

Dommeres deltagelse i beslutning om varetægtsfængsling og
hovedforhandling i straffesag – En genvurdering af
habilitetsspørgsmålet



Titelblad

Uddannelsesinstitution: Aalborg Universitet

Uddannelse: Jura, 10. semester

Studerende: Sofie Stokholm Jepsen

Studienummer.: 20134725

Dansk titel: Dommeres deltagelse i beslutning om varetægtsfængsling og hovedforhandling i straffesag –
En genvurdering af habilitetsspørgsmålet

Engelsk titel: Judges' participation in ruling custody orders and their participation in the main proceedings
– a reevaluation of the impartiality question

Eksamen: Kandidat speciale

Afleveret: 02.11.18

Fag: Straffeprocess og Menneskerettigheder

Vejleder: Jesper Lindholm

Antal anslag: 143.124

Abstract

This thesis concerns the question of judges' impartiality in court, when previously having ruled a custody order against the defendant.

The question arose in relation to the verdict of the European Court of Human Rights, ruling that Denmark was in breach of the European Convention of Human Rights article 6, in the trial of Hauschildt versus Denmark in 1989. The ruling gave birth to a piece of legislation resulting in recusation of a judge, in case the judge in question ruled a custody order, with reference to a very high degree of clarity regarding the guilt of the defendant, found in the Administration of Justice Act § 762 (2). Due to increasing influence of this case in the Danish legislation and practice, with regard to recusation based on custody orders, the question arose, whether recusation should be the result of all custody orders, based on any degree of clarity regarding the guilt (referring to either the Administration of Justice Act § 762 (1) or (2)), in order to improve the certainty of the defendants right to an impartial and independent tribunal?

Investigating this question, the thesis describes the current state of the Danish legislation, relevant for the subject. In particular, law regarding and practice regarding the definitions of judges' competence, independence and impartiality is made, as well as the law and practice regarding recusation of judges and custody orders. Additionally, the analysis of the subject includes investigations of different practitioners of law's views on the topic, presented in books and articles included in the thesis.

The analysis finds, that different factors suggest, that recusation due to custody orders, based on any degree of clarity towards the guilt of the defendant, could improve the certainty of upholding the defendant's rights. This is partially based on evidence, suggesting that the judges have the opportunity, to avoid recusation, by avoiding referring to the Administration of Justice Act § 762 (2), simply using § 762 (1).

The thesis concludes that all-in-all, there are consideration to be made before introducing recusation as a consequence of ordering custody in general. However, the analyzed evidence suggests that the defendant's right to an independent and impartial tribunal, would be better upheld, if general recusation based on custody orders was introduced, although, the same would be the case if a more precise practice was defined, in regards to when the Administration of Justice Act § 762 (1) or (2) would apply, respectively, or by the introduction of legislation, demanding judges to make a decision on the Administration of Justice Act § 762 (2), prior to (1).

Indhold

1. Indledning.....	6
2. Problemformulering	7
3. Afgrænsning.....	8
4. Metode	9
4.1 Retskilder og retskildehierarkiet	10
4.2.1 Lovgivning	10
4.2.2 Retspraksis.....	11
4.2.3 Sædvaner	12
4.2.4 Forholdets Natur	13
5. Habilitet, Uafhængighed og Upartiskhed	13
5.1 Habilitet	13
5.1.1 Opsamling.....	19
5.2 Upartiskhed	19
5.2.1 Opsamling.....	21
5.3 Uafhængighed	22
5.3.1 Opsamling.....	24
5.4 Sammenfald mellem Habilitet, Uafhængighed og Upartiskhed.....	24
6. Varetægtsfængsling.....	24
6.1 Retsplejelovens § 762, stk. 1 – Begrundet mistanke.....	25
6.1.1 Mistankekravet.....	25
6.1.2 Strafferammekravet	25
6.1.3 Bestemte betingelser:	26
6.2 Retsplejelovens § 762, stk. 2 – Særligt bestyrket mistanke	31
6.2.1 Mistankekravet.....	31
6.2.2 Retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1. – Strafferammekravet og retshåndhævelseskravet.....	33
6.2.3 Retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 2. – Særlige tilfælde og dertilhørende strafferammekrav.....	34
6.3 Retsplejelovens § 762, stk. 3. – Minimumskrav og proportionalitetskravet.....	35
6.4 Opsamling.....	36
7. Analyse af habilitetsspørgsmålet.....	36
7.1 Hensyn i forbindelse med vurdering af inhabilitet.....	37
7.1.1 Hensyn udledt af litteraturen	37
7.1.2 Habilitet ifølge Menneskerettighedskonventionen	39
7.1.3 Opsamling.....	39

7.2 Omgåelse af retsplejelovens § 762, stk. 2	40
7.2.1 Opsamling.....	42
7.3 Skildring mellem stk. 1 og stk. 2 i retspraksis	43
7.3.1 Ingen praksis om inhabilitet som følge af retsplejelovens § 762, stk. 1.....	44
7.3.2 Opsamling.....	44
7.4 Retsspraksis.....	45
7.4.1 U.2014.1041Ø.....	45
7.4.2 U.2008.1268Ø.....	46
7.4.3 U.1998.291H.....	47
7.4.4 Opsamling.....	48
7.5 Opsamling.....	49
8. Konklusion	50
Litteraturliste:.....	53
Artikler:.....	53
Bestemmelser:.....	53
Bøger:	53
Domme:	54
Forarbejder:.....	55
Hjemmesider:	55

1. Indledning

I 1989 blev Danmark, i den såkaldte Hauschildt-sag, dømt af den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) for overtrædelse af den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMRK) art. 6.¹ Sagen vedrørte Mogens Hauschildt der af landsretten blev idømt 5 års fængsel for omfattende bedrageri og som i mere end 4 år, mens efterforskningen stod på, sad varetægtsfængslet.² Problemstillingen i sagen var, at de landsretsdommere der tog stilling til lovligheden af selve varetægtsfængslingen, også idømte Hauschildt 5 års fængsel under hovedforhandlingen. Landsretsdommerne henviste til støtte for forlængelse af varetægtsfængslingen bl.a. til retsplejelovens § 762, stk. 2.³

Hauschildt ønskede at få sagen indbragt for Den Europæiske EMD og nedlagde påstand om, at han i den forbindelse ikke havde fået en retfærdig rettergang, idet hans rettigheder, efter EMRK art. 6 var blevet krænket. Hauschildt påstod bl.a. at den varetægts- og isolationsfængsling som han havde være udsat for, kunne udgøre en umenneskelig og nedværdigende behandling samt at han ikke indenfor rimelig tid var blevet stillet for en dommer. Hauschildt nedlagde endvidere påstand om, at han ikke havde fået en retfærdig rettergang ved en uafhængig og upartisk domstol. Hauschildt gjorde bl.a. til støtte for denne påstand gældende at siddende dommere i byretten og i landsretten havde truffet mere end 50 afgørelser om varetægtsfængsling af Hauschildt bl.a. efter retsplejelovens § 762, stk. 2. Det var denne påstand som Den Europæiske Menneskerettighedskommission tog til følge. Kommissionen var enig med Hauschildt i, at det ikke var en upartisk domstol der havde truffet afgørelse i sagen. Kommissionen afviste dog de øvrige påstande.⁴

Kommissionens afgørelse bevirkede at Danmark i 1987, inden sagen kom for EMD, valgte at indføre et stk. 2 i retsplejelovens § 60, vedrørende dommeres inhabilitet efter afgørelse om varetægtsfængsling.⁵

Hauschildt-sagen kom efterfølgende for den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, som ved afgørelse af 24. maj 1989 dømte Danmark for at have krænket den Europæiske Menneskerettighedskonventions art. 6 på trods af lovændringen i 1987. Domstolen begrundede bl.a. sin afgørelse med at forskellen mellem mistankekravet i retsplejelovens § 762, stk. 2, særlig bestyrket mistanke, og vurderingen af selve skyldsspørgsmålet under hovedforhandlingen var så lille at Hauschildts tvivl om dommerens upartiskhed

¹ Hauschildt v. Danmark, 24/05/89, application no. 10486/83.

² Hauschildt v. Danmark, 24/05/89, application no. 10486/83, paragraf 17.

³ Hauschildt v. Danmark, 24/05/89, application no. 10486/83, paragraf 25.

⁴ <https://menneskeret.dk/monitorering/afgoerelsesdatabase/hauschildt-v-danmark>, sidst besøgt den 22. september 2018.

⁵ Inhabilitet og menneskerettighedskonventionen, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 75.

måtte anses for begrundet, hvorfor EMD kom frem til at Danmark havde krænket retten til en retfærdig rettergang, jf. EMRK art. 6.⁶

Før Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse i 1989, opstod der kun inhabilitet såfremt at der var varetægtsfængslet *alene* efter retsplejeloven § 762, stk. 2. Retsstillingen efter ændringen bevirkede at der nu opstod inhabilitet hvis der på noget tidspunkt var varetægtsfængslet efter retsplejeloven § 762, stk. 2.⁷ Dette har derfor haft en indskrænkende effekt på dommeres mulighed for at medvirke i hovedforhandlingen, såfremt de også har taget stilling til varetægtsfængslingen i sagen.

EMD's afgørelse i Hauschildt-sagen gør indirekte gældende, at en dommer der har varetægtsfængslet efter retsplejelovens § 762, stk. 2, allerede har taget delvist stilling til skyldsspørgsmålet inden hovedforhandlingen.⁸ Sådan er retsforståelsen i dansk ret også i dag.

Bjørn Elmquist har den 30. maj 2016 i et åbent brev til justitsministeren stillede spørgsmålstegn ved, hvorvidt der fortsat er anledning til at sondre mellem varetægtsfængsling, jf. retsplejelovens § 762, stk. 1 og stk. 2 for så vidt angår statuering af dommerinhabilitet, jf. retsplejelovens 60, stk. 2.⁹

Det vil i dette speciale derfor blive undersøgt hvorvidt den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse i Hauschildt-sagen og den efterfølgende lovændring, af retsplejelovens § 60, stk. 2, burde suppleres, således at det også medfører inhabilitet, såfremt en dommer varetægtsfængsler en sigtede efter retsplejelovens § 762, stk. 1.

2. Problemformulering

I dette speciale vil følgende problemformulering blive undersøgt:

Vil det i højere grad sikre den tiltaltes retssikkerhed, at indføre et generelt forbud imod at dommere kan varetægtsfængsle og efterfølgende medvirke i bedømmelsen af skyldsspørgsmålet i en straffesag?

Belysningen af denne problemstilling vil medvirke til at klarlægge den tiltaltes retssikkerhed i forbindelse med en straffesag, hvor den tiltalte forinden hovedforhandlingen har været varetægtsfængslet. Den retsstilling der forefindes på nuværende tidspunkt, giver eventuelt mulighed for at en dommer legalt kan

⁶ <https://menneskeret.dk/monitorering/afgorelsesdatabase/hauschildt-v-danmark> - besøgt senest den 30. september 2018.

⁷ Inhabilitet og menneskerettighedskonventionen, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 75 og 76.

⁸ <https://menneskeret.dk/monitorering/afgorelsesdatabase/hauschildt-v-danmark> - besøgt senest den 30. september 2018.

⁹ <http://www.retspolitik.dk/wp-content/uploads/2016/05/A%CC%8Aabent-brev-til-justitsministeriet-og-folketinget-ang.-RPL-%C2%A7-60-stk.-2.pdf> – sidst besøgt den 31.10.2018.

deltage i bedømmelsen af skyldsspørgsmålet uden at være habil.¹⁰ Yderligere er der behov for at belyse denne problemstilling for at afklare hvorvidt der er tale om en egentlig problemstilling. Lovgiver har endvidere efter kritik fra EMD valgt at lovfæste, at der altid foreligger inhabilitet såfremt en dommer har varetægtsfængslet efter retsplejelovens § 762 stk. 2¹¹, hvorfor der bør tages aktiv stilling til hvorvidt dette også bør gælde for retsplejelovens § 762 stk. 1. Dette er særligt relevant eftersom at der i begge tilfælde er tale om frihedsberøvelse, der må anses for at være et meget indgribende magtmiddel¹², hvorfor der særligt bør værnes om en tiltaltes retssikkerhed.

3. Afgrænsning

Der er i dette speciale fokus på dommeres habilitet i tilfælde hvor den tiltalte forinden hovedforhandlingen har været varetægtsfængslet. Der vil derfor i dette speciale kun fokuseres på den eventuelle straffeprocessuelle og menneskeretlige problemstilling der består i, at en dommer der har varetægtsfængslet efter retsplejelovens § 762 stk. 1, kan medvirke under hovedforhandlingen til bedømmelse af skyldsspørgsmålet.

Der vil først redegøres for specialets metode, herunder hvilke retskilder der anvendes. I den forbindelse redegøres der for retskildehierarkiet, hvor de typer af retskilder der ikke direkte anvendes i specialet, kun vil beskrives overfladisk. De medtages imidlertid i mindre omfang, for at give et retvisende billede af retskildehierarkiet.

Af hensyn til specialet størrelse og omfang vil kun dansk ret blive behandlet. På trods af at der i dansk ret er flere bestemmelser der vedrører inhabilitet, vil der i dette speciale kun blive fokuseret på retsplejelovens § 60 og 61. Der afgrænses således fra forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 5, der i høj grad minder om retsplejelovens § 61. Imidlertid vedrører forvaltningslovens § 3 personer generelt indenfor den offentlige forvaltning, mens retsplejelovens § 61, specifikt vedrører dommere, hvorfor forvaltningslovens § 3, ikke bidrager substantielt til diskussionen om dommeres inhabilitet i forbindelse med varetægtsfængsling, og derfor ikke behandles yderligere i specialet. Endvidere afgrænses der fra grundlovens § 64, der vedrører dommeres pligt til at rette sig efter loven og således forblive uafhængige. Imidlertid inddrages EMRK art. 6 i specialet, der netop omhandler kravet om uafhængige domstole, hvorfor grundlovens § 64, heller ikke bidrager substantielt til diskussion og derfor ikke vil blive behandlet videre i specialet.

¹⁰ Inhabilitet og menneskerettighedskonventionen, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 80.

¹¹ Inhabilitet og menneskerettighedskonventionen, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 75 og 76.

¹² Varetægtsfængsling, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 536.

Det vil i specialet altid antages at dommere generelt er habile, således at de altid er kompetente i deres virke og derfor ikke kan være inhabile pga. mangel af kompetence. Der vil endvidere kun ske behandling af EMRK art. 6., hvorfor øvrige bestemmelser i EMRK ikke vil blive behandlet. Det skyldes at det er art. 6 og dennes brud i Hauschildt-sagen, der i særdeleshed er relevant for dette speciale, i kraft af dens relation til habilitetsspørgsmålet i forbindelse med dommers deltagelse i varetægtsfængsling og efterfølgende hovedforhandling.

I diskussionen af en dommers inhabilitet som følge af varetægtsfængsling berøres mange forskellige emner der kan give anledning til en dybere diskussion. Dog afgrænses der fra at belyse disse emner dybdegående, pga. omfanget af specialet og tidsbegrænsningen herfor. Emner der nævnes begrænset, inkluderer: 1) Hvilken konsekvens en dommers inhabilitet får for de i sagen øvrige dommere og tidligere afgørelser i sagen, samt betydningen af fuldmægtigreglen 2) hvorvidt en part kan acceptere en inhabil dommers deltagelse i en sag og konsekvensen heraf, og endeligt 3) hvilke hensyn der skal afvejes hvordan, i diskussionen om inhabilitet.

