

## U.1990.13H

## H.K. 1. november 1989 i sag II 223/1989

*Rigsadvokaten*

mod

*T1 (adv. Klaus Berning, Holstebro, e.o.), T2 (adv. A. Holst Nielsen, Silkeborg, e.o.)**Retspleje 11.3 Retspleje 382.2***Fortolkning af retsplejelovens §§ 64, 60, stk. 2, og 62, stk. 1.**

Byretsdommer, der var retsformand i domsmandsret, tog ikke forsvarernes påstand om, at han veg sit sæde, til følge. Landsretten bestemte, at byretsdommeren skulle vige sit sæde. Anklagemyndigheden påkæredede med Justitsministeriets tilladelse landsrettens kendelse til Højesteret med påstand om stadfæstelse af byrettens afgørelse. Forsvaret påstod kæremålet afvist. Kæremålet blev taget under realitetsbehandling, da retsplejelovens § 64, 1. pkt., efter ordlyden og forarbejderne til bestemmelsen må forstås således, at den kun omfatter afgørelser truffet af en ret som første instans, og da der ikke er grundlag for en udvidende fortolkning til tilfælde, hvor landsretten under et kæremål fastslår inhabilitet. (Dissens). Der var efter forarbejderne til retsplejelovens § 60, stk. 2, ikke grundlag for at fastslå, at bestemmelsen tilsigter en udtømmende regulering af spørgsmålet om en dommers inhabilitet som følge af, at han under sagens forberedelse har taget stilling til begæringer om varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 2. Lovens §§ 60, stk. 2, og 62, stk. 1, må fortolkes i overensstemmelse med de principper, der er lagt til grund i den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 24. maj 1989 i Hauschildt-sagen. Selvom dommen er konkret begrundet, må dommen opfattes således, at det sædvanligvis ikke vil være stemmende med konventionens artikel 6, stk. 1, at en dommer, der før domsforhandlingen har truffet bestemmelse om fængsling efter § 762, stk. 2, enten alene eller i forbindelse med andre fængslingsgrunde, medvirker ved sagens pådømmelse. Byretsdommeren havde i kendelser under efterforskningen begrundet fængslinger med henvisning bl.a. til denne bestemmelse og var derfor inhabil efter retsplejelovens § 62, stk. 1. Højesteret stadfæstede med denne begrundelse landsrettens kendelse.

**Herning rets kendelse 1. juni 1989 (2. afl.).**

Under domsforhandlingen af nærværende sag har de for de tiltalte beskikkede forsvarere i et retsmøde den 25. maj 1989 nedlagt påstand om, at retsformanden, dommer Henrik Stamp, viger sit sæde.

Forsvarerne har i deres processkrift af samme dato begrundet påstanden således:

»Ved dom af 24. maj 1989 blev Danmark ved Menneskerettighedsdomstolen dømt for krænkelse af Den europæiske Menneskerettighedskonvention. Krænkelsen bestod i, at samme byretsdommer deltog i afgørelsen af skyldspørgsmålet i en straffesag, hvor han tidligere et antal gange havde varetægtsfængslet den tiltalte i henhold til retsplejelovens § 762, stk. 2.

I nærværende sag har dommer H. Stamp ved sagens begyndelse i januar og februar 1988 afsagt i alt 5 fængslingskendelser, der som et væsentligt led i præmisserne henviser til retsplejelovens § 762, stk. 2. Efter forsvarrets opfattelse er det i denne forbindelse - uanset den skete ændring af retsplejelovens § 60, stk. 2 - ikke afgørende i relation til menneskerettighedskonventionens garantier, om der i forbindelse med fængslingen tillige er citeret andre fængslingsgrunde, når samme dommer har fængslet et antal gange også under henvisning til § 762, stk. 2.

Forsvaret henviser herved til, at dommer H. Stamp eksempelvis i kendelser af 11. februar 1988 meget detaljeret efterprøver momenter i skyldspørgsmålet.

Nærværende sag adskiller sig fra den ved Menneskerettighedsdomstolen pådømte derved, at fængslingskendelserne tilsidesattes af Højesteret, nemlig ved dennes kendelse af 26. juli 1988.«

**Nærværende sags omstændigheder i relation til den af forsvarerne nedlagte påstand er følgende:**

Ved Herning rets 2. afdelings kendelser af 21. og 22. januar 1988 blev de tiltalte under denne sag, T1, T2 og T3, varetægtsfængslet i 3 uger af dommer Henrik Stamp, som sigtet for mandatsvig af særlig grov beskaffenhed efter straffelovens § 286, stk. 2, jfr. § 280, nr. 1. Varetægtsfængslingen af T1 skete i medfør af retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 1 og 3, samt stk. 2, nr. 1, af T2 i medfør af retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3, og stk. 2, nr. 1, og af T3 i medfør af retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3.

Kendelserne blev af de fængslede med påstand

**14**

om løsladelse påkæret til Vestre Landsret, der i kendelse af 29. januar 1988 stadfæstede fængslingskendelserne, men med den ændring, at fængslingen af de 3 sigtede alene opretholdtes efter retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1.

