

UiO : **Det juridiske fakultet**

Varetektsfengslet og dømt av samme dommer – et habilitetsproblem?

Kandidatnummer: 570

Leveringsfrist: 03.05.13

Antall ord: 17.997



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Den videre fremstilling	2
1.3	Metode og kildebruk.....	2
2	FENGLINGSMØTET OG FENGLINGSKJENNELSEN.....	4
2.1	Fra et privat anliggende til det offentliges ansvar	4
2.2	Fremstilling for domstol og gangen i fengslingsmøtet	5
2.3	Fengslingskjennelsen	8
2.4	Siktedes rettigheter	10
3	FENGLINGSHJEMLER	12
3.1	Varetektsfengsling etter strpl.§ 184 jfr. § 171.....	12
3.1.1	Skjellig grunn til mistanke	12
3.1.2	Tilleggsvilkår 1: Unndragelsesfare	13
3.1.3	Tilleggsvilkår 2: Bevisforspillelsesfare	14
3.1.4	Tilleggsvilkår 3: Gjentakelsesfare	16
3.1.5	Varetektsfengsling av utilregnelige	17
3.2	Rettsåndhevelsesarrest, strpl.§ 184 jfr. § 172.....	18
3.3	Forholdsmessighetsvurdering.....	20
4	ER VARETEKTSDOMMEREN INHABIL I HOVEDFORHANDLINGEN?. 22	
4.1	Hvorfor habilitetsregler?.....	22
4.2	Menneskerettighetskonvensjonen.....	25
4.2.1	EMK art.6.....	25
4.2.2	EMDs behandling av upartiskhetskravet og de første dommene om dommeres forhåndsbefatning.	26

4.2.3	EMDs utvikling av upartiskhetskravet.....	28
4.3	Domstolloven	32
4.3.1	Domstolloven § 106.....	32
4.3.2	Domstolloven § 108.....	33
4.4	Høyesteretts praksis	35
4.4.1	Innledning.....	35
4.4.2	Varetektsdommeren konstaterer en særlig kvalifisert grad av mistanke	37
4.4.3	Varetektsdommeren tar stilling til vurderinger som blir sentrale i straffesaken – Særlig forholdet mellom fengsling begrunnet i gjentakelsesfare og strl.§ 39	39
4.4.4	Sakstype og dommeres posisjon.....	42
4.4.5	Varetektsfengsling etter strpl.§ 184 jfr. § 171	45
5	HØYESTERETTS VURDERING AV MULIGE INHABILISERENDE UTTALELSER	47
5.1	Innledning	47
5.2	Kravet til begrunnelse, jfr. strpl. § 184.....	48
5.2.1	Ulike krav til begrunnelsen, jfr. strpl. § 184	48
5.2.2	Strpl. § 184s betydning for habilitetsspørsmålet	49
5.3	Skille mellom vurdering av mistanke og tilleggsvilkår, eller en samlet vurdering? ..	51
5.3.1	Uttalelser som beskriver det angivelige lovbruddet som skjedd	51
5.3.2	Sammenhengen mellom de omstendigheter tilleggsvilkårene begrunnes med og bevisbedømmelsen i straffesaken	54
5.3.3	Saker hvor det er få handlingsalternativer som kan forklare utfallet.....	56
5.3.4	En god regel?.....	58
5.4	Ny rettsstilstand?.....	59
	LITTERATURLISTE:	64

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Oppgavens tema er dommerhabilitet i situasjoner der en av rettens medlemmer tidligere har hatt befatning med saken gjennom varetektsfengslinger. Læreboksetningen er gjerne at dommeren som tidligere har varetektsfengslet etter strpl.§ 184 jfr. § 172 er inhabil i den videre behandlingen, mens den som varetektsfengsler etter strpl.§ 184 jfr. § 171 normalt ikke er inhabil.¹

Under et kurs i straffeprosess, var en av kursoppgavene av en slik art. Oppgaven ble gjennomgått ganske kort, med den ovennevnte læresetning som mal for løsningen. Samtidig som det ble poengtert at det i Norge råder spesielle forhold med en spredt befolkning over store landområder som har måtte føre til mindre og lavt bemannede domstoler i distriktene. En siste kommentar fra kursholderen før han gikk over på neste oppgave trigget likevel min interesse. Etter hans mening kunne denne ordningen ikke tilfredsstillende de menneskerettslige krav Norge er bundet av gjennom EMK og da spesielt artikkel 6(1).

Dette ble grunnlaget for mitt valg av oppgave, men ganske tidlig i prosessen så jeg at Høyesteretts tolkning av domstolloven § 108 harmonerer godt med praksis fra EMD når det kommer til dommeres forhåndsbefatning. I dag går etter min mening heller ikke EMD lengre i utviklingen av upartiskhetskravet i situasjonen, enn det Høyesterett gjør. Snarere tvert imot. Dette behandler jeg i oppgavens del 4.2.3. I et historisk perspektiv er derimot EMDs utvikling svært viktig. Hovedvekten i denne oppgaven blir derfor i større grad en studie av Høyesteretts utvikling av regelen for dommerhabiliteten og ikke om habilitetsregelen er i samsvar med EMK art.6(1), da det må sies å være klart. Oppgavens hovedtema blir å beskrive habilitetsregelen slik den er i dag, i tilfeller hvor dommeren i straffesaken har varetektsfengslet den tiltalte i saken. Jeg vil spesielt drøfte hvorvidt utsagn i fengs-

¹ Andenæs:2008, s.298

lingskjennelsen kan inhabilisere dommeren. Dette er et viktig og vanskelig området, hvor reglene må sies å ikke være helt klare når de blir studert i detalj.

1.2 Den videre fremstilling

For å besvare oppgaven vil jeg først i del 2 og 3 beskrive varetektsavgjørelsen. Jeg vil beskrive behandlingen og organiseringen av fengslingsmøter, og vilkårene som må foreligge for at varetektsfengsling kan besluttes. Dette gjør jeg fordi det er viktig for forståelsen av habilitetsproblemene som kan oppstå. Både i forhold til publikums eller siktedes tillit til domstolene, men også de praktiske problemene en strengere habilitetsnorm vil kunne føre med seg.

I Del 4 vil jeg etter en behandling av hensynene bak habilitetsreglene, beskrive gjeldende rett ved dommerhabiliteten. Jeg vil her ta opp EMKs krav til en ”impartial tribunal”, og analysere EMDs praktisering og utvikling av dette kravet. Videre blir domstollovens bestemmelser, dl.§ 106 og dl.§ 108 redegjort for. Videre behandler jeg Høyesteretts tolkning av habilitetsbestemmelsene, når dommerhabiliteten til varetektsdommeren skal vurderes.

Varetektsdommerens uttalelser i fengslingskjennelsen kan være av en inhabiliserende art uavhengig av fengslingshjemmelen. I Del 5 vil jeg behandle Høyesteretts vurdering av slike uttalelser. I denne delen har jeg analysert og sammenlignet dommer fra Høyesterett, i størst utstrekning Rt-1997-479, Rt-2002-736, Rt-2007-1839, Rt-2008-1466, Rt-2008-1680, Rt-2008-1683 og Rt-2010-759.

1.3 Metode og kildebruk

Det refereres i oppgaven til kilder i samsvar med alminnelige rettskildeprinsipper.² Utgangspunktet er tatt i lovens ordlyd, supplert av rettspraksis, forarbeider, juridisk teori og

² Eckhoff:2001

reelle hensyn. Del 5 skiller seg ved at det i større grad er analyseringer fra min side av høyesterettspraksis.

Oppgavens tema ligger i kjernen av ”fair hearing” prinsippet i EMK. Konvensjonens krav og Menneskerettighetsdomstolens praksis må dermed behandles. Det kunne vært behandlet flere internasjonale konvensjoner og da spesielt FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter, SP. Jeg har valgt å kun se på EMK, da det er mindre autoritative kilder å vise til ved andre konvensjoner. Det henvises både til norsk og utenlands litteratur, spesielt dansk litteratur har interesse på dette rettsområdet. Norsk og dansk straffeproses er lik på mange områder, selv om det finnes forskjeller. Når det kommer til habilitetsproblematikken ved dommeres forhåndsbehandling med saken, deler norsk og dansk rett en felles historie og utvikling etter avgjørelser i EMD.

Der hvor litteraturen er brukt som sekundærkilder har jeg bare henvisninger til de primærkildene litteraturen har gitt meg. Jeg har også vært i kontakt med en rekke dommere ved forskjellige domstoler, både personlig og gjennom e-post. For å knytte opp habilitetsproblemen med dagsaktuelle saker har jeg også henvisninger til film, avisartikler og tidsskrifter.

2 Fengslingsmøtet og fengslingskjennelsen

2.1 Fra et privat anliggende til det offentliges ansvar

I tidligere tider ble straffesaker behandlet under sivilprosessens regler, da man ikke skilte mellom ulike prosessformer. Etter ”Norske lov av 1687”³ var det den fornærmedes oppgave å reise straffesaken og fornærmede måtte selv både pågripe og begjære gjerningsmannen varetektsfengslet. Det offentlige hadde kun en subsidiær forfølgingsrett i mer alvorlige saker dersom fornærmede selv ikke ønsket å forfølge saken.

En sontring mellom pågripelse og mer varig varetektsfengsling skjedde først på 1800-tallet. Det var først da man fikk rettslige forhør av siktede med prøvelse av varetektshjemlene. De offentlige myndigheters plikt til å etterforske og påtale forbrytelser i Norge ble utvidet med flere lovutkast fra midten av 1800-tallet og frem til en selvstendig straffeprosess oppsto i straffeprosessloven av 1887⁴, som var i kraft helt frem til dagens straffeprosesslov av 1981.

Før en lovendring i 2002⁵ hadde forhandlinger i tingretten under etterforskningsstadiet betegnelsen ”forhørsrett”. Forhørsretten foretok rettslige avhør og andre enkeltstående retts-handlinger. Lovendringen gikk hovedsakelig ut på et ønske om å avskaffe forvirrende funksjonsbetegnelser og innebar ingen prosessuelle eller materielle endringer⁶. Tingretten endret på denne tiden betegnelse for enkelte saks- og prosedyretype, noe som virket forvirrende. For eksempel het det vergemålsretten, skifteretten, namsretten, skjønnsretten og den nevnte forhørsretten.⁷

³ Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15 april 1687

⁴ Bratholm:1957, s.4-5

⁵ Lov-2002-08-30-nr.67

⁶ Ot.prp.nr.65 (2001-2002) s.21

⁷ Ot.prp.nr.65 (2001-2002) s.8

2.2 Fremstilling for domstol og gangen i fengslingsmøtet

Straffeprosessloven § 183 setter grensene for politiets myndighet i spennet mellom pågripelse og fengsling. Politiet kan selv pågripe personer og holde dem i arrest for en liten stund, men dersom den pågrepne ikke blir siktet innen de første fire timer skal han løslates.⁸ Dersom den pågrepne blir siktet og politiet ønsker å beholde ham, må han straks fremstilles for tingretten. Etter straffeprosessloven må fremstillingen for en domstol gjøres innen tredje dag etter pågripelsen. Også EMK stiller tidskrav til domstolskontroll med fengslinger i art.5(3). Konvensjonen bruker begrepene ”promptly” og ”aussitôt” i den franske autoritative versjonen, som kan oversettes med øyeblikkelig. Vurderingen må gjøres på enkeltsaks-nivå. Artikkelen har selvstendig betydning ved siden av strpl.§ 183, en lengde på fire dager og seks timer, vil i saker om vanlig kriminalitet uten videre være en krenkelse.⁹ For unge personer er kravet til hurtig saksbehandling enda strengere, jfr. strpl.§ 174(2).

Fremstillingen for tingrett går i dag under navnet *fengslingsmøte*. Forhandlingen er annerledes fra de fleste hovedforhandlinger i staffe- og sivile-saker, ved at det kun er én dommer som behandler saken. Det finnes derfor ikke noe innslag av lekfolk. Sakene går under betegnelsen enedommersaker, som er saker om ”enkeltstående rettshandlinger”, jfr. strpl.§ 12. I tillegg til fengslingsmøter, holdes bl.a. tilståelsessaker, beslag av førerkort, ransaking og besøksforbud som enedommersaker. Fengslingssaken kommer inn til domstolen gjennom begjæring fra politiet om varetektsfengsling av en siktet. Varetektsdommeren må da ta stilling til om vilkårene for varetektsfengsling er til stede. Normalt vil varetektsfengsling være begrunnet i strpl.§ 184 jfr. § 171, men det finnes også andre varetektshjemler, og viktigst er strpl.§ 184 jfr. § 172.

Dersom det er første gang i saken at den pågrepne fremstilles for fengsling kalles forhandlingen ”*førstegangsfengsling*”. Dersom siktede er varetektsfengslet i saken fra før av, kalles

⁸ Politiloven § 8

⁹ EMD:29.11.2988 ”Brogan and others v.UK”(62) og Møse:2002,s.265

forhandlingen ”*fengslingsforlengelse*”. Gangen i førstegangsfengslingsmøter og forlengelsesmøter er i utgangspunktet lik, og saksbehandlingsreglene er de samme. Det blir i praksis likevel noe forskjell, spesielt i tidsbruk og noe i grundighet. I fengslingsforlengelsessaken kan nemlig dommeren, dersom saken ikke står i noe vesentlig annen stilling, henviser til begrunnelsen ved den første rettsbehandling av varetektsspørsmålet.¹⁰ I tillegg brukes det mindre tid på personalia o.l.

Det blir for langt i denne oppgaven å gå inn på gangen i fengslingsmøtet i vid utstrekning. Dommerens styring av saken kan variere fra dommer til dommer og fra sted til sted. Domstolene står fritt til å fastsette sin egen organisasjon, og denne varierer i stor grad. Når det kommer til fengslingssaker er det vanlig ved store og mellomstore tingretter å ha egne ”fengslingsuker”,¹¹ der en eller flere dommere har ansvar for fengslingssakene den uken. Lagmannsrettene, Oslo tingrett og Bergen tingrett er organisert i rettsavdelinger. Oslo tingrett holder de fleste fengslingssakene i Norge og står i så måte i en særstilling, der går ”fengslingsuka” på turnus mellom rettsavdelingene. Denne blir sett på som spesielt krevende med lange dager og sterkt press for å få saken igjennom innenfor tidsfristene.¹² I motsatt ende finnes de mange mindre tingretter i landet hvor fengslinger er sjelden kost, i noen tilfeller svært sjeldent fordi domssognet ikke har noe fengsel i nærheten.¹³

Forskjellene i størrelse på tingrettene, kan kanskje lede tankene til at det må være i de mindre tingrettene habilitetsproblematikken ved dommeres forhåndsbehandling med saken er størst. Da disse tingrettene har færre dommere å velge imellom, men her er et poeng at når habilitetsspørsmål har vært oppe for Høyesterett er det oftest lagmann som begjæres inhabile, og ikke dommere i små tingretter. Dette kan forklares ved at de mindre tingretter har

¹⁰ Rt-2002-1029, s.1030

¹¹ Fegran,(2013), Nordhagen,(2013), Helland(2013) og Nafstad,(2013)

¹² Årsmelding:2009, s.14

¹³ Jølle,(2013)

lettere for å holde oversikt over hvilke dommere som tidligere har vært i befatning med saken under etterforskningen.

Saksbehandlingsreglene er likevel de samme, uavhengig av sted og instans. Et forhold som det kan legges spesielt merke til er at dommeren i fengslingsaker har politiets etterforskningsdokumenter foran seg og kan lese i dem som han ønsker. Retten ser det ofte som mest hensiktsmessig å gjennomgå dokumentene før fengslingsmøtet, slik at den vet hvordan bevisene ligger an, men dette er ikke alltid mulig. Om vilkårene til varetektsfengsling er oppfylt, må baseres på siktedes forklaring og politiets øvrige beviser som finnes i etterforskningsdokumentene.¹⁴

Praksisen med at dommeren har tilgang til etterforskningsdokumentene og at dokumentene får stor betydning for avgjørelsen, ble sterkt kritisert av Thomas Mathisen i hans bok ”Skjellig grunn til mistanke” fra 1989. Han mente at dokumentene fikk en mystisk og opphøyet posisjon som siktede ikke hadde noen mulighet til å forsvare seg mot. Dessuten hadde dokumentene ”maksimal sannhetsverdi og ble aldri betvilt”. Flere ganger observerte han dommere som leste i sakens dokumenter og ristet på hodet før han ba rettsbetjenten om å kalle opp den siktede.¹⁵

Praksisen har også en side til strpl.§ 305. Etter denne paragraf skal dom treffes på bakgrunn av det som kommer frem under den muntlige hovedforhandlingen. Under hovedforhandlingen skal ikke dokumentene engang kunne brukes som supplement.¹⁶ Dersom varetektsdommeren skal tjenestegjøre under straffesaken, må dommeren da se helt bort fra det som han eventuelt husker fra fengslingsmøtet og etterforskningsdokumentene. Spesielt i oppgavens del 4, vil jeg vise til utviklingen i tolkningen av habilitetsproblemer. Allerede her kan det likevel være grunn til å nevne at det avgjørende for habilitetsvurderingen, er om det sett

¹⁴ Langbach:2007, s.415

¹⁵ Mathiesen:2003, s.115-120

¹⁶ Andenæs:2008, s.164

utenfra kan være grunn til sette spørsmålstegn ved en dommers upartiskhet. Med dette utgangspunkt mener jeg at det kan stilles spørsmål til om det forhold at varetektsdommeren har sett etterforskningsdokumentene i seg selv bør være nok til å inhabilisere dommeren. Tiltalte vil oftest ha liten kunnskap i å lese etterforskningsdokumenter og han kan være svært uenig i dokumentenes innhold. Det kan da tenkes at tiltalte vil oppleve ubehag ved tanken på at dommeren tidligere har lest i dokumentmappen.