4. Metode

Til besvarelse af dette speciales problemformulering vil den retsdogmatiske metode blive anvendt. Den retsdogmatiske metode er en retsvidenskabelig metode, der har til formål at systematisere, analysere og beskrive allerede gældende ret.¹³

For at kunne besvare problemformuleringen vil der undersøges lovgivning herunder retsplejelovens § 60 og § 61 vedrørende dommers inhabilitet i forbindelse med en straffesag, samt retsplejelovens § 762 stk. 1, 2 og 3, om varetægtsfængsling. Yderligere vil EMRK art. 6, som er inkorporeret i dansk ret, blive inddraget for at belyse en af de menneskerettigheder som Danmark er forpligtet til at overholde, men som blev krænket i forbindelse med Hauschildt-sagen. Endvidere vil forarbejderne til de nævnte bestemmelser undersøges for at analysere hvad tankerne bag de nedfældede regler var, for derved at lede til en dybere forståelse af reglerne og hvorledes disse burde fortolkes, samt om eventuelle problemstillinger allerede er behandlet deri. Retspraksis fra de danske domstole vil yderligere inddrages for at belyse de ændringer, som EMD's afgørelse i forbindelse med Hauschildt-sagen har haft på den danske retspraksis vedrørende inhabilitet efter varetægtsfængsling. Denne klargørelse skal understøtte hvorvidt den eventuelle juridiske problemstilling, der kan være vedrørende retssikkerheden, ved at en dommer kan varetægtsfængsle jf. retsplejelovens § 762, stk. 1 og samtidigt deltage i hovedforhandling, har grundlag i praksis. Endeligt vil

¹³ Retsdogmatik, Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori. 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014, side 86-87.

også juridiske litterære værker, såsom lærebøger og videnskabelige artikler inddrages, for at analysere emnet på et mere oplyst grundlag.

4.1 Retskilder og retskildehierarkiet

Der er i den juridiske litteratur generel enighed om, at lovgivning, retspraksis, sædvane, og forholdet natur er at betragte som retskilder, ligesom der stort set er enighed om at de fire retskilder er systematiseret i følgende fire hovedgrupper: 1. Lovgivning (grundloven, love, anordninger, bekendtgørelser og cirkulærer), 2. Retsskildes (domstolsafgørelser/retspraksis), 3. Sædvaner (retssædvaner og kutymmer), 4. Forholdets Natur.¹⁴

Der vil i dette afsnit overordnet blive defineret hvad der menes med hver enkelt hovedgruppe.

4.2.1 Lovgivning

Lovgivningen er den retskilde der har prioritet frem for de øvrige retskilder. Herved menes, at retsanvenderen i forbindelse med løsningen af et juridisk problem, først skal undersøge om der er lovgivning på området der kan anvendes på den konkrete problemstilling inden en af de øvrige retskilder anvendes.¹⁵ Også inden for lovgivningen findes der en hierarkisk opbygning. Der er dog ikke tale om en helt entydig hierarkisk opbygning idet der er flere kompetencekæder. Der er dog enighed om at grundloven er øverst og dernæst kommer love.¹⁶

4.2.1.1 Love

En lov er som udgangspunkt gyldig og dermed bindende for retsanvenderen, når den er tilvejebragt i overensstemmelse med grundloven. Hvorvidt retsanvenderen er forpligtet til at anvende loven afhænger af om den er præceptiv eller deklaratorisk. Det er dog ikke alle dele af loven som retsanvenderen er forpligtet til at anvende i forbindelse med en juridisk problemstilling. Retsskildes er kun forpligtet til at anvende pligtregler, hvilke er de regler der fastlægger hvad der er tilladt, forbudt eller påbudt.¹⁷

Andre dele af loven, såsom formålsbestemmelser, legaldefinitioner og ikrafttrædelsesbestemmelser har derimod andre formål end at fastlægge pligter. Formålsbestemmelserne har eksempelvis til formål at fortælle hvad formålet med loven er. Legaldefinitioner har til formål at forklare hvad der forstås med visse

¹⁴ Retskilderne, Evald, Jens, Retskilderne og den juridiske metode, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, side 7.

¹⁵ Retskilderne, Evald, Jens, Retskilderne og den juridiske metode, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, side 27.

¹⁶ Retskilderne, Evald, Jens, Retskilderne og den juridiske metode, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, side 29.

¹⁷ Retskilderne, Evald, Jens, Retskilderne og den juridiske metode, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, side 30.

ord eller udtryk i loven og ikrafttrædelsesbestemmelser har som funktion at fastslå hvornår en lov, eller bekendtgørelse, træder i kraft.¹⁸

4.2.1.2 Bekendtgørelser og anordninger

Bekendtgørelser er en almindelig betegnelse for de forskrifter som ministre udsteder med hjemmel i lov. En bekendtgørelse er bindende for såvel borgere som offentlige myndigheder og den indeholder ligesom love forskellige regeltyper samt pligtregler, formålsbestemmelser, ikrafttrædelsesbestemmelser mv. Anordninger er stort set ikke forskellige fra bekendtgørelser. Den eneste forskel er den formalitet om regenten deltager eller ej, hvorfor der ikke vil foretages en sondring heraf.¹⁹

4.2.1.3 Cirkulærer

Et cirkulærer er en tilkendegivelse der er rettet fra en administrativ myndighed til en anden indeholdende en bindende forskrift. Et cirkulærer kan udstedes med hjemmel i lov, men kan også udstedes i et over-/underordningsforhold.²⁰

4.2.1.4 Vejledninger

Vejledningers indhold er kun af orienterende karakter og er ikke bindende. Vejledninger anvendes i forbindelse med orientering om reglers indhold samt baggrund og i forbindelse med oplysning om fortolkning af administration af regler.²¹

4.2.2 Retspraksis

Retspraksis er tidligere afsagte domstolsafgørelser.²² Den omstændighed at retspraksis betragtes som en retskilde kan umiddelbart synes mærkelig, idet domme kun er bindende *inter partes* - sagens parter i mellem. Det er domstolens opgave at løse konkrete juridiske tvister og det er derimod ikke deres opgave at skabe generelt bindende regler. Når retspraksis på trods heraf alligevel betragtes som en retskilde skyldes det en blanding af effektivitets- og retssikkerhedshensyn. Med effektivitetshensynet menes, at man ved at stole på at retsafgørelser står fast, kan spare unødvendige processer samt kan undgå at parterne påføres unødvendige procesomkostninger ved at appellere afgørelser for derved at få dem i overensstemmelse med appelinstansernes praksis. Retssikkerhedshensynet skal forstås på den måde at

¹⁸ Retskilderne, Evald, Jens, Retskilderne og den juridiske metode, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, side 30 og 31.

¹⁹ Retskilderne, Evald, Jens, Retskilderne og den juridiske metode, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, side 32.

²⁰ Retskilderne, Evald, Jens, Retskilderne og den juridiske metode, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, side 33 og 34.

²¹ Retskilderne, Evald, Jens, Retskilderne og den juridiske metode, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, side 36.

²² Generelt om retskilderne, Evald, Jens, At tænke juridisk, 4. udgave, Nyt juridisk Forlag A/S, 2011, side 18.

såfremt retspraksis ikke var en retskilde ville domstolsafgørelser kunne blive tilsidesat ved senere domme, hvilket ville nedbryde retsautoriteten. Der ville endvidere kunne opstå en betænkelig ulighed, såfremt de forskellige retskredse fulgte forskellige retsopfattelser.²³

Når retspraksis benyttes som retskilde er en doms præjudikatværdi en væsentlig faktor i vurderingen af hvor god en retskilde den er. I vurderingen af en doms præjudikatværdi spiller en del forskellige forudsætninger ind. Som en helt afgørende forudsætning skal dommen være kendt, det skal altså vides at dommen eksisterer. En dom kan bl.a. blive kendt gennem offentliggørelse i diverse tidsskrifter såsom Ugeskrift For Retsvæsen. Det skal dog bemærkes at ikke offentliggjorte domme i princippet har samme præjudikatværdi som offentliggjorte domme, hvorfor man også godt kan påberåbe sig en utrykt dom. En anden forudsætning der har betydning for en doms præjudikatværdi, er hvilken instans der har afsagt dommen. Der findes nemlig en rangfølge mellem om en dom er afsagt af byretten, landsretten eller Højesteret, der bevirker at domme afsagt af overordnede instanser har højere præjudikatværdi end domme der er afsagt af underordnede instanser. Ligeledes har både antal af domme samt dommens alder betydning for præjudikatværdien, forstået på den måde, at såfremt der forligger mange ligelydende domme inden for samme retsområde taler dette for at anvende samme fortolkning eller samme regel som kommer til udtryk i disse domme. Dette er dog kun en tommelfingerregel, da også enkeltstående højesteretsdomme kan have en høj præjudikatværdi.²⁴ Som sagt kan også en doms alder have betydning for dens præjudikatværdi. Jo nyere en dom er, jo højere præjudikatværdi har den, som udgangspunkt. Endnu en forudsætning der kan have betydning, er dommens dissens. Er der tale om stræk dissens i en dom vil en sådan dom sammenlignet med en dom hvori der er svag dissens ofte have en ringere præjudikatværdi. En doms begrundelse kan også have betydning for dens præjudikatværdi. Er dommens begrundelse eksempelvis generel vil det tale for at tillægge dommens afgørelse betydning i fremtidige afgørelser, hvorimod en konkret begrundelse vil tale for det modsatte.²⁵

Det er ikke alle dele af en dom der kan betegnes som en retskilde. Det er derimod den regel der kan udledes af dommen – dommens *ratio decidendi* der har retskildeværdi.²⁶

4.2.3 Sædvaner

En retlig sædvane, også kaldet en retssædvane, er en adfærd der er fulgt *“almindeligt, stadigt og længe i den overbevisning, at man retligt er forpligtet og berettiget hertil.”*²⁷ Der menes hermed, at alle berørte

²³ Retsspraksis, Evald, Jens, At tænke juridisk, 4. udgave, Nyt juridisk Forlag A/S, 2011, side 44.

²⁴ Dommes præjudikatværdi, Evald, Jens, At tænke juridisk, 4. udgave, Nyt juridisk Forlag A/S, 2011, side 48.

²⁵ Dommes præjudikatværdi, Evald, Jens, At tænke juridisk, 4. udgave, Nyt juridisk Forlag A/S, 2011, side 48 og 49.

²⁶ Dommes præjudikatværdi, Evald, Jens, At tænke juridisk, 4. udgave, Nyt juridisk Forlag A/S, 2011, side 49.

²⁷ Sædvaner, Evald, Jens, At tænke juridisk, 4. udgave, Nyt juridisk Forlag A/S, 2011, side 54.

borgere, følger adfærden (almindeligt), at denne adfærd følges ved enhver given lejlighed (stadigt), at adfærden har været fulgt i et længere tidsrum (længe), samt at man er bevidst om, at man er berettiget og forpligtet til adfærden (forpligtet og berettiget).²⁸

4.2.4 Forholdets Natur

I den juridiske litteratur er der langt fra enighed om hvad der er begrebets indhold og om det overhovedet er en selvstændig retskilde. Der er dog en generel enighed om, at der med begrebet, er tale om de situationer hvor der ikke kan findes sikker støtte i de øvrige retskilder til løsning af en juridisk problemstilling. Der er som nævnt ikke enighed i den juridiske litteratur vedrørende retskilden og der er heller ikke nogen klar skillelinje mellem de forskellige opfattelser.²⁹

5. Habilitet, Uafhængighed og Upartiskhed

Der findes i dansk ret ingen lovbestemmelser, der direkte definere hvornår en dommer er habil. Det fremgår derimod af retsplejelovens § 60 og 61, hvornår en dommer er inhabil. For at forstå hvornår en dommer er habil, er det derfor nødvendigt at få klarlagt, hvornår en dommer anses for inhabil. Ligesom ved begrebet habilitet er der i dansk ret heller ingen lovbestemmelser, der direkte definerer hvornår en dommer er uafhængig og upartisk. Det fremgår dog af EMRK art. 6, at alle har ret til en retfærdig rettergang ved en uafhængig og upartisk domstol³⁰, hvorfor det findes relevant at analysere hvad der menes med begreberne uafhængig og upartisk, dels for at forstå forskellen mellem de tre begreber samt for at forstå hvornår kravet fra EMRK art. 6, anses for brudt. I det følgende uddybes de tre begreber.

5.1 Habilitet

I retsplejeloven § 60, stk. 1, er der opregnet i alt 6 konkrete situationer, hvorefter en dommer bliver inhabil. Bestemmelsens nr. 1 - 3 omhandler de tilfælde hvor dommeren enten selv er forurettede ved en forbrydelse, har en personlig interesse i sagens udfald eller hvor dommeren er i slægtskab med en af sagens involverede parter. Bestemmelsens nr. 4 - 6 omhandler derimod de tilfælde hvor dommeren tidligere, som professionel aktør, har været involveret i sagen, herunder eksempelvis som anklager eller som forsvarer. De netop nævnte situationer som fremgår af retsplejelovens § 60, stk. 1, er stort set identiske med de inhabilitetsregler der var gældende i den første version af retsplejeloven fra 1916³¹.

²⁸ Sædvaner, Evald, Jens, At tænke juridisk, 4. udgave, Nyt juridisk Forlag A/S, 2011, side 54.

²⁹ Forholdets natur, Evald, Jens, At tænke juridisk, 4. udgave, Nyt juridisk Forlag A/S, 2011, side 60 og 61.

³⁰ Kravet om en uafhængig og upartisk domstol. Kjølbro, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – For praktikere. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, side. 548.

³¹ Retsplejeloven af 1916. Begrebet, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 73.

Retsplejelovens § 60, stk. 2 er derimod ingenlunde identisk med de inhabilitetsgrunde der er opregnet i den oprindelige version af retsplejeloven fra 1916. I 1987, blev der nemlig indført et nyt stk. 2 i retsplejelovens § 60.³² Retsplejelovens § 60, stk. 2, havde følgende ordlyd:

*“Stk. 2. Ingen må 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 efter § 925 eller § 925 a.”*³³

Det blev altså ved indførelsen af dette stykke lovbestemt, at en dommer der tidligere i sagen havde truffet afgørelse om at varetægtsfængsle alene efter retsplejelovens § 762, stk. 2 var inhabil. Det vil altså sige at havde dommeren på noget tidspunkt fængslet efter retsplejelovens § 762, stk. 1 var dommeren ikke inhabil, eftersom bestemmelsens krav om *alene* at have fængslet på § 762, stk. 2 således ikke ville være opfyldt. Var der derimod *kun* fængslet på § 762, stk. 2 var dommeren inhabil, medmindre der var tale om en tilståelsessag, da der i sådanne tilfælde allerede på forhånd, i form af den sigtedes tilståelse, var taget stilling til skyldsspørgsmålet.³⁴

Efter at Hauschildt-sagen kom for EMD den 24. maj 1989, og det efterfølgende blev fundet at Danmark krænkede EMRK art. 6, valgte Danmark på ny i 1990 at ændre retsplejelovens § 60, stk. 2.³⁵ Retsplejelovens § 60, stk. 2 fik nu følgende ordlyd:

*“Stk. 2. Ingen må deltage som dommer under domsforhandlingen i en straffesag, såfremt den pågældende, inden domsforhandling er begyndt, vedrørende det forhold, som tiltalen angår, har truffet afgørelse om at varetægtsfængsle den tiltalte efter § 762, stk. 2, eller om foretagelse af foranstaltninger som nævnt i § 754 a eller om brevåbning og brevstandsning i medfør af § 781, stk. 3. Dette gælder dog ikke, hvis sagen behandles efter § 925 eller § 925 a eller sagen i øvrigt vedrørende det forhold, der har begrundet indgreb som nævnt i 1. pkt., ikke omfatter bedømmelsen af beviserne for tiltaltes skyld.”*³⁶

Den nye ændring af retsplejelovens § 60, stk. 2 betød at såfremt en dommer havde truffet afgørelse om at den i sagen sigtede skulle varetægtsfængsles efter retsplejelovens § 762, stk. 2, ville det som udgangspunkt medfører inhabilitet. Der foreligger dog i bestemmelsens ordlyd fire “undtagelser” hertil. Det ville som det første ikke medfører inhabilitet, hvis dommeren havde fængslet efter § 762, stk. 2 i et andet forhold end

³² LFB 1987-05-19 nr 135, Betænkning over Forslag til lov om ændring af retsplejeloven, side 2, 1. spalte.