Da fængslingsfristen udløb den 11. februar 1988, blev der under et retsmøde til forlængelse af denne rejst nye sigtelser mod de varetægtsfængslede for såvel mandatsvig som bedrageri af særlig grov beskaffenhed. Ved kendelse af samme dato forlængede dommer Henrik Stamp varetægtsfængslingen af alle 3 sigtede i 4 uger under henvisning til, at betingelserne herfor i medfør af retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1, fortsat var til stede, ligesom betingelserne for fængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3, nu også fandtes at være til stede, efter at de nye sigtelser var rejst.

Denne kendelse blev af Vestre Landsret stadfæstet den 17. februar 1988.

Kendelser om fortsat forlængelse af varetægtsfængslingen af de 3 sigtede blev herefter afsagt af dommer Peter Rosleff, Herning rets 1. afdeling.

Ved Højesterets kendelse af 26. juli 1988 blev de sigtede løsladt, idet Højesteret, således som sagen forelå for retten, ikke fandt grundlag for at fastslå, at fængslingsbetingelserne efter retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1, var til stede.

Ved den af forsvarerne påberåbte dom af 24. maj 1989 blev Danmark ved Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg dømt for krænkelse af artikel 6, § 1, i Den europæiske Menneskerettighedskonvention. Den pågældende bestemmelse indledes således:

»Enhver skal, når der skal træffes afgørelse enten i en strid om hans borgerlige rettigheder og forpligtelser eller angående en mod ham rettet anklage for en forbrydelse, være berettiget til en retfærdig og offentlig rettergang inden en rimelig frist for en ved lov oprettet uafhængig og upartisk domstol.«

Klageren, Mogens Hauschildt, havde under sagen for domstolen blandt andet gjort gældende, at han ikke under en straffesag i Danmark, hvor han ved Østre Landsrets anke dom af 2. marts 1984 blev idømt 5 års fængsel for berigelseskriminalitet, havde fået en fair retssag ved en uvildig domstol. Til støtte herfor havde han blandt andet anført, at retsformanden i byretten, som havde medvirket under pådømmelsen af hans sag, særlig inden men også under domsforhandlingen af straffesagen havde afsagt talrige kendelser om forlængelse af varetægtsfængslingen af ham samt andre kendelser vedrørende processuelle spørgsmål. Han henviste særlig til anvendelsen af retsplejelovens § 762, stk. 2, ved forlængelserne af varetægtsfængslingen.

Mogens Hauschildt sad varetægtsfængslet fra den 2. februar 1980 til den endelige dom ved Østre Landsret den 2. marts 1984. Ved Kø-

benhavns Byrets dom af 1. november 1982 var han blevet idømt 7 års fængsel.

Da Hauschildt den 2. februar 1980 blev varetægtsfængslet, skete dette i medfør af retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 1 og 3. Ved en fristforlængelse den 10. april s.å. foretaget af den samme dommer, som senere var retsformand under domsforhandlingen, fandtes betingelserne for fortsat varetægtsfængsling også efter retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 2 at være til stede. Ved Østre Landsrets kæremskendelse af 5. september 1980 blev fængslingen af Hauschildt forlænget og således, at betingelserne for varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 2, nu tillige fandtes at være opfyldt. Ved kendelse af 24. september 1980 bestemte den senere retsformand under sagen ved byretten, at fortsat fængsling også skulle finde sted efter retsplejelovens § 762, stk. 2. Den samme dommer forlængede herefter adskillige gange varetægtsfængslingen under henvisning blandt andet til denne bestemmelse i retsplejeloven.

I Menneskerettighedsdomstolens dom udtales blandt andet, at det ikke er domstolens opgave at bedømme den sagen vedrørende lov eller praksis »in abstracto«, men at afgøre om den måde, hvorpå den er anvendt eller har berørt Hauschildt, har givet anledning til en krænkelse af Menneskerettighedskonventionens artikel 6, § 1.

Det anføres videre i dommen, at når man i en given sag skal træffe afgørelse om, hvorvidt der er en rimelig grund til at befrygte, at en bestemt dommer mangler den fornødne uvildighed, vil den anklagedes standpunkt være vigtigt, men ikke afgørende. Hvad der er afgørende er, om denne frygt kan næres med en saglig begrundelse. I den for domstolen foreliggende sag er frykten vedrørende mangel på uvildighed begrundet i den kendsgerning, at byretsdommeren, som var retsformand under domsforhandlingen, allerede havde beskæftiget sig med sagen på et tidligere stade af processen og havde truffet forskellige afgørelser med hensyn til klageren forud for domsforhandlingen. Den situation må give anledning til bekymring hos den tiltalte, hvad angår dommerens uvildighed, en

## 15

bekymring, som er forståelig, men som ikke desto mindre ikke nødvendigvis kan betragtes som saglig begrundet. Om den kan anses som sådan afhænger af de nærmere omstændigheder omkring hver enkelt sag.

Videre fremgår det af dommen, at det er domstolens synspunkt, at den blotte kendsgerning, at en byretsdommer eller landsdommer i et system som det danske også har truffet afgørelser i sagen forud for domsforhandlingen, herunder afgørelser om forlængelse af varetægtsfængsling, ikke i sig selv kan begrunde en frygt for hans upartiskhed. Ikke desto mindre kan særlige omstændigheder i en given sag være af en sådan beskaffenhed, at de berettiger til en anden konklusion.