2.3 Fengslingskjennelsen

Fengslingskjennelsen skal så vidt mulig komme i slutten av fengslingsmøtet,¹⁷ enten rett etter prosedyrene eller etter en kortere pause. Kjennelsen skal begrunnes, jfr. strpl.§ 184. Begrunnelsen kan etter loven gjøres kortfattet, men i forarbeidene til straffeprosessloven ble det poengtert at:

*”Skal rettens prøving av fengslingsbegjæringer bli den rettsikkerhetsgarantien som loven forutsetter, er det viktig at avgjørelsen ikke blir for summarisk. Det beste middel til å sikre en gjennomtenkt avgjørelse er en tilstrekkelig begrunnelse, først og fremst i forhørsretten”.*¹⁸

Hvorvidt dette utgangspunkt følges er blitt diskutert. Rettssosiolog Thomas Mathiesen observerte i 1987-88, 40 saker i Oslo forhørsrett. På bakgrunn av studien skrev han den svært kritiske boken *”Skjellig grunn til mistanke”*,¹⁹ som jeg allerede har vært innom ovenfor. Etter sine observasjoner mente Mathiesen at *”fengsling ble automatikk”*(s.120.), og at *”saksbehandlingen bar preg av samleband”*(s.45.). Mathiesen fikk en følelse av at retten hadde bestemt seg på forhånd. Videre kritiserte Mathiesen retten for at behandlingen bar preg av usedvanlig liten grundighet og stor grad av standardisering; *”det skjer omtrent ikke*

¹⁷ Straffeprosessloven § 184(1), 2.punktum

¹⁸ Ot.prp.nr.35 (1978-1979), s.171

¹⁹ Mathiesen:1989

at retten grunngir beslutningene i noen detalj”(s.60.). Han leste kjennelsene og fant den korteste begrunnelsen på 8 linjer mens den lengste var på 28 linjer, gjennomsnittet var på 19 linjer(s.65.). Om det forelå skjellig grunn til mistanke, var etter Mathiesens mening ”en helt løssaktig og høyst subjektiv vurdering fra dommerens side av historiens troverdighet”(s.106.).

Mathiesens bok er nå over 20 år gammel, og saksbehandlingen har endret seg noe siden da. Endringene har i hovedsak kommet med rettspraksis’ krav til varetektskjennelsens begrunnelse. Mathiesens funn om at det kun i 16 % av sakene i særlig grad ble diskutert om de spesielle fengslingsvilkårene (unndragelsesfare, bevisforspillelsesfare, gjentakelsesfare) forelå, vil ikke være holdbart etter dagens krav til begrunnelse for varetektsfengsling. Et annet forhold er at da Mathiesen utførte studien, hadde førsteinstansdommerne i Oslo turnusordninger som gjorde at enkelte dommere hadde ett år av gangen som forhørsrettsdommer, slik at Mathiesen kun observerte fire dommeres saksbehandling. I dag ville han ha møtt mange flere dommere.

I en studie fra 2006 av Håvard Flatland ble det gjort en tilsvarende undersøkelse av fengslingsmøtene i Oslo tingrett,²⁰ og resultatet ble sammenlignet med Mathiesens bok. Flatland fant en markert økning av linjer i begrunnelse for de spesielle fengslingsvilkår og i forholdsmessighetsvurderingen. Begrunnelsen etter skjellig grunn til mistanke fant han på den annen side å være enda mer standardisert og sparsommelig. Når det kom til kjennelsens samlede lengde fant Flatland en viss utvikling. Det gjennomsnittelige antall linjer i kjennelsene han studerte var på 24,6 linjer mot Mathiesens 19, noe som i seg selv må sies å ikke være den store utvikling. Men Flatland fant ingen kjennelser på under 16 linjer, mens i Mathiesens undersøkelse var 28% av kjennelsene under dette antall.

²⁰ Flatland:2006

Som jeg vil komme tilbake til i del 5, kan begrunnelsen få avgjørende betydning for dommerens videre habilitet. De knappe begrunnelsene til mistankekravet som ble funnet av Flatland, kan være et utslag av habilitetsreglene som nok motiverer til kortere begrunnelser, spesielt med tanke på mistankekonstateringen. Noe som igjen kan gjøre at begrunnelsen ikke er helt representativ for den mistanken dommeren egentlig har.

Kjennelsen skal gi en frist for hvor lenge den siktede kan holdes varetektsfengslet. Hovedregelen er at fristen skal være så kort som mulig, og 4 uker er maksimum, jfr. strpl.§ 185. Unntakene er i de tilfeller hovedforhandlingen er i gang. Da gis det ikke noen tidsfrist, jfr. strpl.§ 187. Et annet unntak er dersom varetektsdommeren finner det helt klart at en ny forhandling etter de første fire ukene vil være uten betydning, jfr. strpl.§ 185. Etter kjennelse sendes saksdokumentene tilbake til politiet, og fengslingskjennelsen blir en del av dem, jfr. strpl.§ 246. Dette kan ses på bakgrunn av at det i norsk rett ikke er slik at retten overtar ledelsen av straffesaken ved at den tar stilling til tvangsmidler under etterforskningen. Retten skal fortsatt være en uavhengig part i saken.

2.4 Siktedes rettigheter

Dommeren og påtalemyndigheten har etterforskningsdokumentene foran seg. Hva siktede og hans forsvarer har tilgang til, kan variere mer. Det finnes ikke noen prinsippbestemmelse om partsoffentlighet i straffeprosessloven som for eksempel i tvisteloven § 14-1. Regler for innsyn finnes likevel, og ved rettsmøter går rettigheten langt.

I straffesaker får siktede tilgang til dokumentene gjennom sin forsvarer, jfr. strpl.§ 242, men det finnes unntak for slikt innsyn, bl.a. etter § 242a. Når saken er under etterforskning, skal det også mindre til for å nekte siktede innsyn, da det kan skade etterforskningen. Noen ganger løses problemet ved at forsvarer får innsikt mot taushetsplikt overfor siktede, men dette er ofte ingen god løsning og kan skape tillitsproblemer mellom forsvarer og klient. Her kan det nevnes at dersom dommeren har kjennskap til opplysninger om saksforholdet som tiltalte og hans forsvarer ikke har kjennskap til, er dommeren i utgangspunktet inhabil

i straffesaken.²¹ Dette utgangspunktet er likevel lite aktuelt i varetektssaker, og retter seg i større grad mot de hemmelige tvangsmidler som kommunikasjonskontroll o.l.

Siktede har rett til å være til stede under fengslingsmøtet (unntak i § 245), han skal stevnes lovlig etter strpl.§ 243, og det skal være forsvarer til stede. Unntaket i strpl.§ 98, om at oppnevning kan unnlates om retten finner det ubetenkelig og siktede uttrykkelig gir avkall på forsvarer, bør det ses bort fra.²² I tillegg skal siktede orienteres fra retten om hva siktel- sen og fengslingsbegjæringen innebærer. Dersom siktede besluttet fengslet, har han krav på en skriftlig orientering om kjennelsen, jfr. strpl.§ 184a. Siktede kan likevel godta at spørs- målet om varetekt blir behandlet uten ham til stede. Det foregår da ikke noe rettsmøte, men en ”kontorforretning”. Dette holdes ofte på dommerens kontor, uten tilstedeværelse av for- svarer eller påtalemyndighet. Kontorforretning kan være praktisk i forlengelsessaker, men krever som nevnt siktedes samtykke. Ofte har siktede da også samtykket til videre fengs- ling.

Fengslingsmøter er i utgangspunktet åpne for offentligheten, jfr. dl.§ 124, men med referat- forbud fra forhandlingen, jfr. dl.§ 129. Kjennelsen er også offentlig, jfr. dl.§ 124, men ing- en utenforstående har krav på innsyn i kjennelsen,²³ og de publiseres i liten eller ingen grad. Offentligheten kan skape problemer for etterforskningen, og det er derfor en ganske vid adgang i fengslingsaker til å holde saken for lukkede dører. Det må i tilfelle besluttes ved kjennelse av retten etter dl.§ 125. Spesielt dl.§ 125 litra c er praktisk ved varetekts- fengslinger, men det må foreligge en konkret fare for at åpen rett vil føre til vanskeligheter for etterforskningen. Generelle henvisninger om dette er ikke nok.²⁴

²¹ Rt-2004-477, (30,31)

²² Langbach:2007, s.412

²³ Langbach:2007, s.412

²⁴ Bøhn:2013, s.549

3 Fengslingshemler

3.1 Varetektsfengsling etter strpl.§ 184 jfr. § 171.

3.1.1 Skjellig grunn til mistanke

En mistenkt kan varetektsfengsles etter straffeprosessloven § 184 jfr. § 171, dersom han med skjellig grunn kan mistenkes for å ha begått en eller flere handlinger som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder. I tillegg må et av de fire tilleggsvilkårene være tilstede. Med ”skjellig grunn” menes sannsynlighetsovervekt. Det må for dommeren stille seg slik at det for han er mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handling saken gjelder, enn at han ikke har det.²⁵ Det innebærer også at retten finner at forholdet rammes av det angitte straffebud.²⁶ Vurderingen av om skjellig grunn til mistanke foreligger, må bygges på konkrete forhold i saken, likt som bevisvurderingen under straffesaken. Forskjellen er bare i mistankegraden. Uttalelser fra påtalemyndigheten om at det foreligger et betydelig bevismateriale utover det som er fremlagt, kan ikke få betydning for mistankekravet.²⁷

I tillegg til mistankekravet og kravet til strafferamme, må som nevnt ett av de fire tilleggsvilkårene være tilstede. Et av dem er tilfeller hvor siktede selv begjærer det. Det blir ikke behandlet videre i denne oppgaven, da det får liten betydning for habilitetsspørsmålet. For de tre andre tilfellene må dommeren stille seg spørsmålet om hvor sannsynlig det er at tilleggsvilkårene vil inntre.

²⁵ Rt-1993-1302, s.1303

²⁶ Rt-2010-343, (17)

²⁷ Rt-2010-933, (23)

3.1.2 Tilleggsvilkår 1: Unndragelsesfare

Det første tilleggsalternativ i strpl.§ 171(1), er at det er grunn til å frykte at den mistenkte vil flykte, eller ”*unndra seg forfølgningen eller fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler*”. Om det foreligger slik grunn, vurderes etter bl.a. den straffbare handlingens alvorlighetsgrad, siktedes forhold til familie og arbeid, andre bindende forhold, praktisk mulighet for flukt og siktedes historikk. Utenom en subjektiv antagelse kreves det også objektive momenter for å konstatere unndragelsesfare, men det kreves ikke sannsynlighetsovervekt for fluktfaren.²⁸ Det må av kjennelsesgrunnene fremgå at det er grunn til å frykte unndragelse basert på konkrete og objektive holdepunkter. Det er altså ikke tilstrekkelig med en generell henvisning til at siktede har tilknytning til andre land. Heller ikke det forhold at siktede har interesse av å unngå straffeforfølgning, og at denne interessen normalt vil være særlig sterk der det er tale om en lang fengselstraff, kan i seg selv gi grunnlag for varetektsfengsling.²⁹

Strpl.§ 171(1) nr. 1. brukes ofte i saker med utenlandske mistenkte, men unndragelsesfaren er ikke begrenset til flukt til utlandet.³⁰ Også for utlendinger skal det gjøres en helhetlig og reell vurdering av siktedes tilknytning til Norge, det er ikke tilstrekkelig med en begrunnelse som i realiteten kun går på at siktede er utenlandsk statsborger.³¹ Varetektsfengsling kan også finne sted uten hensyn til straffens lengde, dersom man ikke vet om den mistenkte har noe fast bopel i Norge og det er grunn til å frykte flukt. Da er hjemmelen strpl.§ 173(2), men denne er lite aktuell i dag og kan være problematisk i forhold til menneskerettighetsloven som setter skranker for frihetsberøvelser over bagateller.³²

²⁸ Rt-1997-2032, s.2033

²⁹ Rt-2011-329, (12-13)

³⁰ NOU:1980:28, s.43

³¹ Rt-2012-1976, (14)

³² EMK art.5, ”offence”

3.1.3 Tilleggsvilkår 2: Bevisforspillelsesfare

Før 1963 krevde fengslig begrunnet i bevisforspillelse at det forelå ”*særlig grunn til å frykte bevisforspillelse begrunnet i siktedes eget forhold*”. Ved lovendring ble tillegget ”*begrunnet i siktedes eget forhold*” sløyfet, slik at regelen fikk en videre anvendelse. Varetekstutvalget foreslo i NOU 1980:28 en viss innskrenking av regelen fra 1963 og foreslo ”*nærliggende fare*”. Men i spørsmålet om hva som skulle ligge i dette kriteriet var utvalget delt. Flertallet mente det både måtte eksistere en reell mulighet og en sannsynlighet for at forspillelse av beviser vil gjøres. Mindretallet ville innskrenke ytterligere og i tillegg kreve klare og konkrete holdepunkter.³³

Med ”nærliggende fare” menes noe mer enn en mulighet for bevisforspillelse. Det må foreligge en reell mulighet for bevisforspillelse og en nærliggende fare for at siktede vil bruke denne muligheten til å forspille bevis.³⁴ Rettspraksis har lagt til grunn at det må finnes sannsynlighetsovervekt for at siktede vil benytte seg av muligheten til å forspille bevis. Altså mer sannsynlig at den siktede vil benytte seg av muligheten til å forspille bevis, enn at han ikke vil gjøre det.³⁵

Spesielt når straffesaker er på et tidlig stadium og fortsatt under etterforskning, kan bevissituasjon være usikker. Siktede kan ødelegge bevis på ulikt vis, samkjøre historier med vitner og andre medtiltalte, ødelegge eller gjemme fysiske bevis, fabrikere bevis, skaffe seg alibi, eller som § 171(1) andre tilleggsalternativ nevner ”*fjerne spor eller påvirke vitner eller medskyldige*”. At siktede tilpasser sin egen forklaring til sakens øvrige bevis, er ikke bevisforspillelse i lovens forstand.³⁶ Dette henger sammen med siktedes rett til ikke å forklare

³³ NOU:1980:28, s.46-47

³⁴ Rt-1993-128, s.129, Rt-1997-87, s.88 og Rt-1997-1902, s.1903-1904

³⁵ Rt-2011-946, (14)

³⁶ Rt-1996-1089, s.1090

seg, eller til straffritt å lyve.³⁷ Det springer igjen ut av vernet mot tvungen selvinkriminering. Bevisforspillelse blir det først når han påvirker andre til å tilpasse seg ham.

Bevisforspillelsesfaren må konkretiseres. I Rt-2009-1613 opphevet Høyesterett lagmannsrettens kjennelse om varetektsfengsling med begrunnelsen at det var et stort sakskompleks, en alvorlig siktelse og en rekke vitner og mistenkte som enda ikke var avhørt. Mulighetene for bevisforspillelse var høyst reelle. Den siktede kunne kontakte medsiktete og vitner for å påvirke deres forklaringer, men lagmannsrettens kjennelse var overhodet ikke konkretisert og ble opphevet. Om sannsynligheten for at siktede ville benytte seg av mulighetene, viste lagmannsretten til at han var siktet i saken og risikerte en lang fengselsstraff dersom han skulle bli dømt. Høyesterett mente at lagmannsretten her utelukkende hadde vist til alminnelige antagelser om at bevisforspillelse vil være nærliggende for en person i dennes sted, i en slik sak, noe som ikke er nok.³⁸

I Rt-2010-502 ble imidlertid lagmannsrettens lignende begrunnelse opprettholdt, selv om Høyesterett karakteriserte begrunnelsen som ”*snau og vag med hensyn til hvilke vitner som kunne bli påvirket og hva som gir sannsynlighetsovervekt for at siktede faktisk vil søke å påvirke disse*”.³⁹ Denne saken stilte seg noe annerledes fra den forrige ved at saken her var i en helt innledende fase. Dette kan tyde på at konkretiseringskravet er mindre strengt tidlig i etterforskningen av alvorlige saker.⁴⁰ I Rt-2011-946 ble en begrunnelse for varetektsfengsling om at det gjensto flere avhør og at ønsket om å påvirke bevis kan være sterkere når man faktisk blir fengslet, opphevet av Høyesterett. En slik generell påpekning er ikke tilstrekkelig. Vurderingen må forankres i de konkrete forhold i saken.⁴¹

³⁷ Øyen:2010, s.224

³⁸ Rt-2009-1613, (9)

³⁹ Rt-2010-502, (18)

⁴⁰ Øyen:2010, s.229-230

⁴¹ Rt-2011-946, (16)

3.1.4 Tilleggsvilkår 3: Gjentakelsesfare

Straffeprosessloven § 171(1) tredje alternativ gir adgang til varetektsfengsling der det ”*antas påkrevd for å hindre at han på ny begår en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder*”. Dette tilleggsalternativet skiller seg fra de to ovennevnte ved at formålet her ikke er å oppklare den pågående straffesak, men å hindre at siktede begår ny kriminalitet. Derfor taler man ofte om prevensjonsarrest.⁴²

Dette er en omdiskutert fengslingshjemmel, og den ble kraftig kritisert av mindretallet i varetektsutvalget både prinsipielt og virkningsmessig. Prinsipielt mente mindretallet det var feil å fengsle for handlinger som ikke er begått. For virkningssiden mente mindretallet at man ikke hindret nye straffbare handlinger, men bare utsatte dem. Etter domfellelse vil det bli gitt fradrag i fengselsdommen med varetektsdøgnene og etter mindretallets syn ville det da fortsatt være sannsynlighetsovervekt for nye straffbare handlinger fra domfelte når han slipper fri. Dette synet passer også med prisoniseringsteorier.⁴³ Uansett var det flertallets syn som vant frem, og ”prevensjonsarresten” består.⁴⁴

Gjentakelsesfare er det alternativ som krever den sterkeste sannsynlighet. Før 1980 het det at det måtte være ”*særlig grunn til å frykte*”. Ved straffeprosessloven 1981, ble bestemmelsen innskrenket til kun å gjelde der ”*det antas påkrevd*” for å forhindre en handling begått av siktede, som kan medføre straff i mer en 6 måneder. Ordvalget ”*antas påkrevd*” viser til at det skal gis rom for en skjønnsmessig bedømmelse av så vel faregraden som alvorlighetsgraden av de fryktede lovbrudd.⁴⁵ Et absolutt vilkår for fengsling etter denne hjemmel er likevel at det må foreligge en sterk grad av sannsynlighetsovervekt for at siktede vil begå ny straffbar handling.

⁴² Andenæs:2008, s.288

⁴³ Mathiesen:2010, s.51-54

⁴⁴ NOU:1980:28, s.51

⁴⁵ NUT:1969-3, s.239

Varetektsfengsling vil i disse tilfellene ha et preventivt formål som lang på vei kan sammenlignes med straff. Det forutsetter at det i en rimelig utstrekning er mulig å forutsi om faren for nye straffbare handlinger faktisk eksisterer.⁴⁶ Høyesterett har lagt til grunn at det uavhengig av siktelsens alvor må foreligge en sterk grad av sannsynlighetsovervekt for gjentakelse.⁴⁷ Det skal foretas en helhetsvurdering, hvor blant annet kriminalitetens art og hyppighet, og siktedes livssituasjon har betydning.