³³ LFB 1987-05-19 nr 135, Betænkning over Forslag til lov om ændring af retsplejeloven, side 2, 1. spalte.

³⁴ Inhabilitet og menneskerettighedskonventionen, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 76.

³⁵ Inhabilitet og menneskerettighedskonventionen, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 76.

³⁶ LFB 1990-05-18 nr 150, Betænkning over forslag til lov om ændring af retsplejeloven, side 11, 1. spalte.

det forhold der skulle behandles under hovedforhandlingen. Dette giver mening, da det ville være ulogisk hvis en dommer kunne erklæres inhabil under hovedforhandlingen af en sag, hvis forhold han endnu ikke havde taget stilling til. Den anden undtagelse der fremgik af bestemmelsen, vedrørte situationer hvor en dommer havde varetægtsfængslet efter § 762, stk. 2 *under* hovedforhandlingen. I sådanne tilfælde ville dommeren altså ikke blive erklæret inhabil, eftersom det af bestemmelsens ord fremgik at der kun indtrådte inhabilitet såfremt der var varetægtsfængslet efter § 762, stk. 2 *inden* hovedforhandlingen. Endnu en undtagelse der fremgik af bestemmelsens ordlyd, omhandlede tilståelsessager. Dette skyldes, som tidligere nævnt, at der under en tilståelsessag ikke skal tages stilling til skyldsspørgsmålet, hvorfor der ikke er nogen fare for at dommeren uberettiget måtte anse den tiltalte for skyldig, idet den tiltalte allerede på forhånd, har erklæret sig skyldig. Den sidste undtagelse vedrørte alle øvrige situationer der havde begrundet et indgreb som nævnt i 1. pkt., men hvor der ikke var foretaget en bedømmelse af de beviser der vedrørte den tiltaltes skyld. Det blev endvidere i lovændringen i 1990 lovfæstet at foretagelse af foranstaltninger såsom brevåbning og brevstandsning, hvis mistankekrav også skal være særligt bestyrket, skulle medføre inhabilitet.³⁷

Den væsentligste forskel mellem lovændringen i 1987 og den senere lovændring i 1990 var, at dommeren ikke længere kun blev inhabil, såfremt han *kun* havde varetægtsfængslet på § 762, stk. 2, men i stedet blev inhabil såfremt at han på noget tidspunkt i sagen varetægtsfængslede på baggrund af retsplejelovens § 762, stk. 2.³⁸

Retsplejelovens § 60, stk. 2 blev igen i år 2000 ændret. Det var en højesteretsdom fra 1996 der var baggrund for ændringen. Højesteret statuerede med dommen at også en dommers deltagelse i varetægtsfængsling, jf. retsplejelovens § 762, stk. 2, af den tiltalte under hovedforhandlingen, efter omstændighederne, kunne medføre inhabilitet. Lovændringen, ved lov nr. 428 af 31. maj 2000, bevirkede således at retsplejelovens § 60, stk. 2, blev udvidet således at deltagelse i en afgørelse om varetægtsfængsling *under* hovedforhandlingen nu også medførte inhabilitet.³⁹

Retsplejelovens § 60, stk. 2 er siden 2003 kun blevet ændret én gang og det var i 2006.⁴⁰ Denne ændring havde dog ikke betydning for selve bestemmelsens betydning.

³⁷ Inhabilitet og menneskerettighedskonventionen, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 76.

³⁸ Inhabilitet og menneskerettighedskonventionen, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 76.

³⁹ Inhabilitet og menneskerettighedskonventionen, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 76.

⁴⁰ Lov 2006-06-08 nr. 538 om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love, side 5, 1. spalte.

Retsplejelovens § 60, stk. 2 har i dag og siden 2003 i det væsentligste, med undtagelse af små ubetydelige ændringer, følgende ordlyd:

“Stk. 2. Ingen må deltage som dommer under hovedforhandlingen i en straffesag, såfremt den pågældende, vedrørende det forhold, som tiltalen angår, har truffet afgørelse om at varetægtsfængsle den tiltalte efter § 762, stk. 2, eller om brevåbning og brevstandsning i medfør af § 781, stk. 4. Dette gælder dog ikke, hvis sagen behandles efter § 831 eller sagen i øvrigt vedrørende det forhold, der har begrundet indgreb som nævnt i 1. pkt., ikke omfatter bedømmelsen af beviserne for tiltaltes skyld.”⁴¹

Bestemmelsen betyder at en dommer, den dag i dag, bliver inhabil, såfremt han på *noget tidspunkt*, i det forhold som skal vurderes under hovedforhandlingen, har varetægtsfængslet den sigtede efter retsplejelovens § 762, stk. 2. Det fremgår endvidere af bestemmelsen, at en dommer der træffer afgørelse om brevåbning og brevstandsning, jf. retsplejelovens § 781, stk. 4 også bliver inhabil, da en sådan foranstaltning, som tidligere nævnt, ligeledes kræver særlig bestyrket mistanke. Dette er altså altid tilfældet, på trods af at retsplejelovens § 781 stk. 4 ikke altid indebærer en vurdering af hvorvidt der foreligger særligt bestyrket mistanke om den i sagen sigtedes skyldsspørgsmål.⁴² Som undtagelse nævnes tilståelsessager samt de situationer som jf. bestemmelsen 1. pkt. ville medføre inhabilitet, men hvor dommeren ikke foretager en bedømmelse af beviserne vedrørende den tiltaltes skyld.

Den 31. maj 2000 blev et nyt stk. 3 indført i retsplejelovens § 60⁴³ og den har i dag følgende ordlyd:

“Stk. 3. Afgørelse under hovedforhandlingen i en straffesag om varetægtsfængsling i medfør af § 762, stk. 2, om ophævelse af varetægtsfængsling i medfør af § 762, stk. 2, jf. § 766 eller § 768, eller om brevåbning og brevstandsning i medfør af § 781, stk. 4, skal træffes af en dommer, i landsretten en afdeling, der ikke deltager i hovedforhandlingen. Det gælder dog ikke, hvis sagen behandles efter § 831 eller sagen i øvrigt vedrørende det forhold, der begrunder indgreb som nævnt i 1. pkt., ikke omfatter bedømmelsen af beviserne for tiltaltes skyld.”⁴⁴

Det følger altså af § 60 stk. 3, at afgørelser, der træffes under hovedforhandlingen, om enten varetægtsfængsling efter § 762, stk. 2, ophævelse af varetægtsfængsling efter § 762, stk. 2 eller afgørelser om brevåbning eller brevstandsning, skal træffes af en dommer, i en anden afdeling i landsretten, der ikke deltager i hovedforhandlingen. Dette er dog ikke tilfældet, såfremt der er tale om en tilståelsessag.

⁴¹ LBKG 2017-09-22 nr. 1101, retsplejelovens § 60, stk. 2.

⁴² LBKG 2017-09-22 nr. 1101, retsplejelovens § 60, stk. 2, note 389.

⁴³ Lov 2000-05-31 nr. 428 om ændring af retsplejeloven og straffeloven, side 1, 1. spalte.

⁴⁴ LBKG 2017-09-22 nr. 1101, retsplejelovens § 60, stk. 3.

Reglerne vedrørende forsvarsadvokaters adgang til aktindsigt blev i 2003 ændret, hvilket bevirkede at Retsplejelovens § 60, stk. 4 - 6 blev indført⁴⁵. Retsplejelovens § 60, stk. 4 har i dag følgende ordlyd:

*“Stk. 4. Ingen må deltage som dommer under hovedforhandlingen i en straffesag, såfremt den pågældende vedrørende det forhold, som tiltalen angår i medfør af § 746, stk. 2, har truffet afgørelse om, at materiale, som politiet efter anmodning har fremlagt over for retten, ikke er omfattet af forsvarerens adgang til aktindsigt”*⁴⁶

Ifølge retsplejelovens § 60, stk. 4, er en dommer altså inhabil under hovedforhandlingen, såfremt vedkommende vedrørende det forhold som skal behandles under hovedforhandlingen, jf. retsplejelovens § 746, stk. 2, har truffet afgørelse om, at materiale som politiet efter anmodning har fremlagt for retten, ikke er undergivet forsvarerens adgang til aktindsigt.⁴⁷

Retsplejelovens § 60, stk. 5, har i dag følgende ordlyd:

*“Stk. 5. Ingen må deltage som dommer under hovedforhandlingen i en straffesag, såfremt den pågældende vedrørende det forhold, som tiltalen angår, har truffet afgørelse om at undtage materiale fra forsvarerens og sigtedes adgang til aktindsigt i medfør af § 729 c eller har truffet anden afgørelse, hvor der har været fremlagt oplysninger, der efter § 729 c er undtaget fra forsvarerens og sigtedes adgang til aktindsigt.”*⁴⁸

Det følger af retsplejelovens § 60, stk. 5, at en dommer er inhabil under hovedforhandlingen, såfremt vedkommende vedrørende det forhold som skal behandles under hovedforhandlingen, efter retsplejelovens § 729 c, har truffet afgørelse om at materiale skal undtages fra forsvarerens og sigtedes adgang til aktindsigt, eller efter samme bestemmelse, at have truffet en anden afgørelse hvorefter fremlagte oplysninger er undtaget forsvarerens og sigtedes adgang til aktindsigt.⁴⁹

Retsplejelovens § 60, stk. 6, har i dag følgende ordlyd:

*“Stk. 6. Under hovedforhandlingen i en straffesag skal de afgørelser, som er nævnt i stk. 4 og 5, træffes af en dommer, i landsretten en afdeling, der ikke deltager i hovedforhandlingen.”*⁵⁰

⁴⁵ Dommerinhabilitet ved visse tvangsindgreb, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 81.

⁴⁶ LBKG 2017-09-22 nr. 1101, retsplejelovens § 60, stk. 4.

⁴⁷ Dommerinhabilitet ved visse tvangsindgreb, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 81.

⁴⁸ LBKG 2017-09-22 nr. 1101, retsplejelovens § 60, stk. 5.

⁴⁹ Dommerinhabilitet ved visse tvangsindgreb, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 81 og 82.

⁵⁰ LBKG 2017-09-22 nr. 1101, retsplejelovens § 60, stk. 6.

Retsplejelovens § 60, stk. 6 beskriver at de afgørelser som er nævnt i stk. 4 og 5, under hovedforhandlingen, skal træffes af en dommer i landsretten i en afdeling, der ikke deltager i hovedforhandlingen.⁵¹

Formålet med retsplejelovens § 60 stk. 4 – 6 er at den hovedforhandlende dommer ikke skal have kendskab til materiale som forsvareren ikke har kendskab til.⁵² Det er dog i forarbejderne uomtalt, hvordan der skal forholdes til spørgsmålet vedrørende dommers inhabilitet i tilfælde hvor den hovedforhandlende dommer har truffet afgørelse om, at materialet, der enten har været fremlagt, jf. retsplejelovens § 746, stk. 2 eller har været påstået omfattet af retsplejelovens § 729 c, er undergivet forsvarerens adgang til aktindsigt, men hvor afgørelsen efterfølgende bliver omgjort af landsretten, således at materialet altså ikke er undergivet forsvarerens adgang til aktindsigt. Hvis der udelukkende kigges på ordlyden i § 60, stk. 4 og 5, bliver den hovedforhandlende dommer altså ikke inhabil, da dommeren ikke har truffet afgørelse om, at materialet er undtaget af forsvarerens adgang til aktindsigt, men derimod har truffet afgørelse om det modsatte. Dette kan næppe være rimeligt, da den hovedforhandlende dommer herved har opnået kendskab til materiale som landsretten har bestemt at, forsvareren ikke kan få kendskab til. Følgen heraf må være at dommeren ved landsrettens afgørelse bliver inhabil og kan således ikke deltage i hovedforhandlingen.⁵³

Retsplejelovens § 60, stk. 7, har i dag følgende ordlyd:

“Stk. 7. Den omstændighed, at dommeren, fordi flere embedsvirksomheder er forenede i hans person, tidligere af den grund har haft med sagen at gøre, medfører ikke inhabilitet, når der ikke efter de foreliggende omstændigheder er grund til at antage, at han har nogen særegen interesse i sagens udfald.”

54

Ifølge retsplejelovens § 60, stk. 7 er en dommer som udgangspunkt ikke inhabil blot fordi han tidligere har haft med sagen at gøre, på baggrund af at flere embedsvirksomheder er forenede i hans person. Dommeren bliver altså kun inhabil såfremt der efter de foreliggende omstændigheder er grund til at antage at pågældende dommer har nogen særegen interesse i sagens udfald.⁵⁵

⁵¹ Dommerinhabilitet ved visse tvangsindgreb, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 82.

⁵² Dommerinhabilitet ved visse tvangsindgreb, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 82.

⁵³ Dommerinhabilitet ved visse tvangsindgreb, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 82.

⁵⁴ LBKG 2017-09-22 nr. 1101, retsplejelovens § 60, stk. 7.

⁵⁵ Dommerinhabilitet i øvrigt, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 82.

Endeligt findes det relevant for definitionen af habilitet at nævne retsplejelovens § 61, der har følgende ordlyd:

*“§ 61. Ingen må handle som dommer i en sag, når der i øvrigt foreligger omstændigheder, som er egnede til at rejse tvivl om dommerens fuldstændige upartiskhed.”*⁵⁶

Det følger af retsplejelovens § 61, at en dommer er inhabil såfremt der foreligger øvrige omstændigheder, end de i retsplejelovens § 60 opregnede tilfælde, der kan give grund til at betvivle dommerens fuldstændige upartiskhed. Det må på denne baggrund antages at § 61 er en opsamlingsbestemmelse og såfremt der foreligger en situation hvor der er tvivl om dommerens upartiskhed og situationen ikke kan antages at være omfattet af retsplejelovens § 60, stk. 1-7, kan dommeren blive erklæret inhabil i medfør af retsplejelovens § 61. Der er altså ikke i retsplejelovens § 61, modsat retsplejelovens § 60, opregnet konkrete situationer, hvorefter der altid indtræder inhabilitet. Retsplejelovens § 61 er derimod altid underlagt en konkret vurdering.

5.1.1 Opsamling

Det må på baggrund af de netop gennemgåede regler vedrørende dommeres inhabilitet kunne opsummeres, at såfremt en dommer ikke er omfattet af reglerne i retsplejelovens § 60 og 61 må det antages at dommeren er habil. Selvom begrebet habil ikke er den komplette modsætning af begrebet inhabil, må det antages at være forsvarligt at foretage en sådan konklusion i denne afhandling. Dette skyldes at det i dette speciale forudsættes at den eller de dommere der træffer afgørelse om varetægtsfængsling opfylder alle de øvrige kvalifikationer og kompetencer, såsom uddannelse, der skal til for at en dommer anses for at være habil, altså at dommere generelt er habile.