Det anføres således, at domstolen i den foreliggende sag ikke kan andet end at tillægge den omstændighed særlig betydning, at i 9 af afgørelserne om forlængelse af Hauschildts varetægtsfængsling påberåbte den samme byretsdommer, der var retsformand under domsforhandlingen, sig specielt retsplejelovens § 762, stk. 2. På samme måde påberåbte de dommere, som i sidste instans deltog i behandlingen af appelsagen, sig specielt den samme bestemmelse ved flere lejligheder, da de inden domsforhandlingen skulle træffe bestemmelse om forlængelse af varetægtsfængslingen.

Vedrørende anvendelsen af retsplejelovens § 762, stk. 2, udtales i dommen, at forskellen mellem dommerens konstatering af tilstedeværelse af en særlig bestyrket mistanke om et strafbart forhold og resultatet ved en fældende dom er meget lille.

Det konkluderes herefter i dommen, at domstolen derfor er af den opfattelse, at under henvisning til sagens omstændigheder var uvildigheden hos de fornævnte retsinstanser egnet til at give anledning til tvivl, og at klagerens frygt i denne henseende kan betragtes som sagligt begrundet, hvorfor domstolen finder, at der er sket en krænkelse af Menneskerettighedskonventionens artikel 6, § 1.

Følgende skal udtales:

Indledningsvis bemærkes, at dommer Henrik Stamp under nærværende sag ikke har truffet bestemmelse om varetægtsfængsling af de nu tiltalte alene efter retsplejelovens § 762, stk. 2, hvorfor han ikke i medfør af retsplejelovens § 60, stk. 2, er udelukket fra at deltage som dommer under domsforhandlingen af sagen.

Ved bedømmelsen af, hvorvidt den af Menneskerettighedsdomstolen den 24. maj 1989 afsagte dom bør medføre, at dommer Stamp viger sit sæde, bemærkes særligt, at det i dommen anføres, at den omstændighed, at en dommer har truffet afgørelser i sagen inden domsforhandlingen, herunder afgørelser om varetægtsfængsling, ikke i sig selv kan begrunde en frygt for dommerens uvildighed. Kun hvis der foreligger ganske særlige omstændigheder, kan det føre til et andet resultat.

I den nævnte dom fandt domstolen, at der forelå sådanne særlige omstændigheder, idet den samme dommer i byretten, som senere pådømte sagen, 9 gange forlængede varetægtsfængslingen under henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 2, ligesom de dommere, der i landsretten deltog i behandlingen af ankesagen, ved flere lejligheder forinden havde deltaget i afgørelser om forlængelse af varetægtsfængslingen og herunder fængslet efter samme bestemmelse.

Under nærværende sag har dommer Stamp inden domsforhandlingen alene i 2 tilfælde afsagt kendelse vedrørende varetægtsfængsling af T1 og T3 under henvisning til blandt andet retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1, og 1 gang afsagt kendelse under henvisning til blandt andet samme bestemmelse vedrørende T2. Kendelser om yderligere forlængelse af varetægtsfængslingen er herefter afsagt af en anden dommer.

Når henses hertil og til, at Højesteret ved kendelsen af 26. juli 1988 løslod de nu tiltalte efter ca. 6 måneders varetægtsfængsling med den begrundelse, at således som sagen forelå for Højesteret, var der ikke grundlag for at fastslå, at fængslingsbetingelserne efter retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1, var til stede, findes der ikke i nærværende sag at gøre sig sådanne særlige omstændigheder gældende, som fremhævet i Menneskerettighedsdomstolens dom, at dommer Stamp bør vige sit sæde.

---

### *Vestre Landsrets kendelse 19. juni 1989 (5. afd.).*

Den påkærede kendelse er afsagt den 1. juni 1989 af retten i Herning, 2. afdeling.

For landsretten har de tiltalte gentaget deres påstand om, at dommer Henrik Stamp skal vige sit sæde.

Anklagemyndigheden har påstået stadfæstelse.

Der har efter landsrettens bestemmelse været anordnet mundtlig forhandling af kæremsålet.

I forsvarernes skriftlige indlæg til landsretten anføres det bl.a.:

»Forsvarets påstand er fremkommet efter

## 16

afsigelsen af Den europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 24. maj 1989 i sagen Hauschildt ctr. Danmark. Ved nævnte dom bestemte Menneskerettighedsdomstolen, at en dommer, der et antal gange har varetægtsfængslet en sigtet under henvisning til rpl. § 762, stk. 2, er inhabil.

Forsvaret er naturligvis bekendt med, at det af dommens præmisser udtrykkeligt fremgår, at Menneskerettighedsdomstolen ikke har udtrykt nogen generel kritik af retsplejelovens regler om varetægtsfængsling eller inhabilitet. Dommen er udtryk for en konkret vurdering.

Heri ligger imidlertid efter forsvarets opfattelse ikke, at det ville være rigtigt at forstå dommen således, at den alene skulle have betydning for dommere, der har varetægtsfængslet med hjemmel udelukkende i § 762, stk. 2. Tværtimod må dommens præmisser forstås således, at den dommer, der - i hvert fald nogle gange som i Hauschildt-sagen - har taget præjudiciel stilling til skyldspørgsmålet, er inhabil. Det kan

herved ikke antages at gøre nogen forskel, om dommeren også har anset andre fængslingsbetingelser for at være opfyldt.