Høyesterett har opphevet begrunnelser formulert som ”*nærliggende fare*”, ”*konkret nærliggende fare*” og ”*nærliggende og reell fare*” for at siktede ved en løslatelse vil begå straffbare handlinger som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder.⁴⁸ Slike begrunnelser reiser tvil om kravet til gjentakelsesvilkåret er riktig forstått. Det må foreligge en sterk grad av sannsynlighetsovervekt for gjentakelse for at fengsling er ”*påkrevd*”. Et uttrykk for riktig forståelse kan være at ”*tingretten finner det klart at det foreligger en meget nærliggende fare for gjentakelse*”.⁴⁹ Tidligere domfellelser har betydning, men det er ikke tilstrekkelig å vise til disse for å begrunne gjentakelsesfare. Det må foretas en helhetsvurdering hvor det må foreligge en konkret begrunnelse for gjentakelsesfare, basert på siktedes aktuelle situasjon.⁵⁰

3.1.5 Varetektsfengsling av utilregnelige

§ 171(2) hjemler fengsling av utilregnelige. Varetektshjemmelen i § 171(2) er parallell til varetektsfengsling av tilregnelige i paragrafens første ledd. Dersom det skulle være nødvendig å varetektsfengsle en utilregnelig, krever § 171(2) i tillegg til de ovennevnte vilkår,

⁴⁶ NOU:1980:28, s.49

⁴⁷ Rt-1993-905, s.906 og Rt-2004-74, s.74

⁴⁸ Rt-2012-1207, (9) Rt-2006-820, (20)

⁴⁹ Rt-2012-1207 (10)

⁵⁰ Rt-1998-149, s.150

at det i det minste er sannsynlighetsovervekt for at det vil bli reist sak om psykisk helsevern eller tvungen omsorg.

Dette er ikke eneste hjemmel for fengsling av utilregnelige. For eksempel kan det fengsles for å få personen fremstilt til rettspsykiatrisk observasjon i strpl.§ 166, men dette er ikke varetektsfengsling og faller dermed utenfor oppgavens tema.

3.2 Rettshåndhevelsesarrest, strpl.§ 184 jfr. § 172

For grove forbrytelser som enten i seg selv kan medføre straff i mer enn 10 år, eller som er nevnt i § 172 litra b, kan en siktet varetektsfengsles etter § 184 jfr. § 172, ofte kalt retts-håndhevelsesarrest. Da kreves det tilståelse eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken. Arrest etter denne paragrafen har enda et stykke på vei form av å være ren straff, og bestemmelsen kan sies å være en innrømmelse til de gjengjeldelsesforestillinger som lever i samfunnet.⁵¹ Bestemmelsen bør anvendes med varsomhet. Anvendelsesområdene er i forarbeidene beskrevet til å gjelde for fengslinger ved ”grufulle” eller ”opprørende” forbrytelser.⁵² Kjernen for anvendelse er i grove voldssaker, drapssaker og sedelighetsaker, men etter en helhetsvurdering kan reglen også brukes i saker man i dagligtalen ikke vil karakterisere som grufulle eller opprørende. Regelen er for eksempel brukt i narkotikasaker og korrupsjonssaker, men her skal det adskillig mer til.⁵³

I tillegg til en svært sterk mistanke skal det gjøres en helhetsvurdering der spørsmålet er om § 172 er anvendelig. Bestemmelsens andre ledd viser til at det skal ses til om en løslatelse vil støte ”allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet”. Dette ledd kom inn ved en lov-endring i 2003 av pedagogiske grunner.⁵⁴ Strpl.§ 172(2) krever ikke sterk sannsynlighets-

⁵¹ Andenæs:2008, s.291

⁵² Ot.prp.nr.39 (1961-1962),s.9

⁵³ Rt-2002-315, s.317, Rt-2006-1621, (26-27) og Rt-2010-889 (14)

⁵⁴ Ot.prp.nr.62 (2002-2003), s.100

overvekt for at den siktede vil begå straffbare handlinger, det kan til og med være usannsynlig, men det vil kunne være et moment i helhetsvurderingen.

Mindretallet i varetektsutvalget (NOU 1980:28 s.54) pekte nettopp på denne regel da de gikk imot en fortsatt adgang til å varetektsfengsle på bakgrunn av gjentakelsesfare. Men flertallets syn vant frem, og begge bestemmelsene gjelder ved siden av hverandre. Mindretallet mente at deres forslag ville skape renere linjer dersom man i tilfellene hvor det var fare for nye alvorlige handlinger, ikke baserte seg på en regel som forutsetter usikre forutsigelser, men knytter fengslingsadgangen til objektive og strenge vilkår. Det skal mye til å varetektsfengsle etter § 172 der det ikke foreligger erkjennelse av skyld. Det må da foreligge en meget sterk sannsynlighet for at mistenkte er skyldig, adskillig mer enn skjellig grunn til mistanke.⁵⁵

Mistankekravet er videre tolket og fastsatt av Høyesterett. Grensen oppad er tolket til at det ikke er nødvendig med en *”nær opptil visshets-grensede sannsynlighet”*⁵⁶ eller at retten *”føler seg overbevist om at alle vilkår for at tiltalte skal kunne kjennes skyldig foreligger. Det er rom for en viss tvil”*.⁵⁷ Likevel må retten finne at det foreligger en meget sterk sannsynlighet for at alle straffbarhetsvilkår er oppfylt, herunder også tilregnelighet.⁵⁸

Retten behøver ikke å gå igjennom saken fullstendig som ved en hovedforhandling.⁵⁹ Likevel må retten vise til konkrete omstendigheter som tilsier den sterke mistanken og hvorfor § 172 kan brukes, det er ikke tilstrekkelig med en abstrakt vurdering.⁶⁰ Men dersom det fore-

⁵⁵ Rt-1992-423, s.424

⁵⁶ Rt-1989-186, s.187

⁵⁷ Rt-2000-371, s.372

⁵⁸ Rt-2012-1854, (13)

⁵⁹ Rt-1998-155, s.157

⁶⁰ Rt-2002-842, s.843

ligger fallende dom i saken, kan dommeren hen vise til denne ved varetektsspørsmålet når det gjelder mistankekonstateringen.⁶¹

3.3 Forholdsmessighetsvurdering

I alle tilfeller må domstolen vurdere om fengsling vil være et uforholdsmessig inngrep, jfr. strpl. § 170a. Bestemmelsen setter opp to begrensninger for fengsling. Etter første punktum, kan tvangsmidler kun brukes når det er ”tilstrekkelig grunn” til det. Fengsling må da etter en hensiktsmessighetsberegning være det eneste alternativ som ivaretar etterforskningen eller tryggheten i samfunnet. Retten må velge det tiltak som er minst inngripende overfor siktede så lenge det ivaretar hensynet til etterforskningen eller samfunnet. Et eksempel kan være at innlevering av pass gjør at det ikke lengre foreligger unndragelsesfare, et annet de forskjellige fengslingsurrogatene i strpl. § 188, bl.a. sikkerhetsstillelse ved kausjon og plassering i institusjon.

Etter § 170a andre punktum kan retten heller ikke fengsle dersom det totalt sett er et uforholdsmessig inngrep overfor siktede. Uavhengig av om dette er eneste formålstjenelige tiltak.⁶² I vurderingen om fengsling etter andre ledd er uforholdsmessig, sees det bl.a. til sakens alvor, forventet straff, fengslingsforholdene, risiko for oversoning, mistankens styrke, alle opplysninger om siktedes sosiale og personlige forhold, konsekvenser for tredje personer (eks: ektefelle, familie), siktedes alder, sykdom, og arbeidssituasjon.⁶³ Sakens alvor og mistankens styrke vil alltid spille en viktig rolle. Det skal mer til for at varetektsfengsling er forholdsmessig dersom mistanken er svak og den siktede heller ikke risikerer en lengre fengselsstraff. Det siste har også betydning for risiko for oversoning.⁶⁴

⁶¹ Rt-1995-1232, s.1233

⁶² Fredriksen:2011, s.157

⁶³ Bjerke:2011, s.611-613

⁶⁴ Rt-1998-1068, s.1070

For varetektsfengsling etter § 171(1) tredje tilleggsalternativ og spesielt for varetektsfengsling etter § 172, er det et eget moment at varetektsfengslingen ligner på straff. Varetektsfengsling etter § 172 bør da brukes med stor varsomhet. Det er også presisert i rettspraksis.⁶⁵ For fengsling etter § 172 faller i noen grad § 170a-vurderingen sammen med vurderingen om fengslingsadgangen bør benyttes dersom mistankevilkåret er oppfylt. Det vesentligste er imidlertid at det blir foretatt en helhetsvurdering, ikke hvilken bestemmelse den knyttes til.⁶⁶

Varetektsfengsling beror alltid på rettens skjønn, jfr. ordet ”kan” som går igjen i alle tvangsmiddelgrunnlagene. Det er denne vurderingen § 170a stadfester. Forholdsmessighetsvurderingen kan forandre seg når tiden går, og både Høyesterett og EMD har poengtert betydningen for jevnlig domstolskontroll på området.⁶⁷ Prinsippet om at det minst inngripende tiltak som er tilstrekkelig skal anvendes, har ledet til substitutter som bl.a. meldeplikt og nevnte Strpl.§ 188. Her er det likevel viktig å huske på at også der slike tvangsmidler ilegges, må grunnvilkårene for fengsling foreligge.

Når det gjelder forholdsmessighetsvurderingen, kan det her nevnes at dersom det er klart ved første fengslingsmøte at påtalemyndigheten kommer til å begjære lengre tid enn 4 ukene ved bruk av forlengelsesbegjæringer. Skal dommeren i førstegangsfengslingen legge til grunn den mest sannsynlige varetektstiden for forholdsmessighetsvurderingen, og ikke tiden frem til neste fengslingsmøte i saken.⁶⁸

⁶⁵ Rt-2002-315, s.317 og Rt-2010-889, (14)

⁶⁶ Rt-2001-940, s.945

⁶⁷ Rt-2009-472, (15) og EMD:10.03.2009, Bykov v. Russia, (65)

⁶⁸ Rt-2012-601, (10)

4 Er varetektsdommeren inhabil i hovedforhandlingen?

4.1 Hvorfor habilitetsregler?

Norge er et lite land – i politikk, næringsliv og samfunnsliv. Det oppstår derfor ofte habilitetsspørsmål, og i de siste årene er disse spørsmålene blitt viet mer oppmerksomhet enn tidligere. I 2007 var det nesten habilitetskriser i Høyesterett da to tredjedeler av høyesterettsdommerne ble kjent inhabile i tomtefestesaken,⁶⁹ mens Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité har vært den mest synlige stortingskomité i perioden fra 2009-2013 hvor de har gransket flere habilitetssaker.⁷⁰

Vurderingen av habilitet i domstolen har også utviklet seg de siste år, og det er skjedd en skjerpelse i kravene til dommerhabilitet. Mye av grunnen kan nok spores til Menneskerettighetsdomstolens utvikling av EMK art.6s krav til en upartisk domstol, som gjennom en rekke avgjørelser har fremholdt at en dommer ikke bare er inhabil dersom han faktisk må forventes å være påvirket av uvedkommende hensyn, men også dersom forholdene utad kan fremstå slik at det kan være grunn til å trekke dommerens upartiskhet i tvil. Dommerhabilitet er en grunnleggende forutsetning for folks tillit til domstolen, men for strenge regler kan hemme domstolens effektivitet og det må derfor gjøres en helhetsvurdering. Hensynet til rettsvesenets tillit må måles opp mot effektivitetshensyn og til at rettssystemet skal fungerer i praksis.⁷¹

Dersom sakens oppnevnte dommer må tre til siden på grunn av inhabilitet, er det viktig at dommeren ikke foretar handlinger som kan føre til opphevelse. Videre skal en ny dommer, uten ugrunnet opphold, overta saken. Den nye dommeren kan gjerne ha sitt sete i samme domstol som den dommer som har måtte tre til siden, men det kan også oppnevnes sette-

⁶⁹ Rt-2007-705

⁷⁰ www.stortinget.no

⁷¹ Torgersen:2004, s.17

dommere.⁷² Dersom det er så utstrakt inhabilitet i en domstol at rullering innad i domstolen ikke løser habilitetsproblemen, er også et alternativ, at en annen sideordnet domstol tar over.⁷³ Den siste løsningen fungerer naturligvis ikke for Høyesterett. Manglende habilitet er en absolutt saksbehandlingsfeil, og følgen blir opphevelse, jfr. strpl.§ 343(2). Dette kan få store økonomiske og menneskelige konsekvenser m.m. Derfor bør habilitetsregler tolkes strengt, slik at en unngår vanskelige tvilsituasjoner. De siste årene har også internasjonale rettssetninger rundt habilitet fått tilslag i Norge. Spesielt det anglosaksiske rettsprinsippet *“Justice must not only be done, it must also be seen to be done”*. EMD har lagt vekt på dette prinsippet gjentatte ganger og videre lagt til at: *“What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public. Thus, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw.”*⁷⁴

Norsk Høyesterett har lignende uttalt at *“Av hensyn til partenes og allmennhetens tillit til domstolene er det viktig å unngå at det kan reises tvil om habiliteten til de dommere som deltar i pådømmelsen av straffesaker”*.⁷⁵ Disse uttalelsene peker på det prinsipp at habiliteten bør ses ifra publikums ståsted og ikke gjennom jurister, politikere eller andre mer begrensede persongrupper. Et prinsipp som også har fått tilslag ved andre rettsområder, som i forvaltningsretten.⁷⁶ Tvil rundt dommeres habilitet, kan gi grobunn til konspiratoriske tanker og mistillit, noe som på ingen måte er et fjernt eller usannsynlig fenomen. I Sverige har en stor gruppe unge mennesker mistet tilliten til det svenske rettssystem etter at det ble ”avslørt” at tingrettsdommeren i den mye omtalte PirateBay-saken bl.a. var medlem av foreningen ”Svenska föreningen för upphavsrett”, hvor også den ene parts advokat var medlem. Dette var ikke et forhold som gjorde dommeren inhabil, men det at dommeren ikke tok opp

⁷² Domstolloven § 121

⁷³ Domstolloven § 119

⁷⁴ EMD:01.10.1982. Piersack v. Belgium, (17) og EMD:09.01.2013, Oleksandr Volkov v. Ukraine (106)

⁷⁵ Rt-2003-1514, (9)

⁷⁶ Woxholth:2011, s.135

habilitetsspørsmålet ble kritisert av Hovretten⁷⁷ (lagmannsrett), som behandlet habilitetsspørsmålet. Det som likevel er en mer alvorlig følge av unnlåtelsen fra tingrettsdommeren er mistroen rundt rettergangen i PirateBay-saken som er oppstått, spesielt i miljøer rundt data.⁷⁸

Når det gjelder det mer begrensede habilitetsspørsmålet rundt varetektsfengslinger, er det spesielt hensynene til effektivitet og gjennomførbarhet på den ene siden som står imot ønsket om strenge habilitetsregler slik at tvilssituasjoner ikke oppstår, på den andre siden. Domsstolsstrukturen i Norge kan skape problemer for svært strenge habilitetsregler. Det finnes domstoler i Norge som er bemannet med få dommere, og før hovedforhandling i en alvorlig straffesak kreves rettens inntreden på flere områder. I tillegg til varetektsfengslinger kan det tenkes ransaker, førerkortbeslag, dommeravhør av barn og utradisjonelle etterforskningsmetoder som avlytting og sporing, for å nevne noe. Når domstolen er tynt bemannet, er det klart at det vil det skape store utfordringer hvis enhver befatning med saken skulle gjøre dommeren inhabil neste gang en side av saken skulle dukke opp. De geografiske avstandene kan også være store, slik at det ikke er noen enkel sak å i stedet føre hovedforhandlingen eller fengslingsmøter i naborettskretsen.

Når et slikt system er valgt må det tåles at dommeren bor i samme nabodistrikt som tiltale, eller at dommeren gikk på folkeskole med tiltaltes mor. Det kan heller ikke gjøre en dommer inhabil at tiltalte har hatt arbeidsoppdrag for bekjente av dommeren, eller at dommeren var kollega med onkelen til faren til en av de fornærmede. Selv ikke om alt dette skulle skje i samme sak.⁷⁹ En slik praktisering ville ha inhabilisert mange dommere fra småbyer i den by de er vokst opp.

⁷⁷ HovR B 4041-09

⁷⁸ TPB AFK, (2013)

⁷⁹ Rt-1998-882, s.883-884

En slik pragmatisk tilnærming til spørsmålet gjelder også ved tidligere befatning med saken. Ved landets større tingretter, og spesielt i Oslo, foretar dommere flere varetektsfengslinger daglig når de har fengslingsuke. Det å holde kontroll på hvilke saker man har vært borti på et eller annet tidspunkt, kan ikke alltid være like lett, i hvert fall ikke for den enkelte dommer. Dette kan likevel styres ved administrasjon og rutiner. Tidligere var det vanlig i habilitetsvurderingen å legge vekt på forhold som at dommeren ikke husket at han var med på fengslingsmøtet,⁸⁰ men etter dagens norm hvor man i større grad ser på situasjonen utenfra, har slike argument fått vesentlig mindre vekt.