5.2 Upartiskhed

Når det efter EMRK skal vurderes hvorvidt en dommer er upartisk, gøres dette ved brug af to tests, hhv. den *subjektive* og den *objektive* test.⁵⁷

Den subjektive test har til formål at undersøge en dommers personlige overbevisning og interesser, med det udgangspunkt at en dommer formodes subjektivt upartisk. Det er således klagers ansvar at bevise tilstedeværelsen af omstændigheder, der begrunder mistanken om dommerens subjektive partiskhed. Det er i denne forbindelse relevant om dommeren har udvist fjendtlighed eller nag, og om dommeren har

⁵⁶ LBKG 2017-09-22 nr. 1101, retsplejelovens § 61.

⁵⁷ Generelt om upartiskhed, herunder objektive og subjektive krav. Kjølbro, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – For praktikere. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, side 548.

arrangeret sin behandling af dommen pga. personlige årsager. Det er dog oftest meget vanskeligt at bevise subjektiv partiskhed i praksis.⁵⁸

Den objektive test har til formål at undersøge hvorvidt der kan stilles garanti for at enhver tvivl om dommerens personlige overbevisning kan udelukkes. I denne forbindelse er det vigtigt om der er konkrete omstændigheder, der giver klager rimelig eller begrundet frygt for at dommeren er partisk. I den objektive test kan der opstå tvivl om upartiskhed på to måder: ved *funktionelle forhold* eller ved *personlige forhold*.⁵⁹

Funktionelle forhold skal forstås således at dommerens adfærd ikke er påvirket, men at dommeren enten udfører flere opgaver i samme sag, eller har en tilknytning til personer relateret i sagen. Fx, i en sag der føres af en fuldmægtig med tilsyn fra en udnævnt dommer, der har indflydelse på den fuldmægtiges videre karriere, vil inhabilitet hos den tilsynsførende dommer bevirke inhabilitet for den fuldmægtige. *Personlige* forhold skal forstås således, at det er dommerens adfærd der giver grund til bekymring. Fx vil det være svært at begrunde dommerens upartiskhed, hvis denne offentligt udtaler sig negativt om en part i en sag. I begge nævnte tilfælde kan klagers bekymring objektivt set siges at være begrundet, og der kan opstå bekymring om hvorvidt dommeren er forudindtaget, eller med andre ord *partisk*.⁶⁰

Når dommerens upartiskhed skal vurderes ud fra den objektive test, er det ikke tilstrækkeligt at der forefindes forhold, der ville have bevirket udskiftning af dommeren, såfremt forholdene havde været kendt inden sagens begyndelse. Det er relevant om befolkningen og i særdeleshed om klager kan have tillid til domstolene, hvorfor *opfattelsen* af dommeren tillægges værdi, dog ikke afgørende, da det essentielle er om bekymringen objektivt kan godtgøres. Dette skal ses i lyset af "*justice must not only be done, it must also be seen to be done*"⁶¹, hvorved en dommers fremtoning tillægges værdi. Yderligere tillægges det vægt, hvorvidt klager har haft anledning og mulighed for at betvivle dommerens habilitet. Såfremt klager undlader at rejse tvivl om dommerens habilitet, kan dette bevirke at der ikke er rimeligt grundlag for at betvivle dommerens upartiskhed. Dette giver imidlertid grundlag for en diskussion om hvorvidt en klager *kan* give afkald på sin ret til en uafhængig og upartisk domstol. EMD har vedrørende spørgsmålet ikke taget definitivt stilling hertil, men har udtrykt, at et eventuelt afkald på en uafhængig og upartisk domstol, skal ske på en utvetydig måde, må ikke gå imod vægtige offentlige interesser, og det er et krav at klager kender

⁵⁸ Generelt om upartiskhed, herunder objektive og subjektive krav. Kjølbro, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – For praktikere. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, side 548 og 549.

⁵⁹ Generelt om upartiskhed, herunder objektive og subjektive krav. Kjølbro, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – For praktikere. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, side 548.

⁶⁰ Generelt om upartiskhed, herunder objektive og subjektive krav. Kjølbro, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – For praktikere. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, side. 548 og 549 + 551 + 561.

⁶¹ Meznaric v. Kroatien, 15/07/05, application no. 71615/01, paragraf 32.

årsagen til dommerens partiskhed. Som eksempel kan nævnes Pfeifer og Plankl-dommen⁶² hvor klager var blevet underrettet om at to dommere var inhabile efter national ret, men havde på trods heraf accepteret dommernes deltagelse i sagen. Dommernes inhabilitet kunne derfor ikke tillægges værdi i en tvist i sagen.⁶³

En dommer kan med forudgående kendskab til sagen eventuelt erklæres partisk. Af særlig relevans for dette speciale er her tilfælde, hvor dommeren forinden rettens behandling af straffesag, har medvirket i en afgørelse om varetægtsfængsling. I disse tilfælde skildres der mellem begrundelsen for varetægtsfængslingen, hvor en begrundet mistanke ikke i sig selv er nok til at dommeren må anses for inhabil. Dette er statueret flere gange i retspraksis, eksempelvis i Sainte-Marie mod Frankrig⁶⁴, hvor to dommere varetægtsfængslede Sainte-Marie under henvisning til frygt for unddragelse, på baggrund af tiltaltes eget udsagn samt fysisk bevis, og fandtes af EMD ikke at have krænket art. 6. Derimod kan en særlig bestyrket mistanke være tilstrækkelig til at begrunde en dommers partiskhed, eftersom denne grad af mistanke ikke er væsentligt forskellig fra en stillingtagen til skyldsspørgsmålet, etableret i Hauschildt-sagen⁶⁵. Sammenlignelig med en dommers partiskhed på baggrund af henvisning til særlig bestyrket mistanke, kan en dommer erklæres partisk på baggrund af formuleringen af afgørelsen vedrørende varetægtsfængsling⁶⁶, se fx Se Karakoc m.fl. mod Tyrkiet, hvor formuleringen af en begrundelse for varetægtsfængsling lå så tæt på formuleringen af begrundelse for dom, at der fandtes krænkelser af EMRK art. 6.⁶⁷

Erklæres en dommer partisk, enten efter den subjektive eller den objektive test, må dommeren vige sit sæde, hvilket i nogle tilfælde kan resultere i at sagen må gå om. Hvorvidt en dommers partiskhed påvirker eventuelle øvrige dommere og tidligere beslutninger i en sag, bør afgøres i den konkrete sag på baggrund af omstændighederne deri.⁶⁸

5.2.1 Opsamling

Det kan derfor opsummeres, at såfremt en dommer hverken efter den subjektive eller objektive test kan erklæres upartisk, dvs. at dommeren ikke har nogle personlige overbevisninger eller interesser der kommer

⁶² Pfeifer og Plankl v. Østrig, 25/02/92, application no. 10802/84, paragraf 39.

⁶³ Generelt om upartiskhed, herunder objektive og subjektive krav. Kjølbro, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – For praktikere. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017. Side. 548-550.

⁶⁴ Sainte-Marie v. Frankrig, 16/12/92, application no. 12981/87, paragraf 33 og 34.

⁶⁵ Hauschildt v. Danmark, 24/05/89, application no. 10486/83.

⁶⁶ En dommers forudgående kendskab til sagen. Kjølbro, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – For praktikere. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017. Side. 555.

⁶⁷ Karakoc m.fl. v. Tyrkiet, 15/10/02, application no. 27692/95, 28138/95 og 28498/95, paragraf 55-60.

⁶⁸ Generelt om upartiskhed, herunder objektive og subjektive krav. Kjølbro, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – For praktikere. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, side. 550.

til udtryk i form af subjektive eller konkrete forhold, der sår tvivl om dommerens upartiskhed, og såfremt dommeren fremstår på en tillidsfuld måde, da må dommeren anses for upartisk.

5.3 Uafhængighed

Med uafhængighed menes at domstolen skal være uafhængig fra den udøvende og lovgivende magt samt sagens parter. Ved vurdering af en domstols uafhængighed lægges der vægt på måden hvorpå rettens medlemmer er udpeget. Det er dog ikke i sig selv i strid med kravet om uafhængighed at rettens medlemmer er udpeget af lovgivningsmagten, et parlament, en minister eller en præsident, så længe der ikke foreligger en instruktionsbeføjelse i dommernes udførelse af deres hverv. Yderligere lægges der vægt på dommeres funktionsperiode, samt om der forefindes beskyttelse mod udefrakommende pres såsom beskyttelse imod afskedigelse. Dette skyldes at risikoen for afskedigelse er et potent middel til at påvirke en dommers afgørelse i en sag. Der er dog ikke noget krav om at der foreligger en formel beskyttelse imod afskedigelse, så længe der er en praktisk beskyttelse, således at der ikke er nogen reel trussel om afskedigelse. Endeligt lægges der vægt på om dommeren fremtræder uafhængig, både udadtil og indadtil, hvilket betyder at dommeren skal fremtræde som uafhængig af påvirkning udenfor domstolene, men også af fx andre dommere. I Belilos-dommen var en embedsmand hos politiet udpeget til at fungere som dommer i en særlig domstol. Dommeren ville imidlertid sandsynligvis vende tilbage til sin embedsfunktion, hvorfor befolkningen ville kunne opfatte dommeren som en del af politiet og som værende loyal overfor sine overordnede, hvilket ville være i strid med kravet om uafhængighed, på trods af at embedsmanden i sit virke som dommer ville være personligt og funktionelt uafhængig. I dette tilfælde blev der lagt vægt på opfattelsen af dommeren udadtil.⁶⁹

Yderligere skal den lovgivende og den udøvende magt respektere en domstols afgørelse og ikke forsøge at intervenere denne, da dette kan være et udtryk for manglende respekt overfor domstolenes uafhængighed, og specielt i sager med regeringen som part, skabe tvivl om domstolens uafhængighed.⁷⁰

Kravet om uafhængighed udelukker ikke dommeres mulighed for at varetage andre hverv. Dog skal der i sager om dobbelt funktion tages konkret stilling i den enkelte sag.⁷¹ I Sramek-dommen⁷² fandt EMD frem til krænkelse af kravet om uafhængighed, eftersom tre af de syv dommere der deltog i sagen, var embedsmænd i en regering der var part i en sag, og regeringens repræsentant var de tre dommeres

⁶⁹ Generelt om uafhængighed. Kjølbros, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – For praktikere. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, side 562-567.

⁷⁰ Generelt om uafhængighed. Kjølbros, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – For praktikere. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, side 562-567.

⁷¹ Generelt om uafhængighed. Kjølbros, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – For praktikere. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, side 564.

⁷² Sramek v. Østrig, 22/10/84, application no. 8790/79, paragraf 41 og 42.

overordnede i deres hverv som embedsmænd. Intet taler for at de tre dommere i sagen blev påvirket af deres overordnede, men der henvises i dommen til at det er vigtigt hvordan domstolen fremstår, og på denne baggrund findes der en krænkelse af art. 6.⁷³

Kravet om uafhængighed og upartiskhed gælder også i sager hvor domstolen består delvist af ikke-juridiske dommere, navnlig nævninge, lægdommere og sagkyndige dommere. Når det skal vurderes om ikke-juridiske dommere er uafhængige lægges der igen vægt på om de er beskyttet imod afskedigelse og om de er underlagt instruktionsbeføjelser. Hvis der er tale om særligt sammensatte domstole der består af en blanding af juridiske dommere og lægdommere, og der behandles disciplinærsager, er andelen af ikke-juridiske dommere vigtig. Imidlertid vil der være stærk indikation for uafhængighed hvis der er et flertal af juridiske dommere, eller hvis juridiske dommere har den afgørende stemme.⁷⁴

At en domstol skal være uafhængig, skal ikke tolkes som om at den er frit stillet i forhold til at træffe afgørelser. Den skal holde sig til gældende ret, og er underlagt praksis fra en overordnet domstol. Det er dog i strid med uafhængighed hvis en administrativ myndighed skal lægge en vurdering til grund for sagens afgørelse eller at domstolen træffer afgørelse om skyldsspørgsmålet mens en administrativ myndighed udmåler straffen.⁷⁵

EMD har udtalt at de nationale domstole har pligt til at kontrollere at deres domstole agerer upartisk. I den forstand skal domstolen overvåge sig selv og sikre at domstolen selv er upartisk. En eventuel krænkelse heraf skal resultere i at en dommer træder ud af en sag og eventuelt at sagen går om. Det bevirker i øvrigt, at såfremt der fremkommer beskyldninger om partiskhed, der ikke umiddelbart kan afvises på baggrund af at være grundløse, da har domstolen pligt til at efterforske beskyldningerne og tage eventuelle handlinger i forbindelse hermed. Disse handlinger kan enten være at erklære en dommer inhabil og fjerne vedkommende fra sagen, men i tilfælde hvor der ikke findes tilstrækkelig grund til at fjerne eksempelvis en nævning fra sagen, at retten har pligt til at vejlede og understrege overfor nævningene hvad der må lægges vægt på under afgørelsen. Der kan dog på trods af reaktion på beskyldninger overfor nævninge, være opstået så stor tvivl om nævninges upartiskhed, at dommeren er nødt til at lade sagen gå om.⁷⁶

⁷³ Sramek v. Østrig, 22/10/84, application no. 8790/79, paragraf 41 og 42.

⁷⁴ Kravet om en uafhængig og upartisk domstol. Kjølbro, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – For praktikere. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, side 548.

⁷⁵ Generelt om uafhængighed. Kjølbro, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – For praktikere. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, side 566.

⁷⁶ Generelt om uafhængighed. Kjølbro, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – For praktikere. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, side 570.

5.3.1 Opsamling

Opsamlende kan det opsummeres, at der med uafhængighed menes at domstolen beslutninger ikke må være påvirket af ude- eller indefra kommende faktorer, fx grundet muligheden for afskedigelse, samt at domstolen ikke må være afhængig af fx administrative myndigheders medvirken i hverken afgørelse eller strafudmåling i forbindelse med en sag. Det bemærkes endvidere, med eksemplet i Sramek-dommen, hvor der kunne argumenteres for at forholdet mellem dommere og part i sagen på baggrund af en objektiv vurdering, vil give anledning til tvivl om *upartiskhed*, hvilket understreger den overlappende natur af begreberne uafhængighed og upartiskhed.

5.4 Sammenfald mellem Habilitet, Uafhængighed og Upartiskhed

På baggrund af det gennemgåede for hhv. habilitet, uafhængighed og upartiskhed, står det klart at der eksisterer et vist overlap imellem begreberne. Det skal i den forbindelse bemærkes, at sondringen mellem uafhængig og upartisk i praksis ikke altid er tydelig, end ikke for EMD, hvorfor denne ofte vælger at adresserer de to krav under ét. Yderligere bemærkes det fra Jon Fridrik Kjølbro's gennemgang⁷⁷ af begreberne, at habilitet og upartiskhed fremstår som havende en kausal sammenhæng, navnlig at en partisk dommer vil blive inhabil, samt at den egentlige skildring mellem uafhængighed og upartiskhed ikke altid fremstår tydelig. I retlig sammenhæng må de eventuelle minimale forskelle der måtte eksistere, særligt vedrørende habilitet og upartiskhed, siges at være uden betydning, i det en upartisk eller partisk dommer, i sagens natur altid som konsekvens heraf vil være habil eller inhabil. Med baggrund heri vil habilitet, upartiskhed og uafhængighed, samt inhabilitet, partiskhed og afhængighed være at betragte som sammenfaldende i det resterende af specialet.