**I byrettens kendelse af 1. juni 1989 hedder det (side 6-7):**

»Under nærværende sag har dommer Stamp inden domsforhandlingen alene i 2 tilfælde afsagt kendelse vedrørende varetægtsfængsling af T1 og T3 under henvisning til blandt andet retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1, og 1 gang afsagt kendelse under henvisning til blandt andet samme bestemmelse vedrørende T2. Kendelser om yderligere forlængelse af varetægtsfængslingen er herefter afsagt af en anden dommer.«

Dette er en ufuldstændig gengivelse af, hvorpå fængslingen baseredes i retsmødet den 11. februar 1988, hvor dommer Stamp afsagde kendelse om fængsling. I dette retsmøde fremkom nye sigtelser, herunder særligt den nye bedragerisigtelse, der er blevet til sagens forhold D. Om alle de allerede da foreliggende sigtelser sagde retten kort i sin kendelse: »Betingelserne for fortsat varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1, findes at være til stede«. Herefter fortsætter retten: »Vedrørende de nu yderligere påsigtede forhold - - - da der vedrørende bedragerisigtelsen må antages, at varetægtsfængslede på fri fod på afgørende måde vil kunne vanskeliggøre forfølgningen - - -, findes betingelserne for varetægtsfængsling også efter retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3, at være til stede.«

Der er herefter ingen tvivl om, at retten kun for så vidt angår de nye sigtelser mediciterer § 762, stk. 1, nr. 3, hvorimod retten for så vidt angår samtlige allerede foreliggende sigtelser (som havde været påkendt af landsretten) alene fængsler efter § 762, stk. 2, nr. 1.

Derfor er situationen efter kendelsen af 11. februar 1988, at retten ville være inhabil allerede efter ordlyden af § 60, stk. 2, for så vidt angår de ældre påsigtede mandatsvigsforhold. Da det naturligvis ville være absurd at finde retten inhabil vedrørende disse ældre forhold, men habil vedrørende det nye bedrageriforhold, må inhabilitet i blot ét af de forhold, der går igen i anklageskriftet, medføre fuldstændig inhabilitet.

Allerede som følge af ordlyden i retsplejelovens § 60, stk. 2, må retsformanden derfor være inhabil, helt uanset Hauschildt-dommen.

Inhabiliteten støttes imidlertid ligeledes på Hauschildt-dommen, sammenholdt med generalklausulen i retsplejelovens § 62, hvorom forsvaret anfører følgende:

- - - Det fremgår - - -, at Menneskerettighedsdomstolen har anset forskellen mellem den præjudicielle stillingtagen til skyldspørgsmålet, som § 762, stk. 2, kræver, og den endelige afgørelse af skyldspørgsmålet for at være så hårfin/tynd (»tenuous«) at kravene i artikel 6 i Den europæiske Menneskerettighedskonvention om upartiskhed ikke vil være opfyldt, hvis samme dommer træffer begge de nævnte afgørelser.

Domstolens argumentation kan uden videre overføres til nærværende sag, hvor dommer H. Stamp flere gange har varetægtsfængslet de tiltalte under så minutøs og dybtgående stillingtagen til skyldspørgsmålet - eksempelvis i kendelsen af 11. februar 1988 - at forskellen herfra og til sagens endelige afgørelse af skyldspørgsmålet er lige så hårfin/tynd som i Hauschildt-sagen.

Den reservation, som domstolen gør i indledningen af de citerede præmisser (pkt. 5, første led, i justitskontorets referat), godkender udtrykkeligt selve det system, at samme dommer både kan komme til at fængsle og pådømme skyldspørgsmålet endeligt. Domstolen godkender imidlertid ikke dette system, når fængslingen indebærer en dybtgående stillingtagen til skyldspørgsmålet - hvilket netop er tilfældet i nærværende sag.

Byretten synes - - - i alt for vid udstrækning at slutte modsætningsvis fra Hauschildt-dommens bemærkninger om, at samme dommer havde fængslet

**17**

9 gange, og at også nogle landsdommere, som havde fængslet, deltog i pådømmelsen under anken. Naturligvis kan man ikke ræsonnere, at hvis blot der ikke er fængslet 9 gange, men kun et mindre antal gange,

under anvendelse af § 762, stk. 2, skulle man - ud fra en modsætningslutning fra Hauschildt-dommen - være fuldt habil. Dommen fastslår det princip, at dén, der har villet fængsle efter § 762, stk. 2, har beskæftiget sig meget dybt med skyldspørgsmålet. Samme situation foreligger i nærværende sag.

- - -

Selv om byretten i sin kendelse ikke beskæftiger sig med spørgsmålet om, i hvilket omfang en folkeretlig forpligtelse, som (endnu)ikke udtrykkeligt er blevet gengivet i dansk lov, binder den danske dommer, bemærker forsvaret ex tuto:

Forsvaret er naturligvis opmærksomt på, at forholdet mellem Danmarks folkeretlige forpligtelser og det internationale retssystem er af dualistisk beskaffenhed med den følge, at vore folkeretlige forpligtelser ikke automatisk således, som det ville være tilfældet i et monistisk retssystem, bliver gældende som bestanddel af intern-national ret.

