmannsretten i realiteten tatt stilling til skyldspørsmålet. Det er også vist til andre uttalelser, slik som «lovbruddets svært grove karakter» og lignende.
- (33) Ankeutvalget er ikke enig i at lagmannsretten i realiteten har gjort en skyldkonstatering. For det første presiserer lagmannsretten at beviskravet i fengslingssaken er «meget sterk sannsynlighet for at siktede er skyldig», som er lavere enn beviskravet for straffeskyld. For det andre fremgår det flere steder i kjennelsen at lagmannsrettens dom ikke er rettskraftig. Og endelig fremgår det av lagmannsrettens formuleringer at den henviser til de lovbruddene Jensen *er dømt for* i lagmannsretten, uten at dommerne som avgjorde fengslingsspørsmålet, derved selv tar stilling til hans straffeskyld.
- (34) EMK artikkel 6 nr. 2 er derfor ikke brutt.

EMK artikkel 7 – klarhetskravet

- (35) Forsvareren har gjort gjeldende at dersom straffeprosessloven § 172 tas på ordet, vil det overlates så mye til dommerens skjønn at det er umulig å forutse hvilke handlinger som gir grunnlag for fengsling. Konkret er anførselen knyttet til kriteriet om at løslatelse skal være «egnet til» å støtte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet. Dette kriteriet vil, hevdes det, åpne for vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling og er derfor uforenlig med klarhetskravet i EMK artikkel 7.
- (36) Denne anførselen kan ikke føre frem. Det kan ikke være tvilsomt at § 172 er utformet tilstrekkelig klart til å oppfylle de krav EMK artikkel 7 stiller. Av lovbestemmelsen følger direkte at det skal legges særlig vekt på om en eventuell løslatelse er egnet til å støtte allmennhetens rettsfølelse. Dette er i praksis også et vilkår. Kriteriet er i seg selv ikke uklart, selv om vurderingen av om kriteriet er oppfylt, vil være sammensatt.
- (37) Ankeutvalget behøver da ikke gå inn på spørsmålet om, og eventuelt i hvilken utstrekning, klarhetskravet i artikkel 7 får anvendelse på straffeprosessuelle tvangsmidler.

Saksbehandlingen – habilitet

- (38) Forsvareren har endelig gjort gjeldende at dommerne i lagmannsretten var inhabile til å avsi kjennelsen om fortsatt fengsling. Det er gjort gjeldende at samtlige dommere i Borgarting lagmannsrett er inhabile, og at spørsmålet om inhabilitet ikke kunne avgjøres av domstollederen – førstelagmannen – alene.
- (39) Det følger av domstolloven § 117 andre ledd andre setning at domstollederen i et slikt tilfelle kan avgjøre habilitetsspørsmålet alene. At spørsmålet ble avgjort av henne, er derfor ingen saksbehandlingsfeil.
- (40) Selve habilitetsspørsmålet må vurderes etter domstolloven § 108, som fastsetter at ingen kan være dommer hvis det foreligger «særegne omstendigheter ... som er skikket til å svekke tilliten til» dommerens uhildethet.
- (41) Høyesterett har i flere avgjørelser slått fast at inhabilitet hos en eller flere dommere i en domstol ikke generelt fører til at de øvrige dommerne ved domstolen er inhabile. For at inhabilitet skal foreligge, må det være særlige forhold som gjør at det kan stilles spørsmål ved om kollegaene vil stå fritt ved avgjørelsen, se blant annet HR-2019-1392-U avsnitt 7 og 8. I Rt-2002-839 uttalte kjæremålsutvalget:
- «Det faktum at tre av dommerne ved forrige behandling enstemmig satte lagrettens kjennelse til side i henhold til straffeprosessloven § 376a, kan heller ikke være tilstrekkelig til å gjøre samtlige dommere inhabile. Slike avgjørelser hører, selv om de er sjeldent forekommende, til de ordinære plikter lagdommere har ved behandling av straffesaker med lagrette. Lovens betingelse er at avgjørelsen skal være enstemmig, og at de juridiske medlemmer finner det utvilsomt at han er skyldig. De samme dommere skal ikke delta ved den nye behandling. Dette er en del av straffeprosesslovens system og kan ikke i seg selv føre til at de øvrige dommere blir inhabile, jf. Rt-1998-487.»
- (42) Spørsmålet er senere vurdert flere ganger, og i Rt-2012-739 avsnitt 24 ble uttalt at det siterte også «må ... ha gyldighet i dag».

- (43) Lagdommerne var derfor ikke inhabile til å avgjøre det aktuelle fengslingsspørsmålet, selv om andre dommere i lagmannsretten ved første gangs behandling av straffesaken satte lagrettens kjennelse til side. De er heller ikke inhabile fordi andre dommere i lagmannsretten har avsagt den fellende straffedommen. Lagmannsrettens nærmere organisering i avdelinger og flyttingen av fengslingssaken til en annen avdeling etter domfellelsen, er da uten betydning.
- (44) Heller ikke en samlet vurdering av lagmannsrettens befatning med den aktuelle straffesaken mot Jensen kan gi grunnlag for at de dommerne som avgjorde den påankete fengslingssaken, var inhabile. Relativt mange dommere i lagmannsretten har riktignok deltatt ved avgjørelser av ulike spørsmål i sakskomplekset. Men det er ikke pekt på noen tidligere avgjørelser de aktuelle dommerne har deltatt i, som skulle gjøre dem inhabile.
- (45) Anken over saksbehandlingen fører derfor ikke frem.

Konklusjon

- (46) Anken må etter dette forkastes.
- (47) Kjennelsen er enstemmig.

SLUTNING

Anken forkastes.

Ragnhild Noer
(sign.)

Aage Thor Falkanger
(sign.)

Ingvald Falch
(sign.)