6. Varetægtsfængsling

Det er specielt i forbindelse med varetægtsfængsling, at afvejningerne vedrørende bekæmpelse af kriminalitet og den sigtedes retssikkerhed træder frem. Fra politiet og anklagemyndighedens side, vil det kunne argumenteres at bestemte typer af kriminalitet, specielt bandekriminalitet, kan være meget vanskelig, hvis ikke det er muligt at varetægtsfængsle. På den anden side er frihedsberøvelse, i stigende grad med varighed, et alvorligt indgreb overfor den sigtede. Varetægtsfængsling i sig selv falder også i strid med fundamentale principper i straffeprocessen såsom: *“enhver skal betragtes som uskyldig, indtil at ham er dømt”*⁷⁸ og *“ingen straf før dom”*.⁷⁹

⁷⁷ Kravet om en uafhængig og upartisk domstol. Kjølbro, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettigheds Konvention – For praktikere. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017, side 548-572.

⁷⁸ Varetægtsfængsling, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 536-537.

⁷⁹ Varetægtsfængsling, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 536-537.

Det er derfor vigtigt at der er gjort grundige overvejelser inden en sigtede varetægtsfængsles for ikke at have kompromitteret retssikkerheden for denne. Derfor undersøges og uddybes de betingelser, der skal være tilstede for at kunne varetægtsfængsle efter de relevante bestemmelser, navnlig retsplejelovens § 762, stk. 1 og 2.

6.1 Retsplejelovens § 762, stk. 1 – Begrundet mistanke

Før at der kan varetægtsfængsles efter retsplejelovens § 762, stk. 1, er der et krav om at der er en *begrundet mistanke*, samt at den påsigtede lovovertrædelse er *af en vis grovhed*.⁸⁰

6.1.1 Mistankekravet

Mistankekravet er opvejet såfremt der foreligger objektive data, der taler for at den sigtede er skyldig i den forbrydelse han er tiltalt for. Styrken af beviserne imod den tiltalte skal være så stor, at sandsynligheden for at sigtede har begået forbrydelsen fremstår som større end sandsynligheden for at han er uskyldig. Yderligere siges at mistankekravet skal være større end den mistanke der kræves at for at rejse tiltale.⁸¹ Se relateret hertil U.2006.2187Ø, hvor T efter afsoningen af en tidligere dom blev løsladt og straks efter anholdt igen for at fortsætte den kriminelle handling han netop havde afsonet straf for og blev i den forbindelse varetægtsfængslet efter retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 1. Det blev af Østre Landsret fundet betænkeligt at T, skulle have fortsat sin kriminelle handling, eftersom at han var fængslet i den periode sigtelsen vedrørte, hvorfor T løsladtes.⁸²

6.1.2 Strafferammekravet

Jf. retsplejelovens § 762, stk.1, skal der for berettiget varetægtsfængsling, være tale om en lovovertrædelse der kan medføre 1 år og 6 måneders fængsel eller mere. Dette er et udtryk for hvor grov en lovovertrædelse der er skal være tale om og kan siges at udgøre et *strafferammekrav* for varetægtsfængslingen. Der er dog intet krav om at der i det konkrete tilfælde tildes en straf på 1 år og 6 måneder eller mere. Imidlertid udelukker grundlovens § 71, stk. 5, at der varetægtsfængsles for forseelser der kun kan forventes at afføde bøder.⁸³

⁸⁰ Varetægtsfængsling efter § 762, stk. 1, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 538.

⁸¹ Varetægtsfængsling efter § 762, stk. 1, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 538. Se også Mistankekravet – begrundet mistanke, Jørgen Jochimsen, Grundlovsforhøret – regler og afgørelser om anholdelse, varetægtsfængsling, isolation, erstatning mv., 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 176 og 177.

⁸² U.2006.2187Ø.

⁸³ Varetægtsfængsling efter § 762, stk. 1, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 538. Se også Varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk.1, Jørgen Jochimsen, Grundlovsforhøret – regler og afgørelser om anholdelse, varetægtsfængsling, isolation, erstatning mv., 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 158 og 159.

Såfremt betingelserne for varetægtsfængsling er opfyldt, antages det i forarbejderne samt i praksis, at der kan foretages varetægtsfængsling uanset om der kan forventes en betinget dom eller et tiltalefrafald. Det er eksempelvis tilfældet i sager om unge med vedvarende kriminalitet, der dog ofte vil sættes i surrogatfængsling.⁸⁴

Udover disse krav, der kan opsummeres til at være et krav om begrundet mistanke, et krav om strafferamme på 1 år og 6 måneders fængsling eller mere, eksisterer der yderligere et krav om specifikke grunde for varetægtsfængslingen. Der skal foreligge bestemte grunde for at varetægtsfængslingen kan gennemføres, navnlig at der skal være frygt for at den sigtede enten vil flygte, gentage kriminalitet eller ødelægge beviser.⁸⁵

6.1.3 Bestemte betingelser:

6.1.3.1 Retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 1. – Sikringsarrest

Af retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 1, fremgår:

“der efter det om sigtedes forhold oplyste er bestemte grunde til at antage, at han vil unddrage sig forfølgningen eller fuldbyrdelsen...”.⁸⁶

Bestemmelsen angår således de tilfælde hvor der er fare for at den sigtede vil unddrage sig strafforfølgning eller dennes fuldbyrdelse. I denne henseende er der belæg for en varetægtsfængsling såfremt der er en formodet varig unddragelse, ved at den sigtede forlader landet, men også ved en formodet kortere unddragelsesfare. Yderligere er det irrelevant om unddragelsesfaren eksisterer i efterforskningsperioden eller i perioden for hovedforhandlingen.⁸⁷

I vurderingen af om der er bestemt grund til at tro, at en sådan unddragelsesfare forefindes, tages den sigtedes personlige forhold i betragtning i den videste forstand. Dvs. at den sigtedes erhvervsmæssige, familiemæssige, økonomiske og bopælsmæssige forhold, skal tages i betragtning. Er disse forhold stabile, taler det imod at den sigtede vil unddrage sin strafforfølgning eller fuldbyrdelse, omvendt hvis forholdene er ustabile eller hvis der er manglende tilknytning til landet, taler det for en øget frygt for at den sigtede vil

⁸⁴ Varetægtsfængsling efter § 762, stk. 1, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 539.

⁸⁵ Varetægtsfængsling efter § 762, stk. 1, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 541. Se også Varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 1, Jørgen Jochimsen, Grundlovsforhøret – regler og afgørelser om anholdelse, varetægtsfængsling, isolation, erstatning mv., 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 215.

⁸⁶ LBKG 2017-09-22 nr. 1101, retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 1.

⁸⁷ § 762, stk. 1, nr. 1. Unddragelse af strafforfølgning, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 541 og 542. Se også Unddragelsesfare, Hans Gammeltoft Hansen, Strafferetsplejen bd. II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1989, side 134.

unddrage sin strafforfølging eller fuldbyrdelse. Med i vurderingen kan den sigtedes adfærd under sagen og eventuelle tidligere straffesager indgå.⁸⁸ Se relateret hertil U.1984.96H hvor T har siddet varetægtsfængslet i 4 år, da dommen afsiges og denne ankes. T kærer kendelsen om varetægtsfængsling, men grundet uds muglede flugtplaner samt flere berigelsesforbrydelser som T var blevet dømt for under fængslingen, fandt Højesteret at der stadig var bestemte grunde til at tro at T ville unddrage sig strafforfølging og fuldbyrdelse, samt begå nye berigelsesforbrydelser og fastholdte derfor varetægtsfængsles jf. retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 1 og 2.⁸⁹

Yderligere kan domstolen inddrage sagens alvor i deres vurdering om unddragelsesfare, dog kan dette ikke alene udgøre en bestemt grund der tillader varetægtsfængsling. Endvidere kan en varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 1 også bruges, såfremt der er en risiko for at sigtede vil begå selvmord.⁹⁰

6.1.3.2 Retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 2. – Uskadeliggørelsesarrest

Af retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 2, fremgår:

“der efter det om sigtedes forhold oplyste er bestemte grunde til at frygte, at han på fri fod vil begå ny lovovertrædelse af den foran nævnte beskaffenhed...”.⁹¹

Bestemmelsen angår således de tilfælde, hvor der er bestemt grund til at tro, at den sigtede vil begå gentagen kriminalitet. Fængslingsformen berettiget efter retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 2, kaldes også uskadeliggørelsesarrest, som anvendes fx til at bryde mønstre af seriekriminalitet, ofte mindre alvorlig kriminalitet såsom indenfor berigelses- og narkotika-området. Det kan i disse områder være svært at afslutte en efterforskning, hvis ikke den kriminelle virksomhed stoppes.⁹²

I forarbejderne fremgår det at en fare for gentagen kriminalitet findes især, hvis lovovertrædelsen sker i forbindelse med prøveløsladelse, prøveudskrivning, undvigelse eller udgang, eller imens ligeartede sager verserer imod den sigtede.⁹³ Af forarbejderne fremgår det desuden, at såfremt sigtedes personlige eller sociale forhold er meget ustabile, eller har sigtede gentagne gange været sigtet for lignende forhold, taler det også for en bestyrket frygt for at gentagen kriminalitet vil blive begået.⁹⁴ Se relateret hertil

⁸⁸ § 762, stk. 1, nr. 1. Unddragelse af strafforfølging, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 541 og 542.

⁸⁹ U.1984.96H.

⁹⁰ § 762, stk. 1, nr. 1. Unddragelse af strafforfølging, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 541 og 542.

⁹¹ LBKG 2017-09-22 nr. 1101, retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 2.

⁹² § 762, stk. 1, nr. 2. Fare for gentagelse, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 543. Se også Gentagelsesfare, Hans Gammeltoft Hansen, Strafferetsplejen bd. II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1989, side 135.

⁹³ KBET 1974 nr 728, Betænkning 1974 nr. 728 om Anholdelse og varetægt, s. 26.

⁹⁴ KBET 1974 nr 728, Betænkning 1974 nr. 728 om Anholdelse og varetægt, s. 26.

U.1983.501H, hvor T varetægtsfængsles af byretten i forbindelse med en begrundet mistanke om at T har overtrådt straffelovens § 244, stk. 2 og stk. 4. T havde gentagne gange været anholdt for overtrædelse af straffelovens § 244, både stk. 2, 3 og 4 og havde et anspændt forhold til en nabo, der bevirkede frygt for at lignende kriminalitet ville begås hvis T forblev på fri fod og endeligt blev forbrydelsen begået af T under dennes prøveløsladelse. Af disse grunde stadfæstede Højesteret varetægtsfængslingen.⁹⁵

6.1.3.3 Retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3. – Kollusionsarrest

Af retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3, fremgår:

*“der efter sagens omstændigheder er bestemte grunde til at antage, at sigtede vil vanskeliggøre forfølgningen i sagen, navnlig ved at fjerne spor eller advare eller påvirke andre.”*⁹⁶

Den sidste af de bestemte grunde for varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 1, angår således de tilfælde, hvor der er grund til at tro at sigtede vil forhindre efterforskningen, eksempelvis ved ødelæggelse af beviser⁹⁷. Derfor er kollusionsarresten ofte forbundet med isolation af arrestanten, eftersom kollusion også kan foregå ved at advare eller påvirke andre.⁹⁸ Kollusionsarresten er formentlig den mest anvendte form for varetægtsfængsling.⁹⁹

Begrebet “sagens omstændigheder” kan tolkes meget bredt, dog fremgår det af forarbejderne, at der antages stor fare for bevisødelæggelse, fx i sager vedrørende organiseret kriminalitet¹⁰⁰. I disse sager kan der være flere sigtede, hvilket er en omstændighed der kan tale for kollusionsfare, hvorfor det ikke er unormalt at en varetægtsfængsling begrundes med “medsigtede på fri fod”.¹⁰¹

En varetægtsfængsling grundet kollusionsfare kan fastholdes efter bevisførelsen, såfremt der foreligger en chance for at bevisførelsen genoptages.¹⁰² Det skal dog bemærkes, at en varetægtsfængsling skal ophøre, hvis betingelserne herfor ikke længere er opfyldt, fx hvis beviserne allerede er sikret ved beslaglæggelse

⁹⁵ U.1983.501H.

⁹⁶ LBKG 2017-09-22 nr. 1101, retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3.

⁹⁷ Kollusionsfare, Hans Gammeltoft Hansen, Strafferetsplejen bd. II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1989, side 138.

⁹⁸ § 762, stk. 1, nr. 3. Kollusionsarrest, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 546. Se også Kollusionsfare, Jørgen Jochimsen, Grundlovsforhøret – regler og afgørelser om anholdelse, varetægtsfængsling, isolation, erstatning mv., 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 229.

⁹⁹ § 762, stk. 1, nr. 3. Kollusionsarrest, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 546.

¹⁰⁰ KBET 1974 nr 728, Betænkning 1974 nr. 728 om Anholdelse og varetægt, s. 26.

¹⁰¹ § 762, stk. 1, nr. 3. Kollusionsarrest, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 547.

¹⁰² § 762, stk. 1, nr. 3. Kollusionsarrest, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 548.

eller at beviserne allerede er fremlagt.¹⁰³ Se relateret hertil U.1990.484V hvor 5 der var tiltalt for overtrædelse af lov om euforiserende stoffer blev varetægtsfængslet jf. retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3, indtil domsafsigelsen, da bevisførelsen og bedømmelsen indtil her kunne genoptages. Yderligere, se relateret hertil U.1997.35V hvor to var tiltalt for overtrædelse af bl.a. straffelovens § 191, stk. 1, 1. pkt., og § 191, stk. 2, jf. stk. 1, 1. pkt., og i den forbindelse havde siddet varetægtsfængslet i 7 måneder. Varetægtsfængslingen var én gang forlænget af hensyn til efterforskningen, da der var frygt for at de tiltalte ville påvirke vidner i sagen. Yderligere forlængelse af varetægtsfængslingen blev afvist af Vestre Landsret da bevisførelsen måtte anses for afsluttet.¹⁰⁴

Når der vurderes varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3, skal det medtages, at en sigtede ikke har pligt til at hjælpe med opklaring af sagen. Den sigtedes nægtelse af skyld eller udtalelse kan derfor ikke alene berettige varetægtsfængsling. Dog vil det modsatte tilfælde, hvor den sigtedes tilståelse en forbrydelse, som regel udelukke grund til frygt for kollusionsfare, dels fordi politiet og retten normalt ikke behøver flere beviser, dels fordi den sigtede med sin tilståelse til dels har vist, at han ikke ønsker at ødelægge beviser.¹⁰⁵

Spørgsmålet om hvorvidt der er berettiget frygt for kollusion kan opdeles i tre spørgsmål.¹⁰⁶

1. Er der mulighed for at udøve kollusion?
2. Er der vilje til at udøve kollusion?
3. Kan en kollusion ændre strafforfølgningens udfald?

Til det første spørgsmål må retten vurdere sigtedes egentlige mulighed for at udøve kollusion. Her er det især vigtigt om beviser allerede i form af skriftlig eller tekniske beviser, er fastlagt i en sådan grad, at den sigtedes praktisk set ikke kan udøve kollusion. Derfor vil der i tilfælde hvor der foreligger en tilståelse kun under specielle omstændigheder være belæg for en kollusionsarrest. Endvidere, vil sigtedes mulighed for kollusion mindskes, i takt med at en efterforskning sikrer flere og flere beviser.¹⁰⁷ Se relateret hertil U.1990.253H, hvor tiltalte i en sag var varetægtsfængslet i et fængsel uden at være i isolation og derfor havde mulighed for kontakt med hinanden. Dertil havde en af de tiltalte i øvrigt haft jævnlige

¹⁰³ § 762, stk. 1, nr. 3. Kollusionsarrest, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 547 og 548.