Det er imidlertid stedse antaget i retslitteraturen og i praksis, at landets domstole bør strække sig meget vidt for ved fortolkning af danske retsregler at bringe disse i overensstemmelse med væsentlige folkeretlige forpligtelser, der påhviler den danske stat. En af disse meget væsentlige folkeretlige forpligtelser er naturligvis Menneskerettighedskonventionens helt grundlæggende bestemmelse om kravet på en upartisk dommer. Denne grundlæggende konventionsbestemmelse er nu autoritativt og definitivt fortolket gennem Hauschildt-dommen.

Domstolene kan naturligvis henvise til, at der i særegne tilfælde kan foreligge en så éntydig afvigelse mellem en folkeretlig forpligtelse og en national regel, at domstolene ikke gennem fortolkning kan bringe den nationale bestemmelse i overensstemmelse med folkeretsforpligtelsen, og at den heraf følgende overtrædelse af den folkeretlige forpligtelse må repareres af lovgiver gennem en lovændring. Efter forsvarets opfattelse vil det imidlertid være en alvorlig fejlfortolkning både af det dualistiske princip og af retsplejelovens inhabilitetsregler at slutte, at der efter nugældende dansk ret ikke skulle foreligge inhabilitet i en situation som den foreliggende. (Ræsonnementet skulle være, at rpl. § 60, stk. 2 - som efter forsvarets opfattelse endog kan påberåbes i sagen, jfr. bemærkningerne foran om kendelsen af 11. februar 1988 - udtømmende skulle gøre op med inhabilitetstilfældene efter varetægtsfængsling, og at der derfor må slutes modsætningsvis fra denne bestemmelse).

Tværtimod er inhabilitetsreglerne netop udstyret med en generalklausul i rpl. § 62, der dels må være udtryk for et almindeligt grundlæggende princip, dels må supplere de øvrige, mere konkrete inhabilitetsbestemmelser. Det kræver således ingen lovændring at indfortolke i § 62 den inhabilitet i nærværende sag, som utvivlsomt må følge af Hauschildt-dommen. Hvis de øvrige, mere specifikke inhabilitetsforskrifter således ikke efter deres ordlyd sætter domstolene i stand til at overføre Hauschildt-dommens princip til dansk ret (og dermed sikrer statens overholdelse af den folkeretlige forpligtelse, der følger af Hauschildt-dommen), bør domstolene efter forsvarets opfattelse søge den fornødne hjemmel hertil netop i generalklausulen i § 62.«

Forsvarene har under den mundtlige forhandling gentaget og uddybet proceduren i det skriftlige indlæg.

Anklagemyndigheden, der i det væsentlige har henholdt sig til de grunde, der er anført i byrettens kendelse, har erklæret, at retsplejelovens § 60, stk. 2, efter anklagemyndighedens opfattelse ikke er til hinder for i givet fald at statuere inhabilitet efter § 62.

Der er enighed mellem parterne om, at der ikke skal tillægges de praktiske ulemper betydning, som vil opstå, såfremt dommer Stamp erklæres inhabil, og domsforhandlingen i sagen, der indtil nu har varet i mere end 9 måneder, derfor skal begynde forfra.

**Dommer Rørdam udtaler:**

Efter retsplejelovens § 762, stk. 2, er det hensynet til retshåndhævelsen, der skal begrunde en varetægtsfængsling i henhold til denne bestem-

melse. Heri ligger, at den kriminalitet, som anklagemyndigheden henviser til, skal være så grov, at det efter almindelig retsopfattelse vil være uacceptabelt, at den sigtede eller tiltalte er på fri fod, mens sagen foregår. Der er således i disse tilfælde reelt tale om, at strafsoningen iværksættes, allerede inden der er afsagt dom i sagen. Det siger sig selv, at der kun kan ske fængsling på dette grundlag, når der foreligger en meget høj grad af sandsynlighed - nærmest vished - for, at der vil blive idømt en

### 18

alvorlig straf i anledning af det påsigtede eller påtalte forhold. Dette har fundet udtryk i § 762, stk. 2, ved kravet om, at der skal foreligge en særlig bestyrket mistanke. Menneskerettighedsdomstolen har i overensstemmelse med det anførte i sin afgørelse i Hauschildt-sagen lagt den forståelse af mistankekravet til grund, at forskellen mellem fængslings- og domfældelsesgrundlaget er »tenuous«. Den dommer, der inden domsforhandlingen har fastslået, at der foreligger en særlig bestyrket mistanke, må derfor have taget stilling til skyldspørgsmålet på en sådan måde, at der udadtil vil kunne opstå tvivl om hans fuldstændige upartiskhed, hvis det også er ham, der skal pådømme sagen i en situation, hvor den tiltalte nægter sig skyldig.

I overensstemmelse med det anførte kan det ikke være antallet af gange, dommeren har truffet bestemmelse om fængsling efter § 762, stk. 2, der bliver afgørende for, om konventionens artikel 6, stk. 1, krænkes, og det må antages at følge af afgørelsen i Hauschildt-sagen, at der sker en krænkelse af artikel 6, stk. 1, hvis den dommer, der pådømmer sagen, blot én gang forud for domsforhandlingen har fastslået, at der foreligger en særlig bestyrket mistanke.

Det kan heller ikke påvirke afgørelsen om, hvorvidt artikel 6, stk. 1, er krænket, at der er blevet truffet bestemmelse om fængsling både efter § 762, stk. 2, og efter andre af retsplejelovens fængslingsbestemmelser. Det, der må være afgørende, er som anført, at dommeren ved en fængsling efter § 762, stk. 2, har fastslået, at der foreligger en særlig bestyrket mistanke, og det er uden enhver betydning, om det samtidig skulle være fastslået, at også andre fængslingsbetingelser, der ikke stiller så store krav til mistankens styrke, er opfyldt.