Dersom habilitetsreglene skal skape tillit til domstolen, må reglene være klare og presise. En situasjon der habilitetsavgjørelsene virker vilkårlige og i dårlig samsvar med de faktiske forhold, vil ikke bidra til en slik tillitsskapning. Dersom nyanser i formuleringene skal være avgjørende, kan dette skape problemer og disse har vært et argument både for en innskrenket habilitetsvurdering⁸¹ og en strengere habilitetsvurdering.⁸²

4.2 Menneskerettighetskonvensjonen

4.2.1 EMK art.6

Artikkel 6 verner om siktedes rett til en ”fair” rettergang. Fra Artikkel 6(1) utledes det mange ulike rettigheter: Krav til likestilling og nøytralitet, til en offentlig og muntlig forhandling, en avgjørelse innen rimelig tid, forbud mot tvungen selvinkriminering, regler om utradisjonell etterforskning og bevisførsel og så videre. Det blir for omfattende i denne oppgave å gå bredt til verks her. Etter EMK art.6(1) har tiltalte rett til å bli hørt av en ”*independent and impartial tribunal*”. EMD har i høyere grad enn både norsk og dansk domstoler behandlet inhabilitet pga. tidligere befatning med saken.⁸³ Bestemmelsen har en selv-

⁸⁰ Rt-2002-587, s.590

⁸¹ Rt-1997-89, s.91

⁸² Bårdsen:2000, s.224

⁸³ Ellehaug:2001, s.5-8 og Aall:2008, s.354-355.

stendig betydning i habilitetsspørsmål. Noe som betyr at dersom det er nærliggende å tolke en avgjørelse av en norsk domstol dit hen at artikkel 6 ikke er vurdert, i en sak hvor artikkelen er aktuell, må dommen eller beslutningen oppheves, etter strpl.§ 343(1).⁸⁴

En del forfattere skiller mellom begrepene ”uavhengig” og ”upartisk” i artikkel 6, ved at kravet til uavhengighet særlig gjelder for myndighetene, mens kravet til upartiskhet gjelder for partene imellom. I denne oppgaven bruker jeg uttrykket upartiskhet, fordi jeg mener dette uttrykket passer best i spørsmålet knyttet til den norske varetektsdommer, som i Norge er uavhengig av påtalemyndigheten og uten ansvar for etterforskningen. Det er likevel noe usikkert om EMD skiller i noen særlig grad på uttrykkene.⁸⁵

4.2.2 EMDs behandling av upartiskhetskravet og de første dommene om dommeres forhåndsbefatning.

EMD deler spørsmålet om upartiskhet i to. Det gjøres en subjektiv prøve og en objektiv prøve. Ved den subjektive prøve stilles spørsmålet om dommeren rent faktisk vil dømme upartisk. Det må være presumsjonen inntil det motsatte er bevist.⁸⁶ Ved den objektive prøve stilles det spørsmålet ved om det utad kan stilles tvil om dommerens upartiskhet. Det er den objektive prøven som normalt blir avgjørende, da det er vanskelig å bevise subjektiv upartiskhet. Denne todelingen ble først gjort i saken ”Piersack v. Belgium”.⁸⁷

Etter Piersack-dommen kom det flere dommer mot Belgia, der brudd på EMK art.6 ble konstatert. Brudd på bestemmelsen ble i alle sakene begrunnet med at det kunne foreligge objektivt begrunnet frykt fra tiltalte eller publikum for at dommeren ikke var tilstrekkelig upartisk. Det ble ikke slått fast at dommeren faktisk var upartisk, men EMD hadde forståel-

⁸⁴ Rt-2003-280, (21)

⁸⁵ Møse:2002 s.331

⁸⁶ EMD:15.12.2005, Kyprianou v. Cyprus, (119)

⁸⁷ EMD:01.10.1982, Piersack v. Belgium, (30)

se for at det kunne oppleves slik, og da ble det konstatert brudd på konvensjonen. Belgia har sterkt innslag av inkvisisjonsprosess, og derfor har dommene begrenset verdi sett med norske øyner. Men i 1987 ble det i saken ”Ben Yaacoub v. Belgium”⁸⁸ konstatert brudd i en situasjon hvor paralleller til partsprosessen kunne trekkes. Dommen kan sies å være den grunnleggende avgjørelsen for hva som ligger i art.6(1)’s krav til upartiskhet. Grunnlaget for avgjørelsen var at en av dommerne i straffesaken tidligere hadde vært ”Chambre du conseil”, noe som etter belgisk rett er etterforskende dommers overhode. At etterforskende dommer deltok i straffesaken var av EMD kjent konvensjonsstridig i 1984.⁸⁹

Etterforskende dommers oppgave er bl.a. å samle beviser, både de som taler for og de som taler mot at mistenkte burde siktes og stilles for retten. Etterforskningen er dessuten hemmelig og uten tilstedeværelse av forsvarer. ”Chambre du conseil” oppgave er å overvåke og godkjenne etterforskningen. Dette innebærer bl.a. at ”Chambre du conseil” fastsetter opplegget for rettergangen, bekrefter etterforskende dommers beslutning om varetektsfengsling og beslutter hver måned om varetektsfengslingen skal forlenges. Altså en befatning som i arbeidsoppgaver kan ligne på det en norsk dommer vil kunne oppleve, dersom han ved gjentatte ganger får tvangsmidler og begjæringer han skal ta stilling til under etterforskningen. (Derimot må en viktig forskjell legges merke til, nemlig at den norske dommer i de fleste saker ikke vil opptre hemmelig og uten forsvarers tilstedeværelse.)

Etter EMDs mening var omfanget av dommerens funksjoner i Yaacoub-saken så vidt at det gav en fare for at dommeren ville være forutinntatt med hensyn til den siktedes skyld. Etter Yaacoub-saken falt det dom i saken ”Hauschildt v. Denmark”,⁹⁰ som førte til endringer, både i norsk og dansk straffeprosess. Tradisjonelt førte ikke tidligere befatning med saken gjennom varetektsfengsling til habilitetsproblemer for varetektsdommeren, verken i Norge

⁸⁸ EMD:27.11.1987, Ben Yaacoub v Belgium

⁸⁹ EMD:26.10.1984, De Cubber v. Belgium

⁹⁰ EMD:24.05.1989, Hauschildt v. Denmark.

eller Danmark. Det kunne til og med bli sett på som positivt.⁹¹ Hauschildt-saken var en mye omtalt dansk økokrim-sak. Den startet i 1980, da dansk politi mottok en anmeldelse mot finansstoppen Mogans Hauschildt og selskapet hans SCE. Han ble sammen med selskapet anklaget for brudd på dansk skattelovgivning og straffelov. Hauschildt ble fremstilt for varetekt, og det falt kjennelse på fengsling for tre dager. Men gjentatte fengslingsforlengelser førte til at han ble sittende i varetekt frem til hovedforhandlingen som startet 27. april 1981, ca. ett år etter første fengslingsmøte.

Da selve straffesaken skulle behandles, mente Hauschildt at dommen i realiteten allerede var bestemt. Dommeren i straffesaken hadde nemlig hele ni ganger tidligere varetektsfengslet ham etter å ha funnet at det forlås ”en særlig bestyrket mistanke”, som er kravet for varetektsfengsling etter den danske retsplejeloven § 762(2). Denne mistankekonstateringen er parallell til den norske varetektshjemmelen i strpl.§ 172. Hauschildt ble dømt, og anken videre i det danske rettsystem førte ikke frem.

Hauschildt klagde til EMD som i 1989 tok stilling til saken i plenum. Domstolen bemerket at det forhold at en dommer har avsagt kjennelse om fengsling under etterforskningen, ikke i seg selv gjør ham inhabil. I denne saken mente likevel flertallet at saken utgjorde et brudd på konvensjonens art.6, da det objektivt sett forelå berettiget frykt fra tiltaltes side om dommerens upartiskhet i saken. Domstolen la vekt på at dommeren ni ganger hadde varetektsfengslet under ”særlig bestyrket mistanke”, noe som var en mistankeoppfatning som lå svært nært selve beviskravet som skulle til for å dømme i straffesaken.

4.2.3 EMDs utvikling av upartiskhetskravet

Etter dommene mot Belgia og Hauschildt-saken på 80-tallet, er det avsagt en rekke avgjørelser om upartiskhetskravet der dommeren tidligere har hatt befatning med saken. En del presiseringer har kommet, men etter min mening har utviklingen stått relativt stille, og reg-

⁹¹ Nielsen:2011, s.159

lene i Hauschildt-saken er i liten grad strammet ytterligere inn. Et unntak her er nok dommen ”Ekeberg and Others v. Norway” som jeg vil komme tilbake til i punkt 4.4.4. Jeg vil videre beskrive momenter som kan forklare hvorfor EMD ikke har gått lengre i upartiskhetskrevet. Dette er én tolkning. En annen tolkning kan naturligvis være at EMD mener å ha utviklet regelen tilstrekkelig og at det ikke er behov for ytterligere føringer. Uansett har EMD i liten grad gått lengre i å kreve upartiskhet i saker hvor dommeren har varetektsfengslet den tiltalte på et tidligere stadium.

Illustrerende her er saken ”Miminoshvili v. Russia”⁹² fra 2011, hvor EMD beskriver de generelle prinsipper ved den objektive upartiskhet. Domstolen viser først til at det i flere saker er blitt konkludert med brudd på art.6s krav til en upartisk domstol, der dommeren i to eller flere omganger har behandlet spørsmål i samme sakskompleks. EMD viser da til Ferrantelli⁹³ og Rojas Morales.⁹⁴ Det kunne også vært vist til Hauschildt⁹⁵ og Ekeberg,⁹⁶ men i Miminoshvili-saken var faktum mer likt de to første, som omhandler situasjonen der en dommer tidligere har behandlet saken til en medsiktet. Hauschildt og Ekeberg handler om tidligere varetektsfengslinger, men de generelle prinsippene for den objektive prøve er de samme i disse to situasjonene.

Etter å ha vist til sakene hvor brudd på konvensjonen ble resultatet, skriver EMD at det i nyere saker derimot ikke er blitt funnet en objektiv grunn til frykt for upartiskheten i lignende saker. Her vises det til Swartzenberger⁹⁷ og Poppe,⁹⁸ men for varetektsfengslingens del kunne det blitt vist til Jasinski,⁹⁹ som jeg behandler nærmere nedenfor. På bakgrunn av

⁹² EMD:28.06.2011, Miminoshvili v. Russia, (115-116)

⁹³ EMD:07.08.1996, Ferrantelli and Santangelo v. Italy, (58)

⁹⁴ EMD:16.11.2000, Rojas Morales v. Italy, (33)

⁹⁵ EMD:24.05.1989, Hauschildt v. Denmark, (51)

⁹⁶ EMD:31.06.2007, Ekeberg and Others v. Norway, (41-44)

⁹⁷ EMD:10.08.2006, Schwarzenberger v. Germany, (42)

⁹⁸ EMD:24.03.2009, Poppe v. The Netherlands, (22)

⁹⁹ EMD:20.12.2005, Jasinski v. Poland, (55-56)

denne nye utviklingen (som jeg kommer tilbake til nedenfor), blir det derfor ikke funnet grunn til å anse dommeren i Miminoshvili-saken for å være upartisk etter en objektiv prøve. Dette til tross for at dommeren hadde dømt tiltaltes bror og angivelig medskyldig noen uker tidligere. Swartzenberger-, Poppe- og Miminoshvili-sakene skilte seg fra Ferrantelli- og Rojas Morales-sakene, ved at det i de to sistnevnte dommene i sterkere grad var beskrevet handlingen til de andre medskyldige (klageren). Da dette kun i liten grad var gjort i de nyere sakene, fant EMD ikke noe brudd på EMK art.6.

Når det gjelder tidligere varetektsfengslinger, hadde dommeren i Jasinski-saken seks ganger gjort beslutninger på etterforskningsstadiet, og alle var gått klageren imot. Deriblant var det flere avgjørelser om varetektsfengsling. Jasinski var varetektsfengslet på et grunnlag som ligner § 171 med tilleggsvilkåret gjentakelsesfare, men også med en parallell til § 172, idet hjemmelen også krevde at siktede utgjorde en fare for samfunnet. Jasinski uttrykte tidlig i prosessen at han manglet tillit til den aktuelle dommer, som han opplevde som lite lydhør overfor ham. Dommeren hadde tilkjennegitt at det forelå ”*a sufficient degree of verisimilitude*”,¹⁰⁰ noe som kan sammenlignes med skjellig grunn til mistanke og at han utgjorde en høy grad av fare for samfunnet.

Selv etter Jasinskis begjæring om å bli hørt av en annen dommer og frustrasjon over å bli møtt av samme dommer gang på gang, gikk sakene konsekvent til denne dommer. Bakgrunnen for dette kan ha vært at saken foregikk for en liten distriktsdomstol. For siktedes vedkommende var det en svært alvorlig sak med 22 tiltaleposter, hvor han gjentatte ganger forgjeves krevde seg løslat fra varetektsfengslingen for å kunne ta seg av datteren. Likevel gav dommerens beslutninger etter EMDs syn ikke klageren noe objektivt grunnlag for at han skulle frykte for upartiskheten til dommeren, som nå skulle avgjøre straffesaken. Etter min mening går EMD her for langt i å godkjenne gjentatte uttalelser fra dommeren om mistankens styrke. Det forhold at dommeren over så mange beslutninger i løpet av en relativt

¹⁰⁰ EMD:20.12.2005, Jasinski v. Poland (14)

kort tidsperiode konsekvent besluttet til fordel for påtalemyndigheten, og la til grunn en mistanke lik ”skjellig grunn”. Gir etter mening objektive holdepunkter for at tiltalte ville kunne frykte for dommerens upartiskhet. Etter mitt skjønn vil så mange gjentatte avgjørelser om denne mistanken, føre til at dommeren for tiltalte eller andre med rimelighet ikke fremstå som en som vil kunne legge helt ifra seg de forestillinger han har om sakens fakta og dømme med den upartiskhet jeg mener konvensjonen burde kreve.

Konvensjonsstatene har svært ulike rettergangprosesser, noe tolkningen av konvensjonen må ta høyde for. For eksempel har noen av statene som Norge en juryordning, mens andre ikke har det. Den største forskjellen, som også har sammenheng med juryordning, er likevel de sentraleuropeiske domstolers inkvisisjonsprosesser mot de mer anglesaksisk pregede partsprosessene. De seneste år har også flere østeuropeiske land blitt medlem av Europarådet, noe som har ført til lange klagekøer hos EMD. Dette har naturlig ført til en større utsiling av saker og tøffere prioriteringer. Øverst på lista over land med EMD avgjørelser mot seg de 5 siste år er Tyrkia, Russland, Romania, Polen og Ukraina.¹⁰¹ Strafferettspleie og fengselsvesen går tilstadighet igjen i dommer mot disse stater og art.6 er en gjenganger.

De til dels store problemene i disse staters strafferettspleie, sett fra Menneskerettighetsdomstolen, kan nok ha ført til at EMD ikke har gått lengre i utviklingen av habilitetsreglene ved dommeres forhåndsbefatning med saken. Jeg mener at det er en viss forskjell i hovedargumentasjonen mellom dommene før 2000 og dommer av nyere dato. Hauschildt, Ferrantelli og Rojas Morales (før 2000), vektlegger muligheten for tvil hos andre enn rettens parter, mens de seneste dommene om temaet i stor grad vektlegger at det faktum at en dommer på et tidligere stadium har tatt beslutninger i saken, for eksempel varetektsfengsling, ikke i seg selv gir den tiltalte noe objektivt grunnlag for å frykte dommerens upartiskhet. Etter Jasinski-saken kan det vises til Krawczak¹⁰² og Moczulski¹⁰³ som følger samme spor. Selv

¹⁰¹ HUDOC:2013

¹⁰² EMD:08.04.2008, Krawczak v. Poland, (42)

¹⁰³ EMD:19.04.2011, Moczulski v. Poland, (46)

om domstolenes upartiskhet er av helt sentral betydning, kanskje spesielt i disse land hvor tilliten til statsapparatene er mindre enn i vestlige land, blir nok dommerens tidligere befatning med saken i noen tilfeller sett på som bagatellmessig.

Jørgen Aall skrev i 1989, etter Hauschildt og Yaacoub saken, at EMK art.6 måtte anses for å være krenket der en dommer i hovedforhandling på et tidligere stadium har avsagt varettekstskjennelser. I hvert fall i de tilfeller dommeren gjentatte ganger før hovedforhandlingen tok stilling til at det i det minste forelå skjellig grunn til mistanke. Altså et scenario svært likt det i ”Jasinski v. Poland”. Aall mente derfor at de norske reglene der fengslinger etter strpl.§ 171 ikke gjorde dommeren inhabil, balanserte på det konvensjonsstridige, og han foreslo at selv forhåndsbefatning med saken gjennom vanlige varettekstfengslinger skulle gjøre dommeren inhabil ved behandlingen av skyldspørsmålet.¹⁰⁴ Nå over 20 år etter er det etter EMDs praksis klart at de norske reglene med å godta varetekstdommeren som har fengslet etter § 171 (gjerne flere ganger) som dommer i straffesaken, ikke balansere på grensen av det konvensjonsstridige.

4.3 Domstoloven

4.3.1 Domstoloven § 106

Domstoloven kapitel 6 har overskriften ”ugildhet”, men jeg bruker i denne oppgaven begrepene habilitet, inhabilitet og upartisk, da det er disse begrepene som brukes i dagens språk. Kapitlet inneholder absolutte inhabilitetsregler i § 106, som lister opp en del inhabiliserende forhold. Dette gjelder bl.a. visse slektskap og forretningsinteresser. Mer interessant for denne oppgaven er bestemmelsens 6. og 8. ledd som handler om habilitet ved tidligere befatning med saken.

¹⁰⁴ Aall:1989, s.421-422

§ 106(6) regulerer tilfellene der en dommer tidligere har representert parten, påtalemyndigheten eller den fornærmede. Dette rammer klart ikke varetektsdommeren. Selv om varetektsfengslinger skjer under etterforskningen av saken, blir ikke varetektsdommeren en del av påtalemyndigheten, slik som i en del sentraleuropeiske land. Bestemmelsen er heller ikke brukt analogisk i disse tilfellene.

§ 106(8) nevner heller ikke behandling av varetektsfengsling som en inhabiliserende befatning. Bestemmelsen lyder:

”Ingen kan være dommer eller lagrettemedlem...når han tidligere har hatt med saken å gjøre som voldgiftsdommer eller i lavere rett som dommer eller lagrettemedlem”

Dette betyr at dommeren i tingretten/lagmannsretten ikke kan være dommer i lagmannsretten/Høyesterett når saken ankes. Fengslingsmøter er ikke ”lavere rett” i lovens forstand. Det kan derfor argumenteres for at denne bestemmelsen i stor grad utelukker varetektsfengslinger som inhabiliserende, ved at det motsetningsvis følger av § 106(8). Dette ble lagt vekt på av mindretallets dommer i Rt-1994-1281, som av den grunn mente § 108 i disse tilfellene måtte begrenses til de tilfeller der det er klart at det vil virke støtende om varetektsdommeren skal tjenestegjøre i hovedforhandlingen.¹⁰⁵

4.3.2 Domstolloven § 108

Den relative inhabilitetsbestemmelsen finnes i dl. § 108. Dette er en generalklausul og gjelder i alle andre saker enn de tilfellene som dekkes av egne bestemmelser og der disse bestemmelsene slutter. § 108 lyder:

¹⁰⁵ Rt-1994-1281, s.1283

”Dommer eller lagrettemedlem kan heller ikke nogen være, når andre særegne omstendigheder 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.”

Bestemmelsen gir liten veiledning i den konkrete sak og det samme gjelder forarbeidene. Rettspraksis har dermed blitt styrende for tolkningen, både høyesterettspraksis og praksis fra Menneskerettighetsdomstolen.