¹⁰⁴ U.1997.35V.

¹⁰⁵ § 762, stk. 1, nr. 3. Kollusionsarrest, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 547.

¹⁰⁶ § 762, stk. 1, nr. 3. Kollusionsarrest, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 549.

¹⁰⁷ § 762, stk. 1, nr. 3. Kollusionsarrest, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 549 og 550.

ukontrollerede besøg samt mulighed for kontakt med et vidne i sagen. Højesteret fandt derfor at betingelserne for varetægtsfængsling jf. retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3, ikke længere ansås for overholdt, antageligvis fordi de tiltalte i sagen, havde haft rig mulighed for at påvirke bevisførelsen allerede, hvorfor muligheden for at modvirke dette ved varetægtsfængsling jf. retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3, var forspildt.¹⁰⁸

Det andet spørgsmål er i praksis meget svært at besvare. Imidlertid kan forhold såsom sigtedes tidligere forsøg på kollusion i tidligere sager eller andre konkrete forhold, tale for eller imod intentionen om at udøve kollusion. Dog ender det tit med at retten lægger spørgsmålet sammen med muligheden for at udøve kollusion. Såfremt at den forurettede er sigtedes ægtefælle eller samlever, vil der formentlig være tilbøjelighed til at antage risiko for kollusion, i højere grad end hvis sigtede og forurettede ikke var bekendte. Dog er etablering af et falsk alibi en måde at udøve kollusion på, der ikke afhænger af forholdet mellem sigtede og forurettede.¹⁰⁹

Det tredje og sidste spørgsmål, er ligesom det andet spørgsmål ofte meget svært at besvare. Det er imidlertid vigtigt at spørgsmål 1 og 2, er besvaret før der er tale om mulighed for kollusionsarrest, dog kan det argumenteres at enhver lille komplikation af efterforskningen, ikke nødvendigvis i sig selv berettiger kollusionsarrest. Problemet bliver dog, at det for en domstol ofte er meget vanskeligt, tidligt at vurdere omfanget af en eventuel komplikation, for sagens endelige udfald, eftersom domstolen naturligvis ikke har det fulde bevismateriale endnu. Det kan derfor ikke forventes mere af domstolene end en begrundet formodning for mulighed og vilje til kollusion.¹¹⁰

Sidst bør nævnes at der med formuleringen “advare” i retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3, ifølge forarbejderne, er indlagt hjemmel til at varetægtsfængsle en sigtede, såfremt at der er grund til at frygte, at han ville kunne advare medskyldige der stadig er på fri fod, og hvis ikke at han tilbageholdes, vil modvirke efterforskningen af disse. Dette er især af hensyn til efterforskningen af bandekriminalitet.¹¹¹ Det er hævdet, at såfremt der skal varetægtsfængsles pga. hensyn til en sag anden end ens egen, at der i så fald må stilles skarpere krav til sagens karakter. Sådanne skærpede krav stilles dog ikke i forarbejderne og følges heller ikke i praksis.¹¹²

¹⁰⁸ U.1990.253H.

¹⁰⁹ § 762, stk. 1, nr. 3. Kollusionsarrest, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 550.

¹¹⁰ § 762, stk. 1, nr. 3. Kollusionsarrest, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 550 og 551.

¹¹¹ Betænkning 1974 nr. 728 om Anholdelse og varetægt, s. 26 og s. 73.

¹¹² § 762, stk. 1, nr. 3. Kollusionsarrest, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 552.

6.2 Retsplejelovens § 762, stk. 2 – Særligt bestyrket mistanke

Det følger af retsplejelovens § 762, stk. 2, at det er et krav, for at varetægtsfængsle efter denne bestemmelse, at der foreligger *særlig bestyrket mistanke*. Dette skyldes at formålet med at varetægtsfængsle efter denne bestemmelse er, at tilfredsstille borgernes retsfølelse, hvorfor bestemmelsen kun bør anvendes når det er absolut nødvendigt. For at retfærdiggøre denne form for varetægtsfængsling, er det bestemt at beviserne for at den sigtede har begået den omhandlede forbrydelse skal ligge tæt op ad de krav, der er påkrævet for at der kan ske domsfældelse.¹¹³

6.2.1 Mistankekravet

Det er svært at sige hvorledes det skærpede mistankekrav i praksis anvendes af domstolene. Visse forsvarsadvokater hævder at der i praksis ikke er den store forskel på mistankekravet efter retsplejelovens § 762 stk. 1 og retsplejelovens § 762, stk. 2.¹¹⁴ Byretsdommer Hvam har om anvendelsen af retsplejelovens § 762, stk. 2 udtrykt, at der skal være: *“...en meget solidt underbygget sigtelse”*¹¹⁵, og landsdommer Rørdam har udtrykt at det efter dommerens vurdering bør gælde at sigtede *“... efter al sandsynlighed bliver dømt”*.¹¹⁶ I forbindelse med Hauschildt-sagen forsøgte den danske regering at forklare mistankekravet – særlig bestyrket mistanke – overfor EMD og her forklarede man det som en *“...meget høj grad af sikkerhed for den sigtedes skyld”*¹¹⁷. Der kan dog, særligt på de tidlige stadier, peges på konkrete forhold der kan gøre det utrolig vanskeligt for domstolene at vurdere styrken af anklagemyndighedens sigtelse. Dette skyldes dels at grundlovsforhøret ligger på så tidligt et tidspunkt i efterforskningen, at anklagemyndigheden og politiet kun har få timer til at afhøre den sigtede samt indsamle bevismateriale mod den pågældende.¹¹⁸

¹¹³ Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 554. Se også Mistankens styrke, Hans Gammeltoft Hansen, Strafferetsplejen bd. II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1989, side 132.

¹¹⁴ Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 555. Se også Mistankekravet ved varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 2, Jørgen Jochimsen, Grundlovsforhøret – regler og afgørelser om anholdelse, varetægtsfængsling, isolation, erstatning mv., 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 206.

¹¹⁵ Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 555.

¹¹⁶ Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 555.

¹¹⁷ Oversat fra: Hauschildt v. Danmark, 24/05/89, application no. 10486/83, paragraf 35.

¹¹⁸ Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 555.

Yderligere må retshåndhævelsesarrest ses i sammenhæng med de øvrige bestemmelser om varetægtsfængsling, forstået på den måde at des løser de øvrige varetægtsfængslingsbestemmelser er formuleret des sjældnere vil der være behov for at benytte bestemmelsen om retshåndhævelsesarrest.¹¹⁹

Der blev i 1978 foretaget en stramning af retsplejelovens § 762, stk. 1. Stramningen har bevirket at der nu skal foreligge bestemte grunde til støtte for en påstand om risiko for flugt, gentagelse eller bevisødelæggelse før der kan ske varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 1 - 3 jf. afsnit: 6.1.3 Bestemte betingelser. Som konsekvens af stramningen steg behovet for anvendelse af retshåndhævelsesarrest, hvorfor der i årene efter 1978 skete en betydelig stigning i anvendelsen af denne bestemmelse. Tendensen ændrede sig dog igen efter Hauschildt-sagen, eftersom en dommer nu blev erklæret inhabil under hovedforhandlingen, såfremt han havde truffet afgørelse om at varetægtsfængsle den sigtede efter retsplejelovens § 762, stk. 2.¹²⁰

På baggrund af reglernes ubestemthed, den omstændighed, at beslutningen om at den første varetægtsfængsling skal ske på et meget tidligt et tidspunkt i efterforskningen samt sagernes forskellighed, bevirker at det som dommer må være vanskeligt at opretholde en klar skillelinje mellem de sager hvor der foreligger særligt bestyrket mistanke (retsplejelovens § 762, stk. 2) og de sager der kun kræver at mistankekravet er begrundet (retsplejelovens § 762, stk. 1).¹²¹ Som et eksempel fra praksis kan nævnes den såkaldte Plejebosag.¹²² Byretten nåede i deres afgørelse frem til at der ikke var tale om særlig bestyrket mistanke, mens at Landsretten kom frem til, ud fra samme grundlag, at der var tale om særlig bestyrket mistanke for så vidt angik seks af sagens forhold. Efter få måneders yderligere efterforskningen kommer Højesteret frem til at der ikke var særlig bestyrket mistanke. Det formodes i nogle litterære værker at mange dommere nøjes med at konstatere om betingelserne efter retsplejelovens § 762 stk. 1 er opfyldt.¹²³

¹¹⁹ Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 555.

¹²⁰ Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 555.

¹²¹ Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 555 og 556.

¹²² U.1998.291H.

¹²³ Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 556.

6.2.2 Retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1. – Strafferammekravet og retshåndhævelseskravet

Udover kravet om at der skal foreligge særlig bestyrket mistanke om at den sigtede har begået den omhandlende forbrydelse, stilles der også krav til forholdets grovhed samt hensynet til retshåndhævelsen¹²⁴, hvilket fremgår af retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1:

“en lovovertrædelse, som er undergivet offentlig påtale, og som efter loven kan medføre fængsel i 6 år eller derover, og hensynet til retshåndhævelsen efter oplysningerne om forholdets grovhed skønnes at kræve, at sigtede ikke er på fri fod...”.¹²⁵

Dette skal forstås på den måde at såfremt der ikke varetægtsfængsles vil det krænke borgernes retsfølelse¹²⁶, hvorfor varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 2 også kaldes *retshåndhævelsesarrest*.¹²⁷

For at anvende retshåndhævelsesarrest jf. retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1, skal der også være tale om en forbrydelse, som efter loven, kan medføre fængsel i 6 år eller derover.¹²⁸ Dette vil altså sige at de grovere berigelsesforbrydelser er omfattet. Det kan ud fra praksis konstateres at der både kan tages hensyn til forhøjet strafferamme pga. skærpende omstændigheder, men også mindre strafferamme pga. hensyn til formidlende omstændigheder.¹²⁹ Se relateret hertil U.1979.118H, hvor en overlæge der var sigtet for medlidenhedsdrab ikke kunne varetægtsfængsles i medfør af retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1., idet betingelserne ikke fandtes at være til stede samt U.1992.877H, hvor en 18-årig mand der havde dræbt sin bror, efter at broren gennem flere år havde terroriseret familien, blev løsladt.

Der skal ved varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1, ikke foretages en vurdering af den forventede strafs længde, såfremt tiltalte dømmes, hvilket der skal ved varetægtsfængsling efter

¹²⁴ Hensynet til retshåndhævelsen, Jørgen Jochimsen, Grundlovsforhøret – regler og afgørelser om anholdelse, varetægtsfængsling, isolation, erstatning mv., 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 235. Se også Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 552 og 553.

¹²⁵ LBKG 2017-09-22 nr. 1101, retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1.

¹²⁶ Hensynet til retshåndhævelsen, Jørgen Jochimsen, Grundlovsforhøret – regler og afgørelser om anholdelse, varetægtsfængsling, isolation, erstatning mv., 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 235.

¹²⁷ Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 552 og 553.

¹²⁸ § 762 stk. 2 nr. 1., Hans Gammeltoft Hansen, Strafferetsplejen bd. II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1989, side 141.

¹²⁹ Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, nr. 1, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 559.

retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 2. Imidlertid er der i retspraksis etableret en minimumsgrænse for den forventede straf, på 1 års ubetinget fængsel.¹³⁰

Borgerens retsfølelse er et begreb der kan være vanskeligt at forholde sig til. Hvordan skal man som dommer vurdere dette? Må man som dommer vurdere det ud fra egen retsfølelse eller skal der forsøges at foretages en objektiv vurdering af offentlighedens retsfølelse? I praksis lader det til at kravet om forholdets grovhed har betydning i forhold til vurdering af dette krav.¹³¹ I årene før 1992 synes der i praksis ikke at blive foretaget nogen adskilt bedømmelse af de to krav, jf. eksempelvis U.1979.118H. I denne sag blev en påstand om fængsling afslået og det kan ikke ud fra begrundelsen ses om dette skyldes, at forholdet ikke var groft nok, eller om det skyldes, at det ikke ansås for fornødent af hensyn til borgernes retsfølelse.¹³² Indtil Letellier-dommen i 1991¹³³, synes domstolene at nøjes med at konstatere om mistankekravet og kravet til forholdet grovhed var opfyldt. EMD udtalte i forbindelse med Letellier-dommen, at det ikke var tilstrækkeligt at konstatere, at der var tale om en alvorlig forbrydelse. For at kunne anvende retshåndhævelsesarrest skulle der kunne påvises konkrete forhold, der begrundede, at en løsladelse af netop denne sigtede ville krænke den almindelige borgers retsfølelse. Frankrig blev dømt, eftersom den fængslende domstol i Frankrig kun havde præsteret at anlægge en abstrakt vurdering med henvisning til sagens alvor, på trods af at det ikke fremgik af dommen hvilke konkrete forhold EMD påtænkte.¹³⁴

6.2.3 Retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 2. – Særlige tilfælde og dertilhørende strafferammekrav

Det fremgår af retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 2:

*“en overtrædelse af straffelovens § 119, stk. 1, § 123, § 134 a, § 192 a, stk. 2, § 218, § 222, § 225, jf. § 216, stk. 2, § 218 eller § 222, § 235, stk. 1, §§ 244-246, § 250 eller § 252 eller en overtrædelse af straffelovens § 232 over for et barn under 15 år, såfremt lovovertrædelsen efter oplysningerne om forholdets grovhed kan ventes at ville medføre en ubetinget dom på fængsel i mindst 60 dage og hensynet til retshåndhævelsen skønnes at kræve, at sigtede ikke er på fri fod.”*¹³⁵

¹³⁰ Kriminalitetskravet i retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1, Jørgen Jochimsen, Grundlovsforhøret – regler og afgørelser om anholdelse, varetægtsfængsling, isolation, erstatning mv., 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 160 og 241.

¹³¹ Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 556.

¹³² U.1979.118H.

¹³³ Letellier v. Frankrig, 26/06/91, application no. 12369/86.

¹³⁴ Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 556 og 557.

¹³⁵ LBKG 2017-09-22 nr. 1101, retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 2.

Bestemmelsen opregner altså nogle bestemmelser fra straffeloven og det er kun såfremt der er tale om en sigtelse for overtrædelse af en eller flere af disse bestemmelser at fængsling efter denne bestemmelse kan finde sted.¹³⁶ Det fremgår af forarbejderne at baggrunden herfor er, at bestemmelsen skal anvendes ved de groveste tilfælde af den såkaldte meningsløse gadevold, dvs. overfald mod sagesløse personer som gerningsmanden ikke har noget forudgående kendskab til samt særligt udsatte persongrupper, såsom politifolk og taxachauffører.¹³⁷

Yderligere gælder et krav om at varigheden af den forventede straf, hvis den sigtede findes skyldig. For at varetægtsfængslingen kan finde sted efter retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 2, skal den forventede dom være mindst 60 dages ubetinget fængsel.¹³⁸

Herudover gælder også de øvrige krav som gælder for § 762, stk. 2, nr. 1. Det vil altså sige at der skal foreligge særlig bestyrket mistanke, samt at hensynet til retshåndhævelsen skønnes at kræve at den i sagen påsigtede ikke er på fri fod.¹³⁹

6.3 Retsplejelovens § 762, stk. 3. – Minimumskrav og proportionalitetskravet

Gældende for både retsplejelovens § 762, stk. 1 og stk. 2, er et minimumskrav og et proportionalitetskrav, i kraft af retsplejelovens § 762, stk. 3. Heraf fremgår:

*“Varetægtsfængsling kan ikke anvendes, hvis lovovertrædelsen kan ventes at ville medføre straf af bøde eller fængsel i højst 30 dage, eller hvis frihedsberøvelsen vil stå i misforhold til den herved forvoldte forstyrrelse af sigtedes forhold, sagens betydning og den retsfølge, som kan ventes, hvis sigtede findes skyldig.”*¹⁴⁰

Bestemmelsen fastsætter således at varetægtsfængsling ikke kan finde sted i de tilfælde hvor der kun kan forventes bøde, eller fængsel i op til 30 dage.¹⁴¹ Endvidere må varetægtsfængslingen ikke stå i misforhold til den forvoldte forstyrrelse af sigtedes forhold, sagens betydning og den retsfølge, som kan forventes, hvis

¹³⁶ Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, nr. 2, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 562. Se også Kriminalitetskravet i retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 2, Jørgen Jochimsen, Grundlovsforhøret – regler og afgørelser om anholdelse, varetægtsfængsling, isolation, erstatning mv., 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 160.