Hauschildt-dommen fører derfor til det resultat, at dommer Stamp i medfør af konventionens artikel 6, stk. 1, bør erklæres inhabil i den foreliggende sag. Dette resultat er i strid med bestemmelsen i retsplejelovens § 60, stk. 2, hvorefter inhabilitet i anledning af en fængsling efter § 762, stk. 2, kun skal indtræde, hvis dommeren har truffet beslutning om varetægtsfængsling alene efter § 762, stk. 2.

Om denne konflikt mellem menneskerettighedskonventionen og den danske lovgivning skal følgende bemærkes.

Det var netop Hauschildt-sagens indbringelse for menneskerettighedskommissionen, der gav anledning til overvejelser om, hvorvidt der i dansk ret burde indføres specialregler om inhabilitet for en dommer, der tidligere havde truffet bestemmelse om fængsling i sagen. Overvejelserne resulterede i indsættelsen af det nævnte nye stk. 2 i retsplejelovens § 60 ved lov nr. 386 af 10. juni 1987. Formålet med denne bestemmelse kan have været at tage brodden af den kritik af det danske retssystem, som ville blive følgen af en domfældelse af Danmark i Hauschildt-sagen. Da man åbenbart anså det for mindre sandsynligt, at Danmark ville blive dømt, fik bestemmelsen den affattelse, at inhabilitet kun skulle indtræde, hvis der var sket fængsling alene efter § 762, stk. 2. Herved opnåede man på én gang at demonstrere sin lydighed overfor konventionens krav om en retfærdig rettergang og samtidig at begrænse inhabilitetsreglens rækkevidde så meget, at de praktiske ulemper blev stærkt reduceret. Opmærksomheden om bestemmelsens udformning druknede iøvrigt i det væsentlige i diskussionen om den samtidig indførte og stærkt kritiserede nye fængslingsbestemmelse i retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 2. Resultatet er blevet, at retsplejelovens § 60, stk. 2, har fået en udformning, der gør den meningsløs set

i forhold til det mål, at den danske lovgivning skal opfylde konventionens krav om en retfærdig rettergang.

På denne baggrund findes de konsekvenser for dommer Stamps habilitet, som følger af menneskerettighedskonventionens artikel 6, stk. 1, som bestemmelsen er blevet fortolket i Hauschildt-sagen, at måtte slå igennem overfor den udformning, bestemmelsen i retsplejelovens § 60, stk. 2, har fået.

Med denne begrundelse stemmer jeg for at tage de tiltaltes påstand til følge.

### Dommer Lyngsø udtaler:

Formålet med retsplejelovens § 60, stk. 2, som blev indført ved lov nr. 386 af 10. juni 1987, må antages at have været at bringe retsplejelovens regler om inhabilitet i overensstemmelse med menneskerettighedskonventionens artikel 6, stk. 1. I overensstemmelse med menneskerettighedsdomstolens dom i Hauschildt-sagen må artikel 6, stk. 1, forstås således, at en dommer, der inden domsforhandlingen har fastslået, at der er særligt bestyrket mistanke om, at den sigtede og senere tiltalte er skyldig, ikke kan medvirke som dommer under

### 19

domsforhandlingen. Retsplejelovens § 60, stk. 2, må forstås i overensstemmelse hermed. Uanset at § 60, stk. 2, efter sin ordlyd indskrænker sig til at erklære en dommer for inhabil i tilfælde, hvor der »alene« er sket varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 2, må en dommer herefter også anses for inhabil i tilfælde, hvor der er sket varetægtsfængsling både efter retsplejelovens § 762, stk. 2, og efter retsplejelovens § 762, stk. 1. I den foreliggende sag har byretsdommeren truffet beslutning om varetægtsfængsling både efter retsplejelovens § 762, stk. 2, og efter retsplejelovens § 762, stk. 1. Denne dommer finder herefter også, at byretsdommeren er inhabil i medfør af retsplejelovens § 60, stk. 2, og således ikke kan medvirke som dommer under domsforhandlingen.

### Dommer Blok udtaler:

Ifølge retsplejelovens § 60, stk. 2, må ingen deltage som dommer under domsforhandlingen i en straffesag, såfremt han tidligere i sagen har truffet beslutning om at varetægtsfængsle den pågældende alene efter § 762, stk. 2, medmindre sagen behandles som en tilståelsessag.

I ingen af de kendelser, der blev afsagt af dommer Stamp den 21. og 22. januar og den 11. februar 1988, er der truffet beslutning om varetægtsfængsling alene i medfør af retsplejelovens § 762, stk. 2. Ved kendelsen af 11. februar 1988 skete varetægtsfængslingen af de tiltalte tillige i medfør af lovens § 762, stk. 1, nr. 3. Henvisningen til denne bestemmelse angik ganske vist alene et forhold, i hvilket der ikke tidligere havde været rejst sigtelse, men dette kan ikke bevirke, at dommer Stamp i medfør af lovens § 60, stk. 2, skal anses for inhabil for så vidt angår de øvrige forhold. Den indsigelse mod dommerens habilitet, som støttes på ordlyden af retsplejelovens § 60, stk. 2, kan således ikke tages til følge.