Det kan stilles spørsmål om hvem det er som må tape tillit til at dommeren er upartisk i saken. Siste punktum i § 108 viser at det har betydning om en part har kommet med en habilitetsinnsigelse, men dette innebærer ikke at det kun er partene som har betydning for dommerhabiliteten.¹⁰⁶ Utviklingen både i Høyesterett og i EMD viser at man i dag legger større vekt på hensynet til å skape og opprettholde tilliten til domstolene hos publikum i sin alminnelighet. Det er derfor lagt økt vekt på hvordan situasjonen kan oppfattes fra siktedes ståsted, men også for den alminnelige observatør.¹⁰⁷ På den annen side er det vanskelig å vite hva publikum mener eller vil mene, (hvis ikke umulig). Derfor kan det nok sies at habilitetsavgjørelser blir basert på en forventet reaksjon fra publikum, bygd på hypoteser og antagelser fra dommeren selv, i realiteten altså dommerens egne tanker og meninger om spørsmålet.

Tolkningen av dl.§ 108 i forhold til varetektsdommeren og dennes senere befatning med saken, vil bli tatt opp i neste del. Mer generelt kan det sies at dl.§ 108 også gjelder på en rekke andre rettsområder, og uavhengig av den typen sak som skal habilitetsprøves, er det i dag i økende grad gjennom ”publikums” øyne situasjonen skal ses igjennom. Dette prinsippet har også fått gjennomslag ved dommerhabiliteten i sivile saker.¹⁰⁸ Dessuten har forvaltningsloven § 6(2) en ordlyd nær identisk med § 108. Tolkning av dl.§ 108 har derfor også

¹⁰⁶ Torgersen:2004, s.49

¹⁰⁷ Rt-2010-759, (13)

¹⁰⁸ Rt-2010-637, (18-19)

betydning for tolkningen av forvaltningslovens generalklausul, selv om det er noe forskjell i tolkningen.¹⁰⁹

4.4 Høyesteretts praksis

4.4.1 Innledning

Hauschildt-saken førte til endringer i norsk strafferettspleie. Justisdepartementet utarbeidet et rundskriv med informasjon til domstolene om dommen, der det uttales at: ”*Dersom en dommer ved retten har besluttet varetektsfengsling etter straffeprosessloven § 172, tilsier Hauschildt-saken at vedkommende bør vike sete når straffesaken kommer opp til hovedforhandling*”.¹¹⁰

Utgangspunktet ble tidlig ganske klart. Basert på Huschildt-saken og praksis fra Høyesterett, skilles det mellom varetektsfengslinger etter § 171 og § 172. Fengsling etter den første hjemmel inhabilerer ikke dommeren, utenom i situasjonen hvor han har tatt stilling til gjentakelsesfare og det i straffesaken blir spørsmål om sikring (i dag strl.§39). Har dommeren tatt stilling til mistankekravet i § 172, blir dommeren derimot inhabil i alle tilfeller utenom i tilståelsessaker. Det skarpe skille skaper lite behov for skjønn. Det eneste skjønnsmessige er at en varetektsdommer i fengslingskjennelsen kan ha tilkjennegitt en så sterk mistanke at det må sammenlignes med kravet etter § 172, selv om den hjemmelen ikke er brukt.

Dette er fortsatt utgangspunktet. Men som jeg kommer mer inn på nedenfor, har Høyesterett beveget seg i en retning hvor flere forhold under varetektssaken inhabilerer dommeren. Fortsatt er det etter min mening likevel slik at det sterke skille ved hjemmelsbruken skaper en noe uheldig svart-hvitt tenkning. Gråsonene fanges ikke opp. For eksempel vil

¹⁰⁹ Bernt/Rasmussen:2009, s.201

¹¹⁰ Rundskriv G-140-89, s.4

det i en sak hvor dommeren har varetektsfengslet etter § 172 på et klart bevisgrunnlag, kanskje etter et svært kort rettsmøte og uten å måtte ta stilling til motbeviser fra forsvarers side. Være inhabil i en straffesak som kommer opp ett år eller mer senere og hvor bevissituasjonen er blitt en helt annen, med en mengde av nye vitneforklaringer, dokumentbeviser ol.

Inhabil blir derimot ikke dommeren som et par måneder før hovedforhandlingen, har varetektsfengslet den tiltale etter § 171. Dommeren har da funnet skjellig grunn til mistanke for forholdet og for eksempel funnet en høy grad av sannsynlighet for at siktede, dersom han ikke fengsles, vil begå ny kriminalitet i perioden frem til hovedforhandlingen. Fengslingsmøtet kan ha vært av en mer grundig sort en det som er vanlig, med bevisførsel fra forsvarers side og stor uenigheter om bevisene og siktedes tilbøyeligheter til å ty til vold eller andre straffbare handlinger. Når saken kommer opp til hovedforhandling, kan bevissituasjonen være akkurat den samme, men dommeren vil ikke være inhabil. De to tenkte eksemplene viser etter min mening at det skarpe skille mellom §§ 171 og 172 blir noe kunstig når dommerhabiliteten skal ses gjennom siktedes og publikums øyne. Selv om forskjellen i mistankekravet er lett gjenkjennelig for jurister, kan dommeren som har fengslet etter § 171, for siktede eller publikums del i enkelte saker mer partisk enn en dommer som har fengslet etter § 172. En mer skjønnsmessig regel på tvers av hjemlene ville derfor etter min mening vært et bedre alternativ, forutsatt at utgangspunktet var inhabilitet.

Jeg behandler de vanlige fengslingene etter § 171 til sist og de noe mer spesielle tilfeller etter § 172 som første punkt. Mellom dem kommer punkter om mer spesielle situasjoner om forhold til reaksjonsmiddel og dommerens posisjon. Denne disposisjonen kommer av at inhabilitet er utgangspunktet i saker hvor det i varetektsfengslingen er konstatert en særlig kvalifisert grad av mistanke, som ved varetektsfengsling etter § 172. Inhabilitet er også utgangspunktet dersom varetektsdommeren har tatt stilling til sentrale spørsmål i straffesaken, som ved varetektsfengsling etter § 171(1) tredje tilleggsalternativ i straffesaker hvor forvaring kan bli aktuelt. Dette blir derfor de to første punkt etter denne innledningen. Det tredje punkt, om sakstype og dommers posisjon, gjelder i alle tilfeller, også for § 171.

Punktet om varetektsfengsling etter § 171 kommer sist. Dette er fordi punktet også beveger oppgaven inn i del 5, om mulige inhabiliserende uttalelser.

4.4.2 Varetektsdommeren konstaterer en særlig kvalifisert grad av mistanke

Etter Hauschild-dommen er en dommer som har varetektsfengslet etter strpl.§ 172 inhabil i straffesaken. Begrunnelsen er at det sterke mistankegrunnlaget som må ligge til grunn er så nært det som skal til for å dømme vedkommende i en straffesak, at det vil finnes objektivt begrunnet frykt for at dommeren ikke vil møte saken med den åpenhet som kreves etter domstolloven og EMK. Derfor vil en dommer, som har fengslet tiltalte etter § 172, eller uttrykt at mistankevilkåret etter § 172 er oppfylt, være inhabil i en videre behandling av saken der det samme faktum skal prøves. Det gjelder også avgjørelse om anke over skyldspørsmålet skal tillates fremmet.¹¹¹

Inhabilitet blir også resultatet dersom det ved fengslingsmøtet foreligger fellende dom, slik at kravet til en særlig bestyrket mistanke kan besvares av fengslingsdommeren med en kort henvisning til den dommen. Dette fordi dommeren uansett skal gjøre en selvstendig vurdering, og for å skape klare regler på området.¹¹² Det får heller ikke betydning om dommeren i sin senere rolle i straffesaken ikke selv skal besvare skyldspørsmålet, slik det er i jury-saker. Det gjelder uavhengig av om dommeren i en jury-sak er rettens formann¹¹³ eller ikke.¹¹⁴ Dette skriver jeg mer om i pkt. 4.4.4.

Unntak finnes for tilståelsessaker,¹¹⁵ men disse står i en særstilling og Høyesterett har ikke brukt de hensyn som ligger bak denne vurderingen i andre saker, selv om situasjoners fak-

¹¹¹ Rt-1996-610, s.611 og Rt-2000-1940, s.1941

¹¹² Rt-1996-925, s.930

¹¹³ Rt-1996-261, s.266 og Rt-2000-1860, s.1865

¹¹⁴ Rt-2003-1269, (19) og EMD:31.06.2007, Ekeberg and others v. Norway, (42)

¹¹⁵ Rt-1992-538, s.539

tum har hatt likheter med tilståelsessaker.¹¹⁶ Begrunnelsen for denne praktiseringen av reglene er igjen hensynet til klarhet. Det har vært et sterkt ønske å skape klare regler med tanke på hva som inhabiliserer. Derfor er det på § 172s området valgt en løsning der tilståelsessaker er det eneste unntaket fra inhabilitetsfølgen. En slik løsning kan føre med seg en del tilfeller av ”merinhabilitet”, men det er til å leve med.¹¹⁷

Det finnes eksempler på at dommeren i varetektssaken har tilkjennegitt en så sterk mistanke at hun blir inhabil i hovedforhandlingen, selv om ikke varetektshjemmelen er strpl.§ 172. Det må da foreligge erkjennelse av en særlig kvalifisert grad av mistanke. Spørsmålet er hva som ligger i dette. Strpl.§ 172 krever tilståelse eller forhold som særlig styrker mistanken. Mistankevilkåret i § 172 er klart innenfor en særlig kvalifisert grad av mistanke, men er den også den nedre grense?

I Rt-2012-871 ble dommerens tilkjennegivelse av at det for ham forelå mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for at sakens utfall måtte bli frifinnelse, ansett som inhabiliserende. Saken handlet om en sorenskriver som i en privat straffesak under forberedelsene besluttet å pålegge saksøker sikkerhetsstillelse for sakskostnader etter strpl.§ 413. En slik påleggelse krever at dommeren finner mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for at saksøkeren vil tape saken. Høyesteretts ankeutvalg mente at det da var: ”*rimelig og saklig grunn til å spørre om realismen i en forutsetning om at dommeren helt vil kunne frigjøre seg fra en slik tilkjennegivelse*”.¹¹⁸ Saken gjaldt ikke varetekt, men her er klare paralleller. Dessuten gjaldt dette en privat straffesak hvor det var saksøker som av dommeren ble vurdert til å ha den svakere sak. Da er det ingen grunn til at det skal stilles mindre strenge habilitetskrav i forhold til tiltalte i straffesaker. Det vil i de aller fleste tilfeller stå mer på spill for tiltalte i straffesaker, enn for saksøker i en privat straffesak.

¹¹⁶ Rt-1996-925, s.930

¹¹⁷ Bårdsen:2000, s.216

¹¹⁸ Rt-2012-871, (17)

Jeg nevner for ordens skyld at en dommer på bakgrunn av sine uttalelser også kan bli inhabil av andre grunner enn en tilkjenneivelse av at mistanken er spesiell sterk. Det avgjørende er at det samlet sett ikke er noe som rokker ved tilliten til at dommeren møter saken, tiltalte eller bevisene med et åpent sinn.¹¹⁹ Dette kommer jeg mer tilbake til i del 5.

4.4.3 Varetektsdommeren tar stilling til vurderinger som blir sentrale i straffesaken – Særlig forholdet mellom fengsling begrunnet i gjentakelsesfare og strl.§ 39

Dersom det i straffesaken vil være spørsmål om det skal ilegges forvaring eller tvungent psykisk helsevern, jfr. strl.§ 39, skal dommere som tidligere har tatt stilling til gjentakelsesfaren kjennes inhabile. En slik tolkning av dl.§ 108 ble gjort allerede i Rt-1990-379. Det ble begrunnet med at fengslingsdommeren måtte ta stilling til en sterk grad av sannsynlighetsovervekt for at siktede på ny ville begå straffbare handlinger. Dette spørsmål om gjentakelsesfare ville stå sentralt ved avgjørelsen av om det var grunn til sikring/fortsatt sikring. Dommen ble fulgt av Rt-1994-968 som følger det samme spor.¹²⁰

I Rt-2002-587 kom Høyesterett til at ileggelsen av sikring henger så nøye sammen med straffeutmålingen at dommeren må anses å være inhabil i forhold til hele reaksjonsfastsettelsen. I skyldspørsmålet mente retten derimot at dommeren ikke var inhabil.¹²¹ Det siste poenget har skapt en problemstilling om hvilke konsekvenser det vil ha om en av dommerne (ikke rettens leder) i en jury-sak tidligere har varetektsfengslet tiltalte begrunnet i gjentakelsesfare og det i reaksjonsfastsettelsen blir idømt forvaring. Dette faller litt utenfor oppgaves hovedtema, men gir et godt eksempel på habilitetsregelenes utvikling. I slike tilfeller har domstolen ikke vært lovlig besatt, en saksbehandlingsfeil som etter strpl.§ 343(2), nr.3 har ubetinget virkning. Klart er det da at dommen om reaksjonsfastsettelsen må oppheves, men hva med dommen om skyldspørsmålet? Strpl.§ 347(2), gir domstolen

¹¹⁹ Rt-2008-1466, (31)

¹²⁰ Rt-1994-968, s.968

¹²¹ Rt-2002-587, s. 590

adgang til delvis opphevelse. I Rt-2002-587 kom retten derfor til at den delen av dommen om hvorvidt tiltalte var skyldig eller ikke, som ble avgjort av juryen, ikke måtte oppheves, da den inhabile fagdommer ikke hadde noen påvirkning i det spørsmålet.¹²² Siden den gang er det skjedd en utvikling i de krav som stilles til dommerhabiliteten, hvor det legges større vekt på hvordan det fremstår for tiltalte og utenforstående. Med henvisning til denne utviklingen snudde derfor Høyesterett i dette spørsmålet i dommen inntatt i Rt-2009-255,¹²³ slik at hele dommen vil måtte oppheves i dag.

Bestemmelsene om sikring finnes ikke lenger, men vilkåret om gjentakelsesfare er også viktig i de nye reaksjonsformene forvaring og tvungent psykisk helsevern. Reglene for forvaring setter også strengere krav til konkretisering av gjentakelsesfaren, noe som gjør at sammenhengen er enda nærmere. I dommene inntatt i Rt-2009-225 og Rt-2009-423 ble det da også slått fast at habilitetsreglene som ble utarbeidet for sikringstilfellene, gjelder ved forvaring og tvungent psykisk helsevern.

De samme synspunkter har også vært uttrykt av Høyesterett i noen litt mer spesielle saker. Rt-2006-1695, gjaldt en dommer som først hadde varetektsfengslet begrunnet i gjentakelsesfare, for så å lede straffesaken mot mannen, som var tiltalt for blant annet bedragerier og dokumentfalsk. I hovedforhandlingen ble det nedlagt påstand om rettighetstap, og mannen ble av tingretten i tråd med tiltalen fradømt retten til å drive selvstendig næringsvirksomhet. Forsvareren for tiltalte mente at faren for nye straffbare handlinger, som dommeren tre ganger tidligere positivt hadde tatt stilling til i fengslingsmøtene, var så sentrale momenter ved vurderingen av spørsmålet om rettighetstap, at dommeren måtte være inhabil da rettighetstap ble dømt i tingretten.¹²⁴

¹²² Rt-2002-587, s.590

¹²³ Rt-2009-225, (18-19)

¹²⁴ Rt-2006-1695, (4)

Høyesterett var imidlertid ikke enig i forsvarerens vurdering av hva som var de sentrale momenter ved rettighetstapsvurderingen. Retten beskrev praksis slik at tyngdepunktet i vurderingen knyttet seg til karakteren og omfanget av de straffbare handlinger, og sammenhengen med den stilling domfelte har hatt eller den virksomhet som han har drevet. Faren for at domfelte på nytt vil begå straffbare handlinger, var ikke et sentralt moment i vurderingen. Det sentrale ville etter Høyesteretts mening være om den domfelte har opptrådt på en slik måte at han har vist seg uskikket til retten i fremtiden. Faren for gjentakelse var etter Høyesteretts vurdering kun et moment i det mindre viktige punkt om at samfunnet har et rimelig krav på å få den beskyttelse som rettighetstapet vil gi i det konkrete tilfellet.¹²⁵ Dommeren var derfor ikke inhabil.

Andre saker hvor habiliteten er prøvd med henvisning til at sentrale momenter allerede er tatt stilling til av dommeren, finnes i Rt-2004-1513 og Rt-2010-469. Den første handlet om omgjøring av en sikringsdom, til dom på forvaring. I saken hadde en av dommerne først behandlet straffesaken som endte med sikring, for så å behandle saken om sikringen kunne omgjøres til forvaring. Det ble fra forsvareren vist til reglene om inhabilitet ved fengsling etter § 172 eller gjentakelsesfare når det i straffesak ilegges sikring/forvaring/tvungen psykisk helsevern. Forsvareren mente de samme hensyn kom inn i konverteringssaken slik at dommeren måtte være inhabil.¹²⁶ Høyesterett sammenlignet i stedet med situasjonen der spørsmålet er forlengelse av forvaringen, hvor regelen er at dommere fra den første forvaringsdomfellelsen ikke er inhabile.¹²⁷ Begrunnelsen var at fengslingssaker ligger nært i tid før hovedforhandlingen, mens forlengelsessakene først kommer opp etter noen år. Slik at tidsmomentet vil medføre at det bevismessige grunnlaget for gjentakelsesfare vil være et annet. At det i denne saken også ble gjort en konvertering fra sikring til forvaring fikk ingen betydning.

¹²⁵ Rt-2006-1695, (16)

¹²⁶ Rt-2004-1513, (6)

¹²⁷ Rt-2004-1513, (18)

Den andre saken, Rt-2010-469, handlet om en dommer som ikke tok til følge en begjæring om prøveløslatelse fra forvaring, for så senere å sitte som dommer i ankeutvalget. Det endte med utsiling av den domfeltes anke om løslatelse. I denne saken, som i de to ovennevnte kom, Høyesterett til at det var to forskjellige grunnlag bak de to avgjørelsene, og det ble igjen spesielt vist til tidsmomentet.¹²⁸ Dermed var det ikke naturlig å dra noen parallell til tilfelle varetektsfengsling ved gjentakelsesfare og domfellelse på forvaring.