¹³⁷ Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, nr. 2, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 562. Se også § 762 stk. 2, nr. 2, Hans Gammeltoft Hansen, Strafferetsplejen bd. II, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1989, side 143.

¹³⁸ Kriminalitetskravet i retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 2, Jørgen Jochimsen, Grundlovsforhøret – regler og afgørelser om anholdelse, varetægtsfængsling, isolation, erstatning mv., 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 160.

¹³⁹ Retshåndhævelsesarrest efter § 762, stk. 2, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 562.

¹⁴⁰ LBKG 2017-09-22 nr. 1101, retsplejelovens § 762, stk. 3.

¹⁴¹ Varetægtsfængsling efter § 762, stk. 1, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 538 og 539.

sigtede findes skyldig.¹⁴² Eksempelvis blev en kvindelig indbrudstyv, der tidligere var dømt 6 gange for berigelseskriminalitet, løsladt, eftersom hun havde en nærtstående cancer operation.¹⁴³

6.4 Opsamling

I det ovenfor gennemgåede fremgår at der er betydelig forskel på retsplejelovens § 762, stk. 1 og 2. § 762, stk. 1, finder anvendelse der hvor der findes *begrundet* mistanke for forhold der kan medføre en straf i form af 1 år og 6 måneders fængsel og hvor der desuden er *bestemte grunde* til at antage at tiltalte vil unddrage sin straf, udøve gentagen kriminalitet eller udøve kollusion. Derimod finder § 762, stk. 2 anvendelse, der hvor der er *særlig bestyrket mistanke* om at den tiltalte har begået kriminalitet, der kan medføre en straf på 6 år eller mere, og i det konkrete tilfælde vurderes at ville få mindst 1 års ubetinget fængsel, hvis tiltalte findes skyldig, eller hvor tiltalte har begået forhold der er omfattet af bestemmelserne listet i § 762, stk. 2, nr. 2, og der forventes en dom på mindst 60 dages ubetinget fængsel, såfremt tiltalte findes skyldig. I begge tilfælde skal retshåndhævelsen kræve at den tiltalte varetægtsfængsles.

Hvor forskellige og faste i deres anvendelse disse bestemmelser end synes, adskilles mistankekravet i bestemmelserne med formuleringerne *begrundet* og *særlig bestyrket*, der udelukkende adskilles af et styrkekrav, hvorfor forskellen mellem stk. 1 og stk. 2, hvad angår dette krav, i høj grad beror på en subjektiv vurdering af bevisernes styrke. Dette fremgår i øvrigt af forarbejderne¹⁴⁴, hvor der gøres klart at der med formuleringerne *begrundet* og *særlig bestyrket* er tænkt et fingerpeg i form af adskillelse af styrken af mistanke, men adskillelsen er endeligt dommerens skøn.

7. Analyse af habilitetsspørgsmålet

I det følgende vil faglitteraturens synspunkter blive analyseret i relation til spørgsmålet om, hvorvidt der bør indføres en mere generel regel om inhabilitet i forbindelse med varetægtsfængsling.

I denne analyse vil det forsøges afklaret hvilke hensyn der er at tage til en øget inhabilitet, i det hele taget. Denne analyse vil blive baseret på faglitteratur vedrørende EMRK praksis på området, samt den identificerede nationale faglitteratur og praksis der berør emnet.

Yderligere vil der analyseres faglitteraturens holdninger til spørgsmålet om inhabilitet i forbindelse med varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 1 direkte. Endvidere, analyseres den historiske

¹⁴² Varetægtsfængsling efter § 762, stk. 1, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 539.

¹⁴³ Varetægtsfængsling efter § 762, stk. 1, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 540.

¹⁴⁴ KBET 1974 nr 728, Betænkning 1974 nr. 728 om Anholdelse og varetægt, side 21.

udvikling af brugen af retsplejelovens § 762, stk. 1 og 2, før og efter Hauschildt-sagen, samt dennes betydning for inhabilitet i forbindelse med varetægtsfængsling i det hele taget.

Endeligt, analyseres faglitteraturens holdninger til den skildring der foreligger af mistankekravet i retsplejelovens § 762, stk. 1 og 2 i praksis, hvorefter der vil foretages domsanalyser, der inddrages i analysen heraf.

7.1 Hensyn i forbindelse med vurdering af inhabilitet

7.1.1 Hensyn udledt af litteraturen

I faglitteraturen fremhæves der forskellige holdninger til hvad der bør indgå som hensyn i en sag, når der tages stilling til spørgsmål om inhabilitet.

Eva Smith nævner, at beslutningen vedrørende inhabilitet suverænt er rettens afgørelse, men at denne afgørelse imidlertid skal foretages på baggrund af en saglig objektiv vurdering, hvor parternes argumentation naturligvis indgår som moment. Yderligere skal den endelige afgørelse i sagen kunne fremstå som rimelig og forståelig for den almene borger.¹⁴⁵

Claus Rasmussen fremhæver, at der er et hensyn at tage til sagsbehandlingstiden og kompleksiteten af sagsbehandlingen, eftersom dette i stigende grad bliver mere og mere vigtigt. Disse hensyn kan kompromitteres af de stigende inhabilitetskrav, og det ville være uheldigt hvis dette blev tilfældet, udelukkende for at overholde det gamle engelske dogme: *“Justice must not only be done; it must also undoubtedly and manifestly be seen to be done.”*¹⁴⁶, da det i sig selv ikke har nogen værdi (Claus Rasmussens formulering).¹⁴⁷ Dette syn støttes til dels af EMD, idet der i sagen Padovani mod Italien¹⁴⁸ blev argumenteret for, at der er et hensyn at tage til at træffe en afgørelse indenfor rimelig tid, og dommerinhabilitet i sagen ville have sænket domstolens arbejde.¹⁴⁹ Claus Rasmussen, nævner endvidere, at der er et hensyn at tage til at inhabilitetskravene er etableret i sagens parterers interesse, og derfor såfremt parterne i sagen ikke frygter at dommeren er partisk, bør retssagen kunne gennemføres uden at dommeren skal vige sit sæde.¹⁵⁰

Jens Smedegaard Andersen, udfordrer Claus Rasmussens holdninger, da han mener at det engelske dogme, er dommerens vigtigste værktøj i hans daglige virke som dommer. Hermed mener han, at der bør lægges

¹⁴⁵ U.1998B.375, Smith, Eva, Habilitetshysteriet, side 1, 2. spalte.

¹⁴⁶ FM 1993.4/2, Rasmussen, Claus, Er man inhabil, hvis parterne ikke mener det?, side 1, 1. spalte.

¹⁴⁷ FM 1993.4/2, Rasmussen, Claus, Er man inhabil, hvis parterne ikke mener det?, side 1, 1. spalte.

¹⁴⁸ Padovani v. Italien, 26/02/93, application no. 13396/87.

¹⁴⁹ U.2002B.123, Ellehauge, Michael, Dommerhabilitet efter den europæiske menneskeretskonvention. En oversigt, side 2, 1. spalte.

¹⁵⁰ FM 1993.4/2, Rasmussen, Claus, Er man inhabil, hvis parterne ikke mener det?, side 1, 1. spalte.

mere vægt på hvordan borgerne opfatter domstolenes habilitet, i forhold til dommernes egen gode samvittighed vedrørende deres egen evne til at træffe "rigtige" beslutninger og at dette hensyn derfor ikke kan overses.¹⁵¹

7.1.1.1 Ressourcehensyn

I forarbejderne til ændringen af retsplejelovens § 60, stk. 2, fremgår der et hensyn til ressourcer for ikke at udvide muligheden for inhabilitet.¹⁵² Det fremgår ikke tydeligt om der her også tænkes på inhabilitet ved varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 1, men dette kan ikke afvises, henset til Bjørn Elmquists besvarelse af Henning Elmarks indlæg vedrørende varetægtsfængsling. I dette svar beskriver han, at han som involveret retsordfører i folketinget stillede spørgsmålstegn ved, hvorfor en afgørelse efter retsplejelovens § 762, stk. 1, ikke også var omfattet af inhabilitetsreglen, hvortil svaret var at retskredsene var for små og med så få dommere, at en så udvidet inhabilitetsregel ville være for vidtgående.¹⁵³ Det må antages at baggrunden for dette synspunkt var et hensyn til ressourcer.

De eventuelle hensyn der har været til ressourcer i forbindelsen med udarbejdelsen af inhabilitetsreglerne, synes ifølge Eva Smith m.fl., ikke længere at være relevante. Det skyldes at der ved retskredsomlægningen ved politi- og domstolsreformen, blev opnormeret antallet af dommere i hver retskreds, hvorved det blev nemmere at flytte sager imellem dommere.¹⁵⁴ Derfor vil ressourcebetragtninger i forbindelse med sætterdommere ikke på samme måde være et problem i dag, som det var ved udarbejdelsen af lovforslaget, og dette kan derfor ikke længere bruges som argumentation imod inhabilitet ved henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 1.

Foruden ressourcebetragtninger i forbindelse med varetægtsfængsling, jf. retsplejelovens § 762, stk. 1, forefindes der også ressourcebetragtninger vedrørende den generelle inhabilitets udvikling der skete efter Hauschildt-sagen. I den forbindelse nævnes at Danmarks krænkelse af EMRK art. 6, i Hauschildt-sagen, har bevirket et øget fokus på dommerinhabilitet, der er endt med at gå langt udover hvad EMRK art. 6 kræver.¹⁵⁵ Dette ses bl.a. i afgørelser afsagt af både byretterne og landsretterne, som går udover den

¹⁵¹ FM 1993.75/1, Smedegaard Andersen, Jens, Inhabilitet – en kommentar til fuldmægtigen 1/93, side 4, side 1, 1. spalte.

¹⁵² LFB 1990-05-18 nr 150, Betænkning over forslag til lov om ændring af retsplejeloven, side 8, 2. spalte.

¹⁵³ http://www.retspolitik.dk/varetaegtsfaengsling-dommeres-habilitet/?fbclid=IwAR3hXks_xyHV8UZLEHy552o9FZe2sHkdNkljefMqTISi1sFTyJC60aY2Ic8, besøgt senest d. 28.10.2018, se Henning Elmarks indlæg og Bjørn Elmquist svar, "Varetægtsfængsling" side 2.

¹⁵⁴ Dommerinhabilitet ved visse tvangsindgreb, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 80.

¹⁵⁵ U.1998B.375, Smith, Eva, Habilitetshysteriet, side 5, 2. spalte.

praksis der blev etableret af EMD.¹⁵⁶ Det bør derfor holdes for øje, at man undgår “hysteriske overreaktioner” vedrørende etablering af inhabilitetspraksis, da dette kan lede til en u hensigtsmæssig øget brug af domstolenes ressourcer.¹⁵⁷

7.1.2 Habilitet ifølge Menneskerettighedskonventionen

Alle de netop gennemgåede hensyn i forbindelse med habilitetsspørgsmålet, giver det indtryk at der alt efter forfatterens overbevisning og værdier, fremhæves forskellige hensyn. Dette giver imidlertid et noget ukonkret billede i forhold til at afveje hvilke af disse hensyn der måtte anses for vigtigst i diskussionen om dommeres habilitet. Dette synes også umiddelbart at være tilfældet, hvis der ses på EMRK praksis. Det fremgår af Michael Ellehauges artikel vedrørende dommerhabilitet efter EMRK¹⁵⁸, at en gennemgang af konventionspraksis efterlader én med det indtryk, at praksis på området stadig er under udvikling. Yderligere fremgår det svært at se en klar linje i konventionspraksis vedrørende dommeres inhabilitet. Også den forhenværende EMD-dommer Van Dijk, mener at den etablerede konventionspraksis fremstår ’kasuistisk’ eller med andre ord “baseret på tilfælde”. I denne henseende mener Van Dijk, at der af EMD burde etableres nogle *klare* principper. Michael Ellehauge mener efter en gennemgang af konventionspraksis, at denne påstand er berettiget.¹⁵⁹ Det fremgår endvidere, at EMD-dommere ofte er uenige om hvilken vægt der skal lægges på, at en klager har mistillid til dommeren i den konkrete sag. Dette kommer til udtryk ved at der i mange af EMD’s domme er dommerdissens.¹⁶⁰ Det bør dog i denne sammenhæng nævnes, at der jf. afsnit: 5.2 Upartiskhed, foruden den objektive test, foreligger en subjektiv test af dommerens inhabilitet, hvor bevisbyrden tilfalder klageren, og at denne bevisbyrde er meget svær at løfte. Denne test har også indflydelse på bedømmelsen af dommerens inhabilitet i den konkrete sag og det synes derfor rimeligt, at klagerens holdning til dommerens inhabilitet tillægges nogen, dog ikke afgørende, værdi.

7.1.3 Opsamling

På baggrund af det her gennemgåede, synes der i høj grad at være mange forskellige hensyn at tage i diskussionen vedrørende habilitetsspørgsmålet. Hensynene er for så vidt alle sammen relevante at tage i betragtning, men det fremstår som om at det er forfatterens egne værdier og holdninger der er styrende

¹⁵⁶ U.2002B.123, Ellehauge, Michael, Dommerhabilitet efter den europæiske menneskeretskonvention. En oversigt, side 4, 1. spalte.

¹⁵⁷ FM 1992.117, Bisgård, Otto, Hvor inhabil kan man være?, side 4, 1. spalte.

¹⁵⁸ U.2002B.123, Ellehauge, Michael, Dommerhabilitet efter den europæiske menneskeretskonvention. En oversigt.

¹⁵⁹ U.2002B.123, Ellehauge, Michael, Dommerhabilitet efter den europæiske menneskeretskonvention. En oversigt, side 1, 1. spalte.

¹⁶⁰ U.2002B.123, Ellehauge, Michael, Dommerhabilitet efter den europæiske menneskeretskonvention. En oversigt, side 1, 2. spalte.

for hvilke hensyn de vælger at fremhæve, samt hvilken vægt de tillægger de forskellige hensyn. Det virker derfor svært objektivt at vurdere hvilke hensyn der skal vægtes hvor meget, i diskussionen vedrørende habilitetsspørgsmålet. Det er imidlertid klart at nogle af hensynene står i konflikt med hinanden og derfor vil der altid skulle afvejes og gås på kompromis, i en afgørelse om hvordan habilitetsspørgsmålet besvares, eksempelvis står hensynet til den tiltaltes retssikkerhed imod et hensyn til ressourcer og vice versa.