Retsplejelovens § 60, stk. 2, må antages at tilsigte en udtømmende regulering af det heromhandlede særlige inhabilitetsspørgsmål. Det forhold, at en dommer tidligere har afsagt kendelse om varetægtsfængsling i en sag, kan derfor ikke i sig selv begrunde, at dommeren i medfør af den generelle inhabilitetsregel i lovens § 62 anses for afskåret fra at deltage i domsforhandlingen, jfr. herved også § 60, stk. 3. Den generelle regel i § 62 må derfor lades ude af betragtning i den foreliggende sag.

Afgørelsen af sagen beror herefter alene på, hvorvidt ordlyden af retsplejelovens § 60, stk. 2, kan og bør fraviges under hensyn til Den europæiske Menneskerettighedskonventionens artikel 6, stk. 1, således som denne bestemmelse er blevet fortolket af Den europæiske Menneskerettighedsdomstol ved dommen af 24. maj 1989 i Hauschildt-sagen.

Bestemmelsen i retsplejelovens § 60, stk. 2, blev, som det er anført foran, indført ved lov nr. 386 af 10. juni 1987 i forbindelse med en

ændring af retsplejelovens § 762, stk. 2. Bestemmelsen var ikke medtaget i det oprindelige lovforslag, men blev indføjet under behandlingen af dette i Folketingets retsudvalg. Udvalgets betænkning, jfr. Folketingstidende 1986-87, tillæg B sp. 2155 ff, indeholder ingen nærmere redegørelse for bestemmelsens anvendelsesområde. Ud fra de hensyn, der ligger bag bestemmelsen, kunne meget tale for, at det burde være uden betydning for inhabilitetsspørgsmålet, om dommerens tidligere beslutning om varetægtsfængsling er truffet alene i medfør af lovens § 762, stk. 2, eller tillige i medfør af en eller flere af bestemmelserne i § 762, stk. 1. Det kan imidlertid ikke antages, at medtagelsen af ordet »alene« beror på en fejl, og det må derfor lægges til grund, at lovgiveren for at begrænse inhabilitetsreglens anvendelsesområde bevidst har holdt tilfælde, hvor varetægtsfængsling er sket såvel efter stk. 2 som efter stk. 1, uden for anvendelsesområdet. Dette bekræftes også af bemærkninger fremsat i Folketinget under anden behandling af lovforslaget, jfr. Folketingstidende 1986-87 sp. 12312.

Bestemmelserne i Den europæiske Menneskerettighedskonvention, der ikke som sådanne er gjort til en bestanddel af dansk ret, kan og skal tillægges betydning i tilfælde, hvor danske lovregler rummer flere fortolkningsmuligheder eller hjemler skønmæssige beføjelser, men kan ikke medføre tilsidesættelse af en utvetydig dansk lovregel. Selv om en fortolkning af dommen i Hauschildt-sagen måtte føre til den konklusion, at dommer Stamps deltagelse i domsforhandlingen i den foreliggende sag ikke er i overensstemmelse med de krav, der følger af Menneskerettighedskonventionen, kan dette derfor ikke bevirke, at dommer Stamp i strid med bestemmelsen i retsplejelovens § 60, stk. 2, skal anses for inhabil. Såfremt det af hensyn til forholdet til konventionen anses for nødvendigt eller ønskeligt at ændre den gældende

## 20

retstilstand i Danmark, må dette ske ved gennemførelse af en lov, der ændrer retsplejelovens § 60, stk. 2.

Med denne begrundelse stemmer denne dommer for at stadfæste den påkærede kendelse.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

---

## Højesterets kendelse.

Vestre Landsrets kendelse er med Justitsministeriets tilladelse kærret af anklagemyndigheden med påstand om stadfæstelse af byrettens afgørelse.

De tiltalte har principalt påstået afvisning, subsidiært stadfæstelse af landsrettens kendelse.

I påkendelsen har deltaget fem dommere: Torben Jensen, Weber, Kardel, Riis og Marie-Louise Andreasen.

Kæremålet har været forhandlet mundtligt.

I den dom, der er afsagt af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol den 24. maj 1989 i Hauschildt-sagen, hedder det i præmisserne bl.a.:

»50.

---

Domstolen finder - - -, at det blotte faktum, at en byretsdommer eller en dommer ved appelinstansen, i et system som det danske, også har afsagt kendelser under efterforskningen, herunder kendelser vedrørende varetægtsfængsling, ikke i sig selv berettiger til frygt for dommerens manglende upartiskhed.

51. Ikke destomindre kan særlige omstændigheder i en given sag berettige til en anden konklusion. I den foreliggende sag kan domstolen ikke undgå at lægge særlig vægt på det faktum, at ni af kendelserne vedrørende forlængelse af Mogens Hauschildts varetægtsfængsling blev afsagt specifikt under påberåbelse af retsplejelovens § 762, stk. 2, af dommer Claus Larsen - - -. Ligeledes anvendte de dommere, der senere skulle afgøre sagen ved

appelinstansen, § 762, stk. 2, ved flere lejligheder - - - i forbindelse med kendelser vedrørende forlængelse af varetægtsfængslingen inden påbegyndelse af domsforhandlingen under appelsagen.