De to siste sakene faller på siden av oppgavens umiddelbare tema, men jeg har valgt å behandle dem, fordi dommene etter min mening illustrerer et paradoks i det mer helhetlige bildet av forhåndsbefatningens betydning for habilitetsspørsmålet. Tidsmomentet og det bevismessige grunnlag blir i sakene brukt til å skille mot varetektssakene, og det poengteres at når tidspunktene for dommerens befatning er langt fra hverandre, så taler det imot inhabilitet, noe som må sies å være naturlig. Paradokset kommer når vi sammenligner med habilitetsvurderingene til varetektsdommeren, for da spiller tidsmomentet ingen rolle i forholdet mellom ”§171-fengslinger” og ”§172-fengslinger”, jfr. drøftelsen i 4.4.1.

Om varetektsdommeren tar stilling til viktige beviser i saken, uttaler seg om siktedes troverdighet og lignende. blir tatt opp i del 5.

4.4.4 Sakstype og dommeres posisjon

Dersom en dommer er inhabil, er dommeren også utelukket fra å delta i avgjørelse om å nekte domfeltes anke fremmet. En slik nektelse innebærer en prøving av avgjørelsen i skyldsspørsmålet, slik at en nektelse av anken innebærer at skyldsspørsmålet blir endelig avgjort.¹²⁹

¹²⁸ Rt-2010-469, (21)

¹²⁹ Rt-1997-479, s.481 og Rt-2000-1282, s.1284

Tilståelsessaker står i en særstilling. Tiltalte skal gi en uforbeholden tilståelse, slik at skyldspørsmålet er klart. Av den grunn vil dommeren i en slik sak ikke være inhabil, selv om hun har deltatt i varetektsavgjørelser. Dette utgangspunktet gjelder også for varetektsavgjørelser etter strpl.§ 172. I tilståelsessaker kan det ikke idømmes særreaksjon som forvaring o.l. jfr. strpl.§ 248.¹³⁰

Ved vurderingen av varetektsdommerens habilitet er varetektsdommerens rolle uten betydning. Lagmenn som forkaster anke over fengslingen får sin habilitet vurdert på samme måte som den dommer som i rettsmøte har tatt stilling til varetektssaken i tingretten, eller ved kontorforretning. Dommerens rolle i den senere straffesaken har heller ingen betydning, men slik har det ikke alltid vært. Reglene har måttet tilpasse seg EMDs dom mot Norge i: ”Ekeberg and others v. Norway” fra 2007¹³¹. Saken handlet om en sprengning av klubblokalene til MC-klubben Bandidos i Drammen. I 2003 ble 5 personer dømt for sprengningen i Borgarting lagmannsrett. En av lagdommerne i saken hadde tidligere deltatt ved avgjørelse av fengslingskjæremål for den ene av de tiltalte, og strpl.§ 172 var da anvendt. Av den grunn anket den tiltalte over saksbehandlingen, og hevdet at dommen måtte oppheves. Saken kom opp for Høyesterett og er inntatt i Rt-2003-1269. Da kom Høyesterett til at siden saken i lagmannsretten var for lagrette, og da følgelig lagdommeren ikke tok stilling til skyldspørsmålet. Kunne ikke befattningen med varetektsfengsling etter strpl.§ 172 føre til at dommeren var inhabil. Skyldspørsmålet skulle jo avgjøres av en jury.¹³²

¹³⁰ Dersom det i tilståelsessak kunne blitt idømt særreaksjon hvor gjentakelsesfaren har betydning, som ved forvaring eller tvunget psykisk helsevern. Måtte det her vært gjort et unntak fra unntaket når det gjelder habilitetsvurderingen til en dommer som har tatt stilling til gjentakelsesfaren i varetektsfengslingen. Da vil jo inhabiliteten måtte knytte seg til at dommeren har tatt stilling til sannsynligheten for at nye straffbare handlinger vil inntre og ikke mistankekonstateringen.

¹³¹ EMD:31.06.2007, Ekeberg and others v. Norway

¹³² Rt-2003-1269, (19)

For rettens formann hadde det allerede kommet en avklaring for slike tilfeller i Rt-1996-261. Da ble resultatet at dersom rettens formann hadde vært inhabil i en sak uten jury, måtte han også bli inhabil i en sak med jury. Begrunnelsen var i all hovedsak at det er rettens formann som formulerer rettsbelæringen for juryen og gjennomgår bevisene for dem.¹³³ Rettsbelæringen tilligger rettens formann og er hans ansvar alene, jfr. strpl.§ 368(2). En slik rolle fører derfor til at han får innflytelse også i skyldspørsmålet. I Rt-2003-1269 var fagdommeren ikke rettens leder, og rettsbelæringen falt dermed ikke under hennes hånd. Derfor kom Høyesterett til at det ikke forelå tilstrekkelige grunner for å anse de øvrige fagdommere som inhabile, og dommen fra lagmannsretten ble ikke opphevet.

Etter avgjørelsen i Høyesterett klagde de domfelte saken inn for EMD, med den begrunnelse at dommen utgjorde et brudd på EMK art.6s krav til en upartisk domstol. Saken ble prøvd for Menneskerettighetsdomstolen, og brudd på konvensjonen ble konstatert. Den av de domfelte som var blitt varetektsfengslet av dommeren etter strpl.§ 172 og senere dømt i en forhandling hvor varetektsdommeren tjenestegjorde, hadde grunn til å frykte domstols upartiskhet. Lagmannsrettens dom måtte derfor oppheves for hans vedkommende, noe som førte til at det ikke lenger forelå noen rettskraftig dom, slik at han måtte løslates.¹³⁴ (Saken ble senere gjenopptatt og tiltalte funnet skyldig, men gjeninnsettelse ble uaktuelt. Det var da gått svært lang tid)¹³⁵

Menneskerettighetsdomstolen la vekt på at fagdommerne i lagrettesak, etter norsk rett har anledning til å underkjenne juryens svar på skyldspørsmålet. I denne saken ble det da lagt vekt på at dommeren kunne underkjent lagrettens ”ja”. Dette ble også argumentert form i den forutgående høyesterettssak, men Høyesterett la vekt på at slik tilsidesettelse ikke avgjør skyldspørsmålet, og dessuten er en ekstraordinær mulighet som sjelden benyttes. EMD mente derimot at denne rollen ikke kunne ignoreres.

¹³³ Rt-1996-261, s.266

¹³⁴ Rt-2007-1609, (16)

¹³⁵ Rt-2008-1692

4.4.5 Varetektsfengsling etter strpl.§ 184 jfr. § 171

En dommer som har varetektsfengslet etter strpl.§ 184 jfr. § 171 blir ikke inhabil i en senere forhandling om de samme forhold av den grunn alene. Dette til tross for at dommeren i ulik grad da kjenner saken, og har tatt stilling til at tiltalte mest sannsynlig er skyldig. Dette er i overensstemmelse med EMK art.6.¹³⁶ Som vi har sett kan saken likevel stille seg slik at varetektsdommeren er inhabil i en videre behandling av saken. Det kan for det første tenkes at dommeren har gitt uttrykk for at mistanken er sterkere enn skjellig grunn til mistanke. Dersom dommeren har tilkjennegitt at mistanken er noe mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, er dette nok til at dommeren er inhabil i straffesaken.¹³⁷ Det kan også etter en helhetsvurdering stå seg slik at uttalelser fra dommeren i varetektssaken, er av en slik karakter at de er egnet til å svekke tilliten til at dommeren møter saken, tiltalte eller bevisene med det åpne sinn rettergangsordningen i Norge forutsetter.¹³⁸ Dette kan være uttalelser om troverdighet hos vitner eller tiltalte, uten at det blir lagt til grunn noe sterkere mistanke enn ”skjellig grunn”. Det samme gjelder også for andre avgjørelser på etterforskningsstadiet som krever en behandling av spørsmålet om det foreligger skjellig grunn til mistanke, for eksempel ved førerkortbeslag.¹³⁹

Det betyr at reglene er mer skjønnsom enn det en først kan få inntrykk av. Jeg har tidligere i oppgaven stilt meg noe kritisk til det jeg kaller en ”svart-hvitt-regel”, ved skillet mellom § 171-fengslinger og § 172-fengslinger. Bakgrunnen for dette har i stor grad vært ønsket om klare regler. Dette hensyn blir lagt vekt på i nær alle dommene og kjennelsene om spørsmålet. For § 171 er utgangspunktet at dommeren ikke er inhabil, men utviklingen de siste år har ført til at flere dommere er kjent inhabile etter § 171-fengslinger eller andre beslutning-

¹³⁶ EMD:20.12.2005, Jasinski v. Poland, (55)

¹³⁷ Rt-2012-871, (14) og (17)

¹³⁸ Rt-2008-1466, (31)

¹³⁹ Rt-1994-1281, s.1282 og Rt-1997-89, s.90

er med krav til skjellig grunn til mistanke. Oftest har da dommeren kommet med utsagn som bærer i retning av at mistanken er sterkere enn skjellig grunn til mistanke eller at han uttaler seg negativt om siktedes troverdighet. Videre i del 5 analyserer jeg Høyesteretts vurdering av dommerhabiliteten i disse tilfellene, og jeg stiller meg noe usikker til om regelen for habilitet etter § 171-fengslinger er klar og lett forståelig, spesielt for publikum. Samlet sett treffer derfor ikke habilitetsregelen hensynet til klarhet, etter min mening.

5 Høyesteretts vurdering av mulige inhabiliserende uttalelser

5.1 Innledning

Etter en gjennomgang av høyesterettspraksis ser det ut til å være spesielt to forhold som er viktige i spørsmålet om det er uttrykt noe fra varetektsdommeren i en fengslings sak etter § 171, som kan sette spørsmålsteget ved hans upartiskhet. Det første er om det i fengslingsgrunnene er gått utover det som må kreves etter strpl. § 184. Dersom det i fengslingskjennelsen ikke er gått utover det strpl. § 184 krever av begrunnelsen, er dette i flere avgjørelser fra Høyesterett blitt tillagt avgjørende vekt i habilitets spørsmålet.

Det andre forhold er om beskrivelsen gjelder kravet til skjellig grunn til mistanke eller tilleggsvilkåret. Dersom det ikke er kommet til uttrykk ved konstateringen av mistanke, men i beskrivelsen av hvorfor vilkårene til tilleggsvilkåret foreligger. Har det i mange tilfeller blitt tolket slik at beskrivelsen ikke kan inhabilisere dommeren, da det ikke nødvendigvis sier noe om siktedes skyld.

Høyesteretts utgangspunkt er, at utsagn kan inhabilisere dommeren i den grad dommeren har tatt stilling til de faktiske omstendigheter som er sentrale i den etterfølgende sak eller dersom dommeren har brukt formuleringer som går på en parts troverdighet.¹⁴⁰ Det må også gjøres en mer samlet vurdering. Dette blir et tredje forhold i habilitetsvurderingen. Det betyr at inhabilitet kan inntre uten tilkjenneivelse av mistanke som er sterkere enn skjellig grunn til mistanke, eller uttalelser om beviser og troverdighet. Dette er et utslag av utviklingen i rettspraksis, som av hensyn til å skape og opprettholde tillit til domstolene, har lagt økt vekt på hvordan situasjonen kan oppfattes, fra siktede og den alminnelige observatørs ståsted.¹⁴¹

¹⁴⁰ HR-2013-649-A, (36)

¹⁴¹ Rt-2008-1466, (31), Rt-2009-255, (11) og Rt-2010-759, (16)

Jeg vil i den videre fremstilling se noe nærmere på de tre forholdene jeg har nevnt ovenfor. Det første blir om kravet til begrunnelse i strpl.§ 184, og dens betydning i habilitetsspørsmålet. Det andre om man skal skille mellom beskrivelser som er kommet i sammenheng med mistankevilkåret og beskrivelser som er kommet i sammenheng til andre forhold, spesielt tilleggsvilkårene. Helt til slutt vil jeg se på om det nå må sies å foreligge en ny rettsstilling, hvor det i større grad sees til en mer samlet vurdering. Denne delen vil også være en avslutning på oppgaven.

5.2 Kravet til begrunnelse, jfr. strpl.§ 184

5.2.1 Ulike krav til begrunnelsen, jfr. strpl.§ 184

For å stadfeste skjellig grunn til mistanke og tilstedeværelsen av et tilleggsvilkår, må dommeren finne konkrete holdepunkter i den aktuelle sak og mistanken må være begrunnet. Det kan kun legges vekt på det bevisgrunnlag som er fremlagt under fengslingsmøtet. Varetektskjennelsens begrunnelse skal etter strpl.§ 184 ”*kortfattet nevne hvorfor det antas å foreligge skjellig grunn til mistanke*”. Etter rettspraksis kan dommeren noen ganger da nøye seg med å vise til anmeldelsen, og hvordan denne oppfattes av retten. I Rt-2008-1061 ble det godtatt en begrunnelse i lagmannsretten som for kravet til skjellig grunn til mistanke fant det tilstrekkelig å vise til tingrettens begrunnelse, som igjen bare viste til siktedes egne erkjennelser og for øvrig til anmeldelsen i saken.¹⁴² Men dersom saken stiller seg slik at den gir dommeren en viss foranledning til å kommentere saken nærmere, kreves det at dommeren gjør nettopp dette. Som nevnt uttaler Høyesterett i Rt-1997-479 at hver sak må begrunnes ut fra hvor kompleks den er.

I Rt-1997-479 hadde dommeren i straffesaken tidligere varetektsfengslet den tiltalte. Dommeren mente i fengslingskjennelsen at det forelå skjellig grunn til mistanke for øko-

¹⁴² Rt-2008-1061, s.1061

nomisk uttroskap.¹⁴³ Dommeren skrev at meget tydet på at siktede ikke skilte mellom de økonomiske midlene og viste til klientmidler som sporløst var forsvunnet fra selskapet, som i praksis var kontrollert av siktede. Dommeren slo fast at disse midlene måtte anses som tapt, og at det var skjellig grunn til mistanke for at midlene var blitt spekulert bort av siktede. Dommeren la da vekt på siktetes opplysninger om hans egen og hustruens økonomi, samt siktetes forklaring om opprinnelsen til et beslaglagt pengebeløp, som dommeren ikke fant å være plausibel. Kjennelsen er et eksempel på en forholdsvis omfattende begrunnelse for hvorfor vilkårene for varetektsfengsling er oppfylte. Men i Høyesteretts vurdering av den aktuelle dommers habilitet i straffesaken, ble det lagt vekt på at det dommeren hadde beskrevet om mistanken, ikke var mer enn det som måtte kreves etter strpl.§ 184, i en slik sak. Det fikk igjen avgjørende betydning for dommerens habilitet.

5.2.2 Strpl.§ 184s betydning for habilitetsspørsmålet

Fra Rt-1997-479 kan det vises til uttrykkene om at ”*meget tyder på*” at siktede ikke skilte mellom de økonomiske midlene og at hans forklaring om et mystisk pengebeløp ikke var ”*plausibel*”.¹⁴⁴ Forsvareren for den siktede mente disse uttrykkene gjorde dommerne fra varetektssaken inhabile i straffesaken. Men anførselen nådde ikke frem i Høyesterett, som la avgjørende vekt på at det i kjennelsesgrunnene ikke var gått utover det som måtte være nødvendig etter begrunnelseskravet i strpl.§ 184.¹⁴⁵ Også i Rt-1999-2083 ser det avgjørende for dommerhabiliteten ut til å være hvorvidt det er gått lengre enn nødvendig i begrunnelsen for varetektsfengslingen. I denne saken ble inhabilitetsinnsigelsen begrunnet med at det var gått lengre enn nødvendig i begrunnelsen, noe Høyesteretts kjæremålsutvalg ikke var enig i. Da var dommeren heller ikke inhabil.¹⁴⁶ Dommene kan tolkes i den retning at dersom varetektsdommeren ikke går lengre i sin begrunnelse enn det som kreves etter

¹⁴³ Straffeloven § 275

¹⁴⁴ Rt-1997-479, s.481

¹⁴⁵ Rt-1997-479, s.482

¹⁴⁶ Rt-1999-2083, s.2085

strpl.§ 184, kan dommeren heller ikke bli inhabil i § 171-tilfellene. Det samme synspunkt får også avgjørende betydning i en rekke andre saker, bl.a. Rt-2002-736.¹⁴⁷ For å unngå for mye gjentakelser vil en del av disse dommene bli gjengitt nedenfor. Flertallet i Rt-2008-1466 går derimot ikke inn for en slik automatisk praktisering av habilitetsreglene og uttaler i avsnitt 36:

*”Selv om lagmannsrettens begrunnelse ikke går lenger enn det som var nødvendig for å begrunne bevisforspillelsesfaren, kan dette i vår sak ikke være avgjørende”.*¹⁴⁸

Her blir ikke argumentet om at det ikke var gått utover det som var nødvendig etter strpl.§ 184, avvist på et generelt eller prinsipielt grunnlag. Det ble bare slått fast at det ikke kunne få avgjørende vekt i den saken. Dommen i Rt-2008-1466 betyr at det ikke kan sies å være noen absolutt regel, om at en dommer aldri kan bli inhabil dersom han bare legger til grunn det som måtte være nødvendig for en tilstrekkelig begrunnelse. (Men slike bastante regler finnes det få av i jussen), og det har nok aldri vært noe regel før saken heller, selv om det da ikke fantes eksempler på det motsatte.

Når begrunnelsen får så stor betydning, er det nærliggende å anta at dommeren som skal avgjøre spørsmålet om tvangsmidler søker å unngå senere inhabilitet ved å si minst mulig i kjennelsen. Avgjørelsen vil dermed i disse tilfellene fremstå som dårligere begrunnet enn det de i realiteten er. I tillegg kan det være at dommeren på grunn av habilitetsreglene, varetaktsfengsler etter § 171 i stedet for § 172, selv om dommeren mener at vilkårene er oppfylt også etter den strengere hjemmel. Disse to situasjonene pekte Arnfinn Bårdsen på i sin artikkel fra 2000.¹⁴⁹ Denne faren er etter min mening klart uheldig og i seg selv et argument for en strengere habilitetsregel, med mindre fokus på om det er gått utover kravene i strpl.§ 184 eller ikke.

¹⁴⁷ Rt-2002-736, s.738

¹⁴⁸ Rt-2008-1466, (36)

¹⁴⁹ Bårdsen:2000, s.223

5.3 Skille mellom vurdering av mistanke og tilleggsvilkår, eller en samlet vurdering?

5.3.1 Uttalelser som beskriver det angivelige lovbruddet som skjedd

Om betydningen av hvor i fengslingskjennelsen de ulike bemerkninger er gjort, vil jeg nedenfor illustrere med høyesterettsavgjørelser. Etter min mening etterlater avgjørelsene seg et noe uklart bilde av regelverket. Det er ikke helt lett å se hvilken betydning det har at uttalelser er kommet ved beskrivelsen av faren for om et tilleggsvilkår er tilstede, eller om det er mistankekonstateringer som er gjort.

I noen saker sees det mer til det helhetlige bilde, mens andre i stor grad analyserer og tolker strukturen i fengslingskjennelsen slik at uttalelser som til og med beskriver det aktuelle straffebudet som noe som er skjedd, ikke inhabiliserer dommeren. Det første eksempel jeg vil vise til er Rt-2002-736. Spørsmålet for varetektsdommeren i saken, var om det var skjellig grunn til mistanke for at siktede hadde voldtatt sin tidligere samboer, og deretter truet denne samboeren da hun skulle vitne i straffesaken. Tilleggsvilkåret var gjentakelsesfare. I fengslingskjennelsen ble truslene beskrevet som om de var fremsatt. Det sto at siktede

”den 8. september 2001 truet med å drepe B dersom hun sto frem i retten, nå har hun stått frem i retten og As uttalte forutsetninger for å ta livet av henne er dermed tilstede”.¹⁵⁰

Denne trusselen var med i siktelsen den tiltalte ble varetektsfengslet på bakgrunn av. Isolert sett virker rettens uttrykk å være en tilkjenneivelse av at mistanken overstiger skjellig grunn til mistanke. Handlingen blir jo beskrevet som faktum. Likevel mente Høyesterett at fengslingsdommeren ikke hadde tatt stilling til om det var mer enn skjellig grunn til mis-

¹⁵⁰ Rt-2002-736, s.738

tanke om truslene var fremsatt.¹⁵¹ Tanken bak begrunnelsen fra Høyesterett må være at dommerne når de skriver at trusler *ble* fremsatt 8. september 2001, tar stilling til tilleggsvilkåret gjentakelsesfare og ikke til mistankevilkåret. At truslene formuleres som om de skal ha skjedd, er bare et utslag av at det allerede er funnet skjellig grunn til mistanke.

Med tanke på hensyn til klarhet på området, og ikke minst til publikums og tiltaltes forståelse av reglene og dermed tillit til dem, synes jeg at dette er en ikke helt heldig tilnærming. Dette er da heller ikke fremgangsmåten som benyttes i alle saker. For eksempel var fengslingsgrunnlaget i Rt-2007-1839 gjentakelsesfare, i en sak der den fengslede var tiltalt for legemsbeskadigelse under særdeles skjerpene omstendigheter, trusler, grovt tyveri pluss et par mindre poster om tyveri og heleri. Her som i Rt-2002-736 er det i drøftelsen av tilleggsvilkåret (og ikke i drøftelsen om det forelå skjellig grunn til mistanke, slik som i Rt-1997-479) at deler av det handlingsløp tiltalte ble varetektsfengslet på grunnlag av, isolert sett er beskrevet slik at det er svært nær en skyldkonstatering. I fengslingskjennelsen sto det om gjentakelsesfaren at siktede kort tid etter et opphold i fengsel ”*var i gang igjen med kriminell virksomhet*”. Videre sto det at han vedlikeholdt og videreførte et livsmønster som genererer straffbare handlinger. Varetektsdommeren ble ansett inhabil i straffesaken av Høyesterett. Det ble spesielt vist til beskrivelsen om at siktede etter at han var løslatt, på nytt var ”*i gang igjen*” med kriminell virksomhet, da dette var forhold som gjaldt siktelser.¹⁵²

I denne avgjørelsen ble altså, nettopp beskrivelser i drøftelsen av tilleggsvilkåret inhabiliserende. Stikk i strid med avgjørelsen fra 2002. Det kan også vises til Rt-2003-957 hvor dommerne måtte anses som inhabil i straffesaken. Dommeren hadde i fengslingskjennelsen, i tilknytning til tilleggsvilkåret unndragelsesfare, beskrevet siktedes handlinger svært nær det som er straffbart etter strl.§ 314, om vakthavende styrmanns plikter ved kollisjon mellom skip. Det sto bl.a. i varetektskjennelsen at siktede etter sammenstøtet med en fiske-

¹⁵¹ Rt-2002-736, s.738

¹⁵² Rt-2007-1839, (10-11)

båt valgte å forlate sin post uten å undersøke nærmere, slå alarm eller hjelpe. Det at uttalelsene var kommet i tilknytning til begrunnelsen for unndragelsesfare hadde ingen betydning i saken.¹⁵³ Men avgjørelsene i Rt-2003-957 og Rt-2007-1839 skiller seg ut ved at Høyesterett ikke uttrykker at dommeren i varetektsaken kun beskrev det som var nødvendig etter strpl.§ 184. Spesielt i saken fra 2003 har nok varetektsdommeren klart gått lengre enn nødvendig. Dersom Høyesterett hadde ment at det i fengslingskjennelsene kun var beskrevet det som var nødvendig, er det ikke sikkert dommerne hadde vært inhabile, i hvert fall ikke hvis presedensene fra Rt-1997-479, Rt-1999-2083 og Rt-2002-736 skulle følges. Men her kan nevnes at disse tre dommene ikke nevnes i avgjørelsen fra 2007.

I 2008 kom en tredje tilsvarende sak opp for Høyesterett. I Rt-2008-1680 ønsket Agder Lagmannsrett å få prøvd lagdommernes habilitet i en sedelighetssak, hvor tiltalte i likhet med dommen fra 2002 også var tiltalt for å ha truet vitnene. Fengslingene var besluttet med hjemmel i gjentakelsesfare og i en av fengslingskjennelsene var det uttalt at

”truslene har vært fremsatt over en lengre tidsperiode, både direkte fra siktede og gjennom andre i hans familie”.¹⁵⁴

Det står videre i varetektskjennelsen at truslene *”er fremsatt”* og at siktedes trusler *”har ført til”*. Dette er setninger som beskriver en situasjon som noe som er skjedd, som fakta, og er likt den situasjon som var i Rt-2002-736 og Rt-2007-1839, hvor det i den siste ble konstatert inhabilitet, men ikke i den første. Høyesterett bedømmer det igjen slik at uttrykkene *”har vært / er fremsatt”* brukes i varetektskjennelsens del om det foreligger gjentakelsesfare, og ikke skjellig grunn til mistanke. Høyesterett vurderer begrunnelsen for gjentakelsesfaren i varetektsavgjørelsen slik at det ikke er gått utover det som var nødvendig for å begrunne gjentakelsesfare. Av den grunn fant ankeutvalget at det ikke forelå holdepunkter for at varetektsdommerne hadde noen oppfatning av bevisene utover skjellig grunn til mistanke

¹⁵³ Rt-2003-957, (12-13)

¹⁵⁴ Rt-2008-1680, (13)

og dermed forelå ingen inhabilitet.¹⁵⁵ Igjen ble det vist til Rt-2002-736, mens Rt-2007-1839 ikke blir behandlet i det hele tatt av ankeutvalget.

Konklusjonen blir derfor, at selv om Høyesterett på den ene side viser til at det må gjøres en helhetsvurdering i habilitetsvurderingen. Gjør retten fortsatt den bedømmelse i enkelte saker, at når beskrivelser er kommet til uttrykk ved vurderingen av om tilleggsvilkårene er til stede, ikke sier noe om mistanken og derfor ikke inhabiliserer dommeren.

5.3.2 Sammenhengen mellom de omstendigheter tilleggsvilkårene begrunnes med og bevisbedømmelsen i straffesaken

Noen ganger vurderer Høyesterett det slik at varetektsdommerens bedømmelse av mistanken om at et av tilleggsvilkårene er til stede, også vil kaste lys over mistanken for at siktede har gjort den straffbare handlingen som ligger til grunn. Den første avgjørelsen jeg vil behandle er Rt-2008-1466. Saken handlet om en stefar som var siktet for under særdeles skjerpene omstendigheter å utøve vold mot et lite barn med døden til følge. I begrunnelsen for hvorfor det forelå bevisforspillelsesfare, beskrev varetektsdommerne en voldsom siktet som spredte frykt blant familie og kjente. Han banket hunden sin og elsket å se kvinne-misshandling på tv. Videre i fengslingskjennelsen ble det beskrevet at han nå livnærte seg på torpedovirksomhet, hvor det kunne bli alt fra knuste kneskåler til avklippede fingre.¹⁵⁶ Etter flertallets syn var uttalelsene i fengslingskjennelsen så tydelige og sterke om siktetes voldelighet, at varetektsdommerne ikke burde ha deltatt i den senere straffesaken.

Beskrivelsen av den siktede i fengslingskjennelsen hadde direkte betydning for skyldspørsmålet, da det kun var to alternative gjerningspersoner; siktede eller barnets mor. Siktetes forhold til vold og mishandling ville derfor bli en sentral del av bevisvurderingen i straffesaken. Totalt sett mente derfor flertallet ved dommer Bårdsen at dommerne som

¹⁵⁵ Rt-2008-1680, (14)

¹⁵⁶ Rt-2008-1466, (16-17)

hadde gjort denne analysen av sakens fakta, ville få det svært krevende med helt å fri seg fra disse første vurderingene i straffesaken. Det var i hvert fall ikke urimelig eller uten støtte i objektive holdepunkter om tiltalte kunne føle en viss uro for dette.¹⁵⁷ Mindretallet i saken mente derimot at dommerne ikke var inhabile i den senere straffesaken. Dommer Cowards begrunnet dette med at dommerne i varetektssaken hadde tatt stilling til siktedes voldelige adferd i spørsmålet om det forelå bevisforspillelsesfare, (ved at siktede skulle true eller angripe vitner dersom han ikke ble varetektsfengslet), og ikke i spørsmålet til om det forelå skjellig grunn til mistanke. Etter mindretallets syn hadde dommerne i varetektssaken da ikke tilkjenngitt at de mente mistanken var sterkere enn skjellig grunn til mistanke.

Om sammenhengen som fantes mellom de omstendigheter lagmannsretten fant for å sannsynliggjøre at siktede ville være voldelig ovenfor vitner. Og til de samme omstendigheters plass i den samlede bevisvurderingen av om han hadde utøvd vold mot kjærestens sønn. Viste mindretallet til at det er stor forskjell på å bruke vold og trusler mot voksne vitner og det å utøve dødelig vold mot et forsvarsløst barn. Derfor mente mindretallet at det verken når uttalelsene i fengslingskjennelsen leses isolert eller i sammenheng, gav uttrykk for mer enn at det var sannsynlighetsovervekt for at tiltalte ville gå til angrep på vitner.¹⁵⁸ Mindretallet støttet seg også til Rt-2002-736, som jeg behandlet i 5.3.1, men da i en noe annen sammenheng. Her støttet mindretallet seg på at det i fengslingskjennelsen i Rt-2002-736, ble vist til en tidligere domfellelse av siktede og fra denne referert sterke karakteristiske uttrykk om siktede, uten at dommeren ble kjent inhabil i straffesaken.

Karakteristikkene i Rt-2002-736 gjaldt en mann som var kontrollerende, manipulativ og nedlatende overfor samboeren. Mannen var siktet for å ha voldtatt samboeren.¹⁵⁹ Karakteristikkene er kun gjengitt fra en tidligere dom og er ikke varetektsdommernes egne ord, men det har ingen betydning, da varetektsdommerne har tatt stilling til karakteristikken når

¹⁵⁷ Rt-2008-1466, (34)

¹⁵⁸ Rt-2008-1466, (20)

¹⁵⁹ Rt-2002-736, s.738

de blir vektlagt i fengslingskjennelsen, jfr. pkt.4.4.4. Varetektsdommeren står inne for karakteriseringen på samme måte som den som skrev dommen.¹⁶⁰ Karakteristikken av tiltalte kom i vurderingen av om det forelå gjentakelsesfare, og da kom Høyesterett til det resultat at det ikke forelå innhabilitet hos dommeren i den senere straffesak. Høyesterett viste til at det må foreligge sterk sannsynlighetsovervekt for gjentakelsesfare dersom dette er varetektshjemmelen. Retten hadde da ”ikke uttalt noe mer enn det som er nødvendig for å begrunne varetektsfengsling etter § 171 første ledd nr.3”.¹⁶¹

I Rt-2008-1466 argumenterte mindretallet for samme løsning i den saken, mens flertallet falt ned på motsatt resultat. Flertallets vurdering av Rt-2002-736 var at sakene skilte seg i stor grad, da karakteristikken om en manipulativ og nedlatende samboer ikke hadde samme sammenheng med de spørsmål som ville bli viktige i bevisvurderingen under straffesaken. Sett fra kjennelsesgrunnene, synes jeg det er vanskelig å se at mannens oppførsel overfor samboeren ikke kunne få betydning for bevisvurderingen i den straffesaken også. Som mindretallet pekte på i dommen fra 2008, var det også der ganske lagt mellom den vold som var beskrevet i fengslingskjennelsen, og den vold saken nå handlet om. Likevel valgte flertallet i Rt-2008-1466 å gå i retning av å skille de to sakers faktum. En bedre løsning hadde etter min mening vært å peke på utviklingen mot en strengere habilitetsnorm de siste år, og dermed i større grad fraveket dommen i Rt-2002-736.

5.3.3 Saker hvor det er få handlingsalternativer som kan forklare utfallet

Et noe spesielt tilfelle som kom opp for Høyesterett to ganger i 2008, var den situasjon at det kun var få mulige forklaringer på sakens utfall. I Rt-2008-1466 var det som nevnt kun to mulige skadevoldere, stefaren eller barnets mor. Et tredje alternativ var at barnet hadde falt. I Rt-2008-1683, også dette en drapssak, var det kun to mulige måter fornærmede kun-

¹⁶⁰ Rt-1996-925, s.930

¹⁶¹ Rt-2002-736, s.738

ne ha blitt påført skadene på. Enten hadde hun falt og slått hodet mot inventar hjemme hos den tiltalte, eller så hadde skadene blitt påført ved vold fra tiltalte.

I flertallets vurdering av dommerhabiliteten i Rt-2008-1466 ble det lagt vekt på at den personlighetsvurderingen av tiltalte som var gjort, ville ha stor betydning i bevisvurderingen, da det kun var to aktuelle skadevoldere dersom barnet var blitt påført skadene ved vold. Inntrykket av siktedes person under fengslingsmøtet og hans forhold til vold, måtte sammenholdes med de sentrale tema under hovedforhandlingen. Det var ingen vitneobservasjoner eller avgjørende tekniske beviser i saken. Dette gjorde bedømmelsen av siktedes person og hans eventuelle tilbøyeligheter til voldsbruk i ulike relasjoner til et svært sentralt tema. Varetektsdommeren måtte derfor være inhabil i straffesaken.

I Rt-2008-1683 kom likevel Høyesterett til motsatt konklusjon. Selv om saken er ganske lik Rt-2008-1466, løste Høyesterett i Rt-2008-1683 habilitetsspørsmålet ved en annen teknikk. Straffesaken var berammet med en dommer som i en varetektsavgjørelse i samme sak beskrev den ene av de to mulighetene om at fornærmede hadde falt som ”*minst sannsynlig*”. Dette ble begrunnet med at fornærmede da måtte ha falt flere ganger og slått seg på flere forskjellige sider av hodet. Dette vurderte varetektsdommeren som ”*lite sannsynlig*”.¹⁶²

Forsvareren i saken anførte for Høyesterett at det etter denne varetektskjennelsen forelå forhold som tilsa en endring av rettens sammensetning i hovedforhandlingen. Forsvareren viste til at en forklaring som sto helt sentralt i saken, var blitt bedømt som lite sannsynlig av dommeren. Denne gangen viste Høyesteretts ankeutvalg til at dommeren ikke hadde tatt stilling til noe mer enn at det forelå skjellig grunn til mistanke, eller at handlingsalternativet om at fornærmede var påført skadene ved vold fra tiltalte var overveiende sannsynlig. Noe som ikke betyr mer enn skjellig grunn til mistanke i den juridiske terminologi. At det i varetektskjennelsen også ble beskrevet som lite sannsynlig at skadene var blitt påført ved at

¹⁶² Rt-2008-1683, (15)

fornærmede hadde snublet og slått seg i ulike møbler hjemme hos tiltalte, forandret ikke den juridiske mistankekonstateringen som var lagt til grunn – skjellig grunn til mistanke. Om forholdet til Rt-2008-1466 hvor det også var få handlingsalternativer, skriver ankeutvalgets dommer Coward at de få alternative forklaringene ”*kan nok*” ha vært en vurdering der, noe det etter min mening klart har vært. Uansett mente ankeutvalget at det bestemende for avgjørelsen om inhabilitet i den saken, var den sterke beskrivelsen av siktede som en skremmende voldsmann.¹⁶³ Derfor mente Høyesteretts ankeutvalg i Rt-2008-1683 at fengslingskjennelsen ikke hadde utsagn som var egnet til å svekke tilliten til at dommeren ville møte saken med det åpne sinn som kreves. Heller ikke, fantes det mistankekonstateringer som lå så nært opp til en skyldkonstatering at dommeren var inhabil i straffesaken av den grunn.

Jeg er enig med utvalget i Rt-2008-1683, når det uttaler at det i varetektskjennelsen ikke er gått utover skjellig grunn til mistanke. Mistankevilkåret krever som nevnt at det må foreligge sannsynlighetsovervekt for handlingsbeskrivelsen i tiltalen. Da ligger det i vilkåret at dersom det kun er to handlingsalternativer, må et av de to alternativer for skadevoldelse være minst sannsynlig. Jeg synes likevel avgjørelsen mangler helhetsvurderingen. Dommerens vurdering kan samlet gi tiltalte grunn til å føle uro for dommerens upartiskhet i saken. Spesielt i saker der det finnes få alternative handlingsforløp. Etter min mening burde Høyesterett i denne saken, i større grad vektlagt at dommeren mente siktedes forklaring var *lite* sannsynlig, når det var den eneste alternative forklaring.

5.3.4 En god regel?

Dersom det fortsatt skal ha betydning i habilitetsvurderingen om hvor uttalelsene er gitt eller om det er gått ut over det som må kreves av begrunnelsen. Vil varetektsdommeren som fengsler begrunnet i gjentakelsesfare kunne si mye om vurderingen av saken, uten å bli inhabil. Ved gjentakelsesfare kreves det mer av begrunnelsen, ettersom sannsynlighetskra-

¹⁶³ Rt-2008-1683, (14)

vet er strengere. Dommeren blir da tvunget til å sette seg grundigere inn i siktedes personlighet, og han må finne konkrete holdepunkter som tilsier en sterk sannsynlighetsovervekt for gjentakelsesfare. Jeg har vanskelig for å se at ikke de momenter som grunngir en sterk sannsynlighetsovervekt for gjentakelsesfare, i mange tilfeller også blir momenter i bevisvurderingen i den kommende straffesaken.