52. Anvendelse af retsplejelovens § 762, stk. 2, kræver f.eks. at dommeren finder, at der er en »særlig bestyrket mistanke« om, at sigtede har begået den/de forbrydelse(r), vedkommende er sigtet for. Denne formulering betyder i henhold til officiel forklaring, at dommeren skal være overbevist om, at der er »en meget høj grad af klarhed« med hensyn til skyldspørgsmålet - - -. Hermed bliver der kun en spinkel forskel mellem det spørgsmål, dommeren skal afgøre ved anvendelse af paragraffen om varetægtsfængsling, og det spørgsmål, han skal tage stilling til ved den endelige domsafsigelse.

Domstolen er derfor af den mening, at spørgsmålet om nævnte domstoles upartiskhed efter omstændighederne i den foreliggende sag godt kunne se ud som om, der kunne rejses tvivl herom, og at klagerens frygt i denne henseende kan anses at være objektivt berettiget.«

Anklagemyndigheden og forsvaret er for Højesteret enige om, at den fortolkning, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har anlagt med hensyn til forståelsen af kravet om upartiskhed i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions art. 6, stk. 1, må tillægges betydning ved danske domstoles fortolkning af inhabilitetsreglerne i retsplejelovens §§ 60 og 62. Den i 1987 indsatte nye bestemmelse i retsplejelovens § 60, stk. 2, er ikke til hinder derfor, idet det ikke med denne bestemmelse har været lovgivningsmagtens hensigt at fastsætte regler, der ville stride mod Menneskerettighedskonventionen. Det har tværtimod tilsyneladende været hensigten at sikre, at de danske inhabilitetsregler bedre end hidtil kunne opfylde kravene i konventionen. Der er ligeledes enighed om, at det for fortolkningen af Menneskerettighedskonventionens art. 6, stk. 1, er uden betydning, om der er varetægtsfængslet alene efter retsplejelovens § 762, stk. 2, eller om denne bestemmelse er anvendt ved siden af andre fængslingsbestemmelser.

Fire dommere - Torben Jensen, Weber, Kardel og Riis - udtaler vedrørende formaliteten:

Retsplejelovens § 64, 1. pkt., må efter ordlyden og forarbejderne til bestemmelsen forstås således, at den kun omfatter afgørelser truffet af en ret som første instans. Der er ikke grundlag for en udvidende fortolkning til tilfælde, hvor landsretten under et kæremål fastslår inhabilitet. I medfør af retsplejelovens § 973 har Justitsministeriet herefter haft hjemmel til at tillade, at sagen indbringes for Højesteret. Disse dommere stemmer derfor for at tage kæremålet under realitetsbehandling.

Dommer Marie-Louise Andreasen udtaler om dette spørgsmål:

Retsplejelovens § 64 må efter sit formål forstås således, at kendelser, der statuerer inhabilitet, ikke kan appelleres, mens kendelser, der statuerer habilitet, kan appelleres i overensstemmelse med

## 21

de almindelige regler. § 64, 1. pkt., må herefter antages at omfatte også en kendelse som den foreliggende, hvor landsretten i et kæremål bestemmer, at en byretsdommer skal vige sit sæde. Denne dommer stemmer derfor for at tage de tiltaltes afvisningspåstand til følge.

Afgørelsen herom træffes efter stemmeflertallet.

## Vedrørende realiteten udtaler samtlige dommere:

Ved lov nr. 386 af 10. juni 1987 gennemførtes retsplejelovens § 60, stk. 2, hvorefter ingen må deltage som dommer under domsforhandlingen i en straffesag, såfremt han tidligere i sagen har truffet beslutning om varetægtsfængsling alene efter § 762, stk. 2.

Efter forarbejderne til bestemmelsen var Folketinget opmærksom på, at Den Europæiske Menneskerettighedskommission i sin afgørelse af 9. oktober 1986 i Hauschildt-sagen enstemmigt havde givet udtryk

for, at den gældende danske ordning rejste alvorlige spørgsmål med hensyn til fortolkningen og brugen af art. 6 i konventionen.

Der er herefter ikke grundlag for at fastslå, at retsplejelovens § 60, stk. 2, tilsigter en udtømmende regulering af spørgsmålet om en dommers inhabilitet som følge af, at han under sagens forberedelse har taget stilling til begæringer om varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 2.

Lovens §§ 60, stk. 2, og 62, stk. 1, må fortolkes i overensstemmelse med de principper, der er lagt til grund i Menneskerettighedsdomstolens dom. Selvom dommen er konkret begrundet og navnlig henviser til antallet af fængslingskendelser, som byretsdommeren under efterforskningen afsagde efter § 762, stk. 2, må dommen opfattes således, at det sædvanligvis ikke vil være stemmende med konventionens art. 6, stk. 1, at en dommer, der før domsforhandlingen har truffet bestemmelse om fængsling efter § 762, stk. 2, enten alene eller i forbindelse med andre fængslingsgrunde, medvirker ved sagens pådømmelse. Dommer Henrik Stamp har i kendelser af 21. januar, 22. januar og 11. februar 1988 begrundet fængslinger med henvisning bl.a. til denne bestemmelse og må derfor anses for inhabil efter retsplejelovens § 62, stk. 1.

Med denne begrundelse stadfæster Højesteret landsrettens kendelse.

**Thi bestemmes:**

***Landsrettens kendelse stadfæstes.***