Etter min mening burde dette føre til en strengere habilitetsnorm for disse tilfellene, ikke en svakere. Reglene om en sterk sannsynlighetsovervekt for gjentakelsesfare og en grundig begrunnelse for hvorfor den foreligger, springer ut av fengslingshjemmelens kontroversielle stilling. Ovenfor er det nevnt at varetaktsutvalget allerede i 1980 var delt i synet på om hjemmelen i det hele tatt burde eksistere. Det er merkelig om reglene om at varetaktsdommeren skal finne en sterk sannsynlighet for gjentakelsesfare, i neste omgang skal kunne gi det som etter min mening er et svakere vern for tiltalte mot å bli møtt av en upartisk dommer.

Dersom tilleggsvilkåret er bevisforspillelse, vil det ofte for dommeren ikke være nødvendig i like stor grad å bedømme siktedes personlighet. Spesielt gjelder dette tidlig i etterforskningen. Sannsynligheten må ikke være like sterk i bevisforspillelssituasjoner som ved gjentakelsesfare. Det vil igjen bety at dersom dommeren likevel gjør en grundig jobb og finner en sterk mistanke, vil han kunne bli ansett som inhabil i straffesaken. Dersom tilleggsvilkåret var gjentakelsesfare, vil denne dommer i mye større grad, dersom regelen skal praktiseres slik Høyesterett noen ganger har gjort, gå klar av habilitetsinnsigelser. Dette fordi dommeren ikke gikk ut over det som var nødvendig etter § 184s krav til begrunnelse for gjentakelsesfare. Som igjen skal skilles fra mistankekonstateringer. Dette er etter min mening en svært uheldig konsekvens.

5.4 Ny rettstilstand?

En kan stille spørsmålet om flertallets avgjørelse i Rt-2008-1466 og avgjørelsen i Rt-2007-1839 endrer den rettstilstanden, hvor det vil være avgjørende om det er gått utover det som er nødvendig etter strpl.§ 184, som jeg har utledet fra Rt-1997-479 og Rt-2002-736 oven-

for. I Rt-2008-1466, blir det også nevnt at det ikke får betydning for habilitetsvurderingen i den saken, at det i fengslingskjennelsen ikke ble gått utover det som var nødvendig etter strpl. § 184.¹⁶⁴

Svaret på spørsmålet er nok likevel nei. Flertallet i Rt-2008-1466 viser til Rt-2002-736, men de tar ikke avstand fra den. I stedet hevder flertallet at Rt-2002-736 skiller seg på en avgjørende måte fra saken i 2008, ved at bedømmelsen av siktedes person og hans eventuelle tilbøyeligheter til bruk av vold vil stå sentralt i bevissituasjonen under straffesaken. Noe bedømmelsen av gjerningsmannen i saken fra 2002, ikke gjorde på samme måte etter flertallets vurdering. Et annet moment som tilsier at presedensen fra Rt-2002-736 fortsatt gjelder er at det ved stemmegivningen i Rt-2008-1466 var dissens 3-2, og at mindretallet legger stor vekt på dommen fra 2002. Dessuten falt det senere to nye avgjørelser dette året i lignende saker av Høyesteretts ankeutvalg, Rt-2008-1680 og Rt-2008-1683, begge gjennomgått ovenfor. Begge er avgjort på samme dag og av de samme 3 dommere. Rettens leder var dommer Coward, som også hadde vært en del av mindretallet i Rt-2008-1466. Disse avgjørelsene tolker flertallets avgjørelse i Rt-2008-1644 forholdsvis snevert etter min mening.

I begge avgjørelsene vises det til at flertallet der mente det var skjedd en skjerping av kravene til dommerhabiliteten i slike situasjoner. Men retten legger i Rt-2008-1680 betydelig mer vekt på den spesielle karakteristikken av en voldsmann som den første avgjørelsen dette året omhandlet: ”Når flertallet etter dette kom til at det forelå inhabilitet, synes det først og fremst å være begrunnet med lagmannsrettens meget bestemte omtale av den tiltalte som voldsmann”.¹⁶⁵ Altså ble det etter ankeutvalgets mening ikke konstatert inhabilitet først og fremst på grunn av de skjerpede reglene, eller det faktum at det i saken fra Rt-2008-1466 kun var to aktuelle skadevoldere, og at fengslingskjennelsen samlet sett ganske klart bærer i retning av at det må være siktede som har utført volden. Flertallets uttalelse i

¹⁶⁴ Rt-2008-1466, (36)

¹⁶⁵ Rt-2008-1680, (11)

Rt-2008-1466 om at det ikke kunne være avgjørende, at det ikke var gått utover det som var nødvendig for å stadfeste bevisforspillelsesfare, er heller ikke drøftet i de to nyere sakene fra 2008. Selv om det er parallelle problemstillinger her, knyttet til gjentakelsesfare i Rt-2008-1680 og bevisforspillelsesfare i Rt-2008-1683.

Den siste høyesterettsavgjørelse på området er Rt-2010-759, fra Høyesteretts ankeutvalg. Rettens leder i denne saken var dommer Bårdsen, som også skrev flertallets syn i Rt-2008-1466, og artikkelen fra 2000, som er vist til ovenfor. Etter å ha gjennomgått avgjørelsene siden 2000, kan det virke som at spesielt Coward og Bårdsen har hatt et noe ulikt syn på habilitetsreglene ved forhåndsbefatning med saken.¹⁶⁶

I en av fengslingskjennelsene som ble drøftet i forhold til varetektsdommerens videre habilitet i Rt-2010-759, var det om skjellig grunn til mistanke uttalt:

*”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 siktedes kontaktperson i Holland, skal ha sendt amfetamin til siktede uten at dette har vært et tema mellom siktede og kontaktpersonen”.*¹⁶⁷

Etter min mening er disse uttrykkene ikke langt i fra vurderingene som var gjort i fengslingskjennelsen som ble prøvd i Rt-1997-479, hvor siktedes forklaring ble karakterisert som ikke plausibel. Saken i Rt-2008-1683 kan også gi en sammenligning, her ble tiltaltes forklaring om at fornærmede hadde falt i leiligheten hans og slått hodet mot inventaret, sett på som det minst sannsynlige alternativet. I så tilfelle måtte den fornærmede ha falt flere ganger og slått hodet på flere forskjellige sider. I disse to sakene endte det som nevnt med at varetektsdommerne ikke ble sett på som inhabile, men i Rt-2010-759, var denne vurde-

¹⁶⁶ Coward: Rt-2003-1514, Rt-2004-477, Rt-2006-1695, Rt-2008-425. Rt-2008-1466, Rt-2008-1680, Rt-2008-1683, Rt-2009-732, Bårdsen: Rt-2008-1466, Rt-2009-1662, Rt-2010-637, Rt-2010-795, Rt-2012-871

¹⁶⁷ Rt-2010-759, (19)

ringen av mistanken gått langt i å desevaluere tiltaltes forklaring og i å ta standpunkt til et helt sentralt bevissspørsmål i straffesaken, som var om de tiltalte visste om amfetaminet. Da mente Høyesterett at det ikke kunne ”være tvil om at tingrettsdommeren da vil være inhabil i en senere hovedforhandling”.¹⁶⁸

De to avgjørelsene som jeg sammenligner med, er ikke nevnt i avgjørelsen fra 2010. Det som kan legges merke til er at det i avgjørelsen heller ikke er drøftet om det i begrunnelsen ble gått utover det som måtte være nødvendig. Kanskje er denne avgjørelsen derfor et brudd på en lang rekke med avgjørelser hvor utrykkenes plassering og forhold til strpl.§ 184 får avgjørende betydning for habiliteten. Kanskje er avgjørelsen en endelig innskjerping av kravene til habilitet. Det er etter min mening en heldig utvikling. Det kan også legges merke til at det i beskrivelsen av utgangspunktet nå formuleres slik at en dommer ”ikke uten videre blir inhabil”¹⁶⁹ dersom han har varetektsfengslet etter § 171, men at forholdene må begrunnes konkret. Tidligere ble det formulert slik at slik befatning ”i utgangspunktet ikke medfører inhabilitet”.¹⁷⁰

Etter min mening er det behov for å snu habilitetsregelen for § 171-fengslingers vedkommende på hodet, slik at utgangspunktet også etter varetektsfengslinger og andre beslutninger som krever skjellig grunn til mistanke, gjør dommeren inhabil i en senere straffesak om de samme forhold. Jeg har ovenfor pekt på det jeg mener blir et noe kunstig skille mellom fengslingshjemplene, og at kravet til begrunnelse gjør at dommeren spesielt i gjentakelsestilfellene kan gå langt i beskrivelsen, uten at det inhabiliserer dommeren. Slik habilitetsvurderingen er i dag, blir den gjort avhengig av språklige formuleringer fremfor det rettslige eller faktiske innholdet. Etter min mening virker habilitetsvurderingen i noen tilfeller også å være noe vilkårlig, det kan for eksempel vises til de forskjellige resultatene i Rt-2007-1839 og Rt-2008-1680, jfr. pkt.5.3.1.

¹⁶⁸ Rt-2010-736, (20)

¹⁶⁹ Rt-2010-759, (16) Rt-2012-871, (15)

¹⁷⁰ Rt-2008-425, (8)

De største utfordringene en strengere habilitetsregel på området vil medføre, er fjernet ved endringer i domstolsstrukturen. Det finnes i dag betydelig færre rettskretser bemannet med svært få dommere, og der slike fortsatt finnes kan samhandling med tilgrensede tingretter løse problemene. For de større tingrettene og lagmannsrettene handler det mest om rutiner, og selv om ekstraarbeidet spesielt ved Oslo tingrett kan bli betydelig, mener jeg at behovet for en klarere og strengere habilitetsregel, som kan være med å opprettholde tilliten til domstolene, veier tyngst.

Mot en slik innskjerping kan det også argumenteres med at dommeres inntreden ofte er nødvendig gjentatte ganger under etterforskningen, da siktede skal få prøvd fengslingsvilkårene minst hver fjerde uke. Dersom etterforskningen drar ut og siktede sitter lenge i varetekt, kan det bety at mange dommere vil ha behandlet saken på etterforskningsstadiet. Dette kan igjen føre til problemer når det skal finnes en dommer til hovedforhandlingen som ikke har hatt befatning med saken. Men også dette kan løses ved rutiner. For eksempel slik at det i straffesaker hvor det kan påregnes lang varetektstid. Benyttes et mindre antall dommerne under etterforskningen, slik at det finnes dommere ved den aktuelle domstolen som ikke kjenner til saken gjennom direkte befatning med den.

Litteraturliste:

Litteratur:

- Aall: 1989 Aall, Jørgen (1989). *Er varetektsdommeren upartisk i hovedforhandlingen?* Lov og Rett - 1989-413
- Aall: 2008 Aall, Jørgen (2008). *Rettstat og menneskerettigheter*. 2. utg. 2. opplag
- Andenæs: 2008 Andenæs, Johs. (2008). *Norsk straffeprosess* 4.utg. 2.opplag v/Tor-Geir Myhrer.
- Bernt/Rasmussen: 2009 Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf (2009). *Frihagens forvaltningsrett*. Bind 1, 2.utg.
- Bjerke: 2011 Bjerke, Hans Kristian, Keiserud, Erik, og Sæther, Knut Erik (2011). *Straffeprosessloven med kommentarer*. 4 utg.
- Bratholm: 1957 Bratholm, Anders (1957). *Pågrepelse og varetektsfengsling*.
- Bøhn: 2013 Bøhn, Anders (2013). *Domstolloven - kommentarutgave*.
- Bårdsen: 2000 Bårdsen, Arnfinn (2000). *Inhabilitet i straffesaker grunnet tidligere mistankekonstatering*. Lov og Rett - 2000-209
- Eckhoff: 2001 Eckhoff, Torstein (2001). *Rettskildelære* 5.utg. v/Jan Helgesen
- Ellehaug: 2001 Ellehaug, Michael (2001). *Inhabilitet i dansk retspleje*.
- Flatland: 2006 Flatland, Håvard (2006). *Fortsatt skjellig grunn til mistanke?* DUO
- Fredriksen: 2011 Fredriksen, Steinar (2011). *Innføring i straffeprosess*. 2.utg.
- Langbach: 2007 Langbach, Tor (2007). *Straffesaksbehandlingen i tingrettene*.
- Mathiesen: 2003 Mathiesen, Tom (2003). *Skjellig grunn til mistanke? En studie av forhørsretten*. 2.utg.
- Mathiesen: 2010 Mathiesen, Tom (2010). *Retten i samfunnet*. 5.utg. 2.opplag
- Møse: 2002 Møse, Erik (2002). *Menneskerettigheter*

Nielsen: 2011	Nielsen, Gorm Toftegaard (2011). <i>Straffesagens gang</i> . 5.utg.
Torgersen: 2004	Torgersen, Ragnhild (2004). <i>Dommerhabilitet</i> .
Woxholth: 2011	Woxholth, Geir (2011). <i>Forvaltningsloven med kommentarer</i> . 5.utg.
Øyen: 2010	Øyen, Ørnulf (2010). <i>Varetektsfengsling ved fare for bevisforspillelse</i> . JV-2010-219.
Årsmelding 2009	Utgitt av Oslo tingrett, Redaktør: Irene Ramm (2010). <i>Oslo Tingrett Årsmelding 2009</i> .

Lover og forarbeider:

1682	Kong Christian Den Femtis Norske Lov (Norske Lov av 1687) av 15.april 1687.
1887	Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager av 1.juli 1887 nr. 5.
1902	Alminnelig borgerlig straffelov (Straffeloven) av 22.mai 1902 nr. 10.
1915	Lov om domstolene (domstolloven) av 13.august 1915 nr. 5.
1967	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10.februar 1967 nr. 00.
1982	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22.mai 1981 nr. 25.
1995	Lov om politiet (Politoloven) av 4.august 1995
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven) av 21.mai 1999 nr. 30
2002	Lov om endringer i rettergangslovgivningen m.m. av 30. august 2002 nr. 67.

2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven) av 17.juni 2005 nr. 90.
1916	Lov om rettens pleje (retsplejeloven) af 11.april 1916. (Dansk)
EMK	Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950.
NUT:1969-3	Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen
NOU:1980:28	Varetektsfengsling
Ot.prp.nr.39 (1961-1962)	
Ot.prp.nr.35 (1978-1979)	Straffesakloven
Ot.prp.nr.65 (2001-2002)	Bortfall av funksjonsbetegnelser på domstolene m.m.
Ot.prp.nr.62 (2002-2003)	Lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.)

Rettspraksis:

Høyesterett:

Rt-1989-186	Rt-1998-882	Rt-2006-1621	Rt-2010-759
Rt-1990-379	Rt-1998-1068	Rt-2006-1695	Rt-2010-889
Rt-1992-423	Rt-1999-2083	Rt-2007-705	Rt-2010-933
Rt-1992-538	Rt-2000-371	Rt-2007-1609	Rt-2011-329
Rt-1993-128	Rt-2000-1282	Rt-2007-1839	Rt-2011-946
Rt-1993-905	Rt-2000-1860	Rt-2008-425	Rt-2012-601
Rt-1993-1302	Rt-2000-1940	Rt-2008-1061	Rt-2012-871
Rt-1994-968	Rt-2001-940	Rt-2008-1466	Rt-2012-1207
Rt-1994-1281	Rt-2002-315	Rt-2008-1680	Rt-2012-1654
Rt-1995-1232	Rt-2002-587	Rt-2008-1683	Rt-2012-1976
Rt-1996-261	Rt-2002-736	Rt-2008-1692	HR-2013-649-A
Rt-1996-610	Rt-2002-842	Rt-2009-225	
Rt-1996-925	Rt-2002-1029	Rt-2009-423	<u>Svea Hovrätt:</u>
Rt-1996-1089	Rt-2003-280	Rt-2009-472	
Rt-1997-87	Rt-2003-957	Rt-2009-732	HovR B 4041-09
Rt-1997-89	Rt-2003-1269	Rt-2009-1613	
Rt-1997-479	Rt-2003-1514	Rt-2009-1662	
Rt-1997-1902	Rt-2004-74	Rt-2010-343	
Rt-1997-2032	Rt-2004-477	Rt-2010-469	
Rt-1998-149	Rt-2004-1513	Rt-2010-502	
Rt-1998-155	Rt-2006-820	Rt-2010-637	

Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol:

EMD: 01.10.1982, Case of Piersack v. Belgium
EMD: 26.10.1984, Case of De Cubber v. Belgium
EMD: 27.11.1987, Case of Yaacoub v Belgium
EMD: 29.11.2988, Case of Brogan and others v. UK
EMD: 24.05.1989, Case of Hauschildt v. Denmark
EMD: 07.08.1996, Case of Ferrantelli and Santangelo v. Italy
EMD: 16.11.2000, Case of Rojas Morales v. Italy
EMD: 20.12.2005, Case of Jasinski v. Poland
EMD: 10.08.2006, Case of Swarzenberger v. Germany
EMD: 31.06.2007, Case of Ekeberg and others v. Norway
EMD: 08.04.2008, Case of Krawczak v. Poland
EMD: 10.03.2009, Case of Bykov v. Russia
EMD: 24.03.2009, Case of Poppe v. The Netherlands
EMD: 19.04.2011, Case of Moczukulski v. Poland
EMD: 28.06.2011, Case of Miminoshvili v. Russia
EMD: 09.01.2013, Case of Oleksandr Volkov v. Ukraine

Andre kilder:

Fegran, Ben. Tingrettsdommer ved Kristiansand. Tingrett. E-post. 13.februar.2013
Helland, Gro. Seniorrådgiver ved Domstolsadministrasjonen. E-post. 3.april.2013
Jølle, Dag. Sorenskriver ved Lister Tingrett. Møte. 26.februar.2013
Nafstad, Dag. Lagdommer ved Hålogaland Lagmannsrett. E-post. 9.april.2013
Nordhagen, Mia Marie. Utreder ved Borgarting Lagmannsrett. E-post. 4.april.2013

Rundskriv fra Justisdepartementet G-140-89. ”Hauschildt-saken – Dom i den Europeiske Menneskerettighetsdomstol om dommeres habilitet i straffesaker”
25.september.1989

<http://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/Horing/?tab=Committee&coid=KONTROLL&pid=2010-2011#list>.
24.04.13

TPB AFK: The Pirate Bay Away from Keyboard. Dokumentarfilm. Regissør Simon Klose. 2013.

Statistikk. HUDOC: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"kupdate":\["2008-04-16T00:00:00.OZ","2013-04-16T00:00:00.OZ"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{). 24.04.13