7.2 Omgåelse af retsplejelovens § 762, stk. 2

Preben Wilhjem har med sin undersøgelse "Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85"¹⁶¹ foretaget en empiriske undersøgelse vedrørende, bl.a., begrundelsen for varetægtsfængsling og dermed fordeling af anvendelsen af retsplejelovens § 762, stk. 1 og 2, i årene 1976-85. I sin undersøgelse indhentede Wilhjem omtrent 2.800 skemaer vedrørende sager behandlet af 242 forsvarsadvokater¹⁶², samt omtrent 2.000 sager fra retsarkiverne¹⁶³. Af alle disse indsamlede skemaer og sager, fremgik information vedrørende omtrent 4.800 sager, hvoraf omtrent 1.650 sager involverede varetægtsfængsling.¹⁶⁴

Wilhelms analyse fandt, at der efter de skærpede krav til varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 1 i forbindelse med 1978-reformen, ikke skete den begrænsning af varetægtsfængslinger der var hensigten. Der skete kun et fald i antallet af varetægtsfængslinger på omkring 10 %¹⁶⁵, men samtidigt en stigning i varetægtsfængsling med henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 2. Denne stigning ses i og med, at der i 1976 blev varetægtsfængslet i alt 7,2 % med henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 2, mens dette tal i 1985 var 24 %.¹⁶⁶ Wilhjem hævder at denne udvikling ikke skyldes ændringer i kriminalitetsmønstret, men skyldes en stærkt øget tilbøjelighed til at varetægtsfængsle under henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 2, i årene efter 1978-reformen.¹⁶⁷ Der var altså en stigende tendens til at varetægtsfængsle på § 762,

¹⁶¹ Preben Wilhjem, Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988.

¹⁶² Indkommende besvarelser, Preben Wilhjem, Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988, side 29.

¹⁶³ De registrerede sager, Preben Wilhjem, Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988, side 38. Det begrænsede omfang af undersøgelsen nævnes at skyldes ressource hensyn, se herom Retskredsundersøgelsens omfang, Preben Wilhjem, Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988, side 36.

¹⁶⁴ Indkommende besvarelser, Preben Wilhjem, Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988, side 29, samt De registrerede sager, Preben Wilhjem, Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988, side 38.

¹⁶⁵ 1978-reformen, Preben Wilhjem, Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988, side 139-141, samt Varetægtsanvendelsen, Preben Wilhjem, Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988, side 146.

¹⁶⁶ Fængslingsgrunde, Preben Wilhjem, Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988, side 177. Der ses bort fra tal i tabel 8.16, der er baseret på strafferetsplejeudvalgets betænkning 1974 nr. 728 om Anholdelse og varetægt, samt de tal der er baseret på advokatundersøgelserne.

¹⁶⁷ Stk. 2-hyppigheden, Preben Wilhjem, Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988, side 237-239.

stk. 2 i midt 80'erne, ifølge Wilhjelms analyse. Imidlertid kom der en ændring i retsplejelovens § 60, stk. 2¹⁶⁸, som følge af Hauschildt-sagen i 1989¹⁶⁹, der bevirkede at dommere der havde varetægtsfængslet efter retsplejelovens § 762, stk. 2, blev inhabile, jf. afsnit: 5.1 Habilitet. Denne ændring bevirkede at varetægtsfængsling med henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 2, blev undgået så vidt muligt til fordel for anvendelse af retsplejelovens § 762, stk. 1, på trods af, at betingelserne for anvendelse af stk. 2 var opfyldt. Denne ændring skyldes et ønske om at undgå at blive inhabil og at være nødsaget til at tilkalde sættemommere.¹⁷⁰ Peter Garde har i sin artikel "Menneskerettigheder i en dansk kriminaldommers dagligdag", forklaret at anklagerne, efter EMD's afgørelse i Hauschildt-sagen, hurtigt lærte ikke at påberåbe sig retsplejelovens § 762, stk. 2 i forbindelse med varetægtsfængsling eller i hvert fald kun at påberåbe sig bestemmelsen subsidiært. Han fortæller endvidere, at det i hvert fald i hans ret blev en fast formulering, at der ikke var grund til at tage stilling til retsplejelovens § 762, stk. 2, såfremt der var mulighed for at fængsle på retsplejelovens § 762, stk. 1.¹⁷¹ Det fremgår dog ikke tydeligt, hvorvidt at det var anklagerne der initialt adopterede denne praksis, og retten der fulgte efter, eller omvendt.

Dette giver det indtryk, at dommere forsøger at undgå inhabilitet, mere eller mindre bevidst. Såfremt at det tillægges nogen værdi, hvordan denne undgåelse fremstår, altså dommeres fremtoning, jf. afsnit: 5.2 Upartiskhed, må denne tendens anses for at få dommeren til at risikerer at fremstå partisk. Denne praksis kritiseres også af Eva Smith m.fl., der mener at dette bør ændres, sådan at der tages konkret stilling til om betingelserne for varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 2 er opfyldt.¹⁷² Såfremt der ikke tages konkret stilling til om varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 2 er opfyldt, risikerer dommeren at opfylde betingelser for at blive erklæret inhabil, men grundet brugen af varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 1, tillades dommeren alligevel deltagelse i hovedforhandlingen, hvilket er et kompromis med retssikkerheden.

Det kan diskuteres, om disse tendenser ville kunne ses i den konkrete sag, men bruges de subjektive og objektive tests for en dommers inhabilitet på disse omstændigheder, på trods af at de er konstrueret til brug i den konkrete sag jf. afsnit: 5.2 Upartiskhed, kan der argumenteres for, at omstændighederne giver grund til bekymring vedrørende en dommeres habilitet. Konkret kan der stilles spørgsmålstejn ved, om den

¹⁶⁸ Dommerinhabilitet ved visse tvangsindgreb, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 80.

¹⁶⁹ Hauschildt v. Danmark, 24/05/89, application no. 10486/83.

¹⁷⁰ Dommerinhabilitet ved visse tvangsindgreb, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 80.

¹⁷¹ Menneskerettigheder i en dansk kriminaldommers dagligdag, Garde, Peter, EU-ret og Menneskeret, 2-3/2004, side 100, 2. spalte.

¹⁷² Dommerinhabilitet ved visse tvangsindgreb, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 80.

omstændighed, at dommere fremstår som om at de bevidst undgår retsplejelovens § 762, stk. 2, i sig selv kan udgøre en subjektiv bekymring, eller i andet fald, om det er en konkret nok omstændighed, til at der opstår bekymring på baggrund af en objektiv test om dommeres adfærd.

Peter Garde mener i øvrigt ikke at der er noget galt i at fængsle på retsplejelovens § 762, stk. 1, uden videre at tage stilling til retsplejelovens § 762, stk. 2, men han afviser dog ikke at stk. 1, som han selv formulerer det, *“...er blevet vredet lidt vel håndfast for at undgå en fængsling efter stk. 2.”*¹⁷³ På trods af Peter Gardes tilsyneladende ro herved, kan det vel antages, specielt i lyset af den tilsyneladende undgåelse af retsplejelovens § 762, stk. 2, at der foreligger et problem når retsplejelovens § 762, stk. 1, bliver brugt i bredere omfang end hensigten var, med det formål at undgå at blive inhabil.

Jesper Hjortenbergs skriver i artiklen “Anklagemyndigheden og Menneskerettighederne”¹⁷⁴, at der, i forbindelse med implementering af menneskerettigheder, vil opstå problemer i relation til individets grundlæggende rettigheder, såfremt vi ikke har *“...velfungerende reelt uafhængige og upartiske domstole, der arbejder efter alment anerkendte principper”*.¹⁷⁵ Der kan dog stilles spørgsmålstejn ved hvor reelt uafhængige og upartiske domstole der haves, når der tilsyneladende er bevis for en mere eller mindre bevidst omgåelse af retsplejelovens § 762, stk. 2. Derfor, med Hjortenbergs udtalelse, kan der være belæg for en diskussion af hvorvidt der er en problematik vedrørende overholdelsen af individets grundlæggende rettigheder.

7.2.1 Opsamling

I det gennemgåede ses der et problem i, at det virker som om at inhabilitet bevidst undgås, hvilket synes at påvirke individets retssikkerhed negativt. Dette styrkes i og med at denne undgåelse bevirker, at der kan stilles spørgsmålstejn ved hvorvidt domstolene er reelt uafhængige og upartiske, der efter Hjortenbergs betragtning kan give anledning til problemer vedrørende overholdelse af individets grundlæggende rettigheder. I lyset af at en domstol også skal *fremstå* upartisk for at være habil, og at man efterlades en anelse tvivlende for om det er tilfældet, på baggrund af ovenstående, kunne der argumenteres for at inhabilitet efter retsplejelovens § 762, stk. 1 kunne være en mulighed, eller som minimum at omgåelsen af stk. 2 burde ophøre.

¹⁷³ Menneskerettigheder i en dansk kriminaldommers dagligdag, Garde, Peter, EU-ret og Menneskeret, 2-3/2004, side 100, 2. spalte.

¹⁷⁴ Anklagemyndigheden og Menneskerettighederne, Hjortenberg, Jesper, EU-ret og Menneskeret, 2-3/2004.

¹⁷⁵ Anklagemyndigheden og Menneskerettighederne, Hjortenberg, Jesper, EU-ret og Menneskeret, 2-3/2004, side 98, 1. spalte.

7.3 Skildring mellem stk. 1 og stk. 2 i retspraksis

I en kritik af Preben Wilhjelm's undersøgelse, anføres det af Niels Christian Bitsch at protokollationen i et grundlovsforhør ofte er meget kortfattet, og derfor kun udgør et begrænset udsnit af hvad der fremkommer under retsmøderne. Der anføres endvidere, at argumentationen for en kendelse finder sted i retssalen, men ikke detaljeret bliver nedfældet i protokollen.¹⁷⁶ Det klargøres at den korte protokol er af hensyn til sigtede, fremfor tilhørerne og videnskaben, i det der ikke er grund til at træde rundt i fx tidligere forhold, da denne information allerede er kendt af de i sagen involverede parter.¹⁷⁷

Det fremgår imidlertid af retsplejelovens § 764, stk. 4:

“Rettens afgørelse træffes ved kendelse. Varetægtsfængsles sigtede, anføres i kendelsen de konkrete omstændigheder i sagen, hvorpå det støttes, at betingelserne for varetægtsfængsling er opfyldt...”

Denne bestemmelse blev indført i forbindelse med retsplejereformen i 1978, med det formål at nedbringe antallet af varetægtsfængslinger.¹⁷⁸ Med dette *in mente*, synes Niels Christian Bitsch udsagn om korte protokoller dog lidt betænkelig, eftersom at der synes krævet fra lovgivers side, en konkret, og dermed nok fyldestgørende, argumentation for varetægtsfængsling. Dette støttes af Eva Smith m.fl., der anfører at bestemmelsen (retsplejelovens § 764, stk. 4) ikke har haft den ønskede virkning, med mulig begrundelse i, at nogle dommere trods bestemmelsens ordlyd og intentionerne bag bestemmelsen, fortsat fængsler udelukkende med henvisning til fængslingsbestemmelsen eller med en intetsigende begrundelse.¹⁷⁹ Det synes derfor ikke bemærkelsesværdigt, at retspraksis kan fremstå mudret, såfremt domstolene ikke tydeligt argumenterer for beslutningerne vedrørende varetægtsfængsling.

Endvidere, fremgår det af afsnit: 6.2.1 Mistankekravet, ved retshåndhævelsesarrest, at nogle forsvarsadvokater ikke ser den store forskel i retspraksis på mistankekravet i retsplejelovens § 762, stk. 1 og stk. 2. Dette sammenholdt med Peter Gardes udsagn om en lettere forvreden brug af retsplejelovens § 762, stk. 1, taler for at den skildring der burde eksistere mellem retsplejelovens § 762, stk. 1 og stk. 2, er blevet en smule udvasket i praksis.

¹⁷⁶ U.1988B.435, Byretspræsident N. C. Bitsch, Anmeldelse – Preben Wilhjelm: Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85, side 1, 1. og 2. spalte.

¹⁷⁷ U.1988B.435, Byretspræsident N. C. Bitsch, Anmeldelse – Preben Wilhjelm: Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85, side 1, 1. og 2. spalte.

¹⁷⁸ Begrundelsespligten, rpl. § 764, stk. 4, Preben Wilhjelm, Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988, side 41. Se også Varetægtsfængsling, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 537.

¹⁷⁹ Varetægtsfængsling, Smith, Eva m.fl., Straffeprocessen, 2. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2015, side 537.

Hvis der blev protokolleret mere detaljeret i forbindelse med kendelse om varetægtsfængsling og på baggrund heraf udviklet en mere tydelig retspraksis, ville forskellen på vurderingen af mistankekravet i hhv. retsplejelovens § 762, stk. 1 og stk. 2, sandsynligvis fremstå mere tydelig. Dette fremgår også af Eva Smiths artikel, hvori hun beskriver, at såfremt en lovtekst er vagt formuleret og der lægges op til at domstolene skal definere praksis, er det op til de øvre domstole at få fastlagt principper, der kan følges af de øvrige domstole.¹⁸⁰

7.3.1 Ingen praksis om inhabilitet som følge af retsplejelovens § 762, stk. 1.

Danmark var efter Hauschildt-sagen forpligtet til at indføre regler om inhabilitet, der bevirkede at en dommer bliver inhabil når han varetægtsfængsler efter retsplejelovens § 762, stk. 2. Danmark var dog ikke forpligtet til at indføre regler om generel inhabilitet i forbindelse med varetægtsfængsling.¹⁸¹ På baggrund af gældende konventionspraksis, mener Michael Ellehauge også, at det er klart, at en stillingtagen til begrundet mistanke, ikke i sig selv kan føre til inhabilitet, men naturligvis kan andre momenter i tillæg hertil bevirke en eventuel inhabilitet. Endvidere, kan gentagne varetægtsfængslinger med baggrund i retsplejelovens § 762, stk. 1, heller ikke berettige en inhabilitet, på baggrund af konventionspraksis. Til dette nævner Michael Ellehauge dog, at belægget herfor kan diskuteres, men at han må tilslutte sig dette synspunkt, henset til EMRK art. 6, stk. 1, samt retsplejelovens inhabilitetsregler.¹⁸² Det må dog kunne diskuteres, som Ellehauge nævner, hvorvidt det er berettiget at gentagende varetægtsfængsling med henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 1, begrundet mistanke, ikke i sig selv medfører inhabilitet. Det må kunne argumenteres at en længere varende periode, i kraft af gentagne varetægtsfængslinger i medfør af retsplejelovens § 762, stk. 1, med begrundet mistanke, på sigt vil bevirke en mere "permanent" eller bestyrket mistanke hos den kendelses-afsigende dommer. Såfremt dette er tilfældet, kan det argumenteres at dommerens "permanente" eller bestyrkede mistanke, kan risikere at påvirke dommerens upartiskhed i sagen, og derfor bevirke et brud på den tiltaltes retssikkerhed. Hvorvidt sådanne situationer er faktisk forekomne og dommeres mistanke i nævnte tilfælde, faktisk udgør en risiko for den tiltaltes retssikkerhed, samt hvor mange gentagne kendelser om varetægtsfængsling jf. retsplejelovens § 762, stk. 1, der skal være tale om før dette indtræder, er endnu ubesvaret.

7.3.2 Opsamling

På baggrund af Niels Christian Bitschs forklaringer om korte protokoller med begrundelse i hensyn til den sigtede og Eva Smith m.fl. præsenterede perspektiv, at begrundelserne for varetægtsfængsling givet af

¹⁸⁰ U.1998B.375, Smith, Eva, Habilitetshysteriet, side 1, 1. spalte.

¹⁸¹ U.1989B.321, Garde, Peter, En skønhedsfejl ved inhabilitetsreglen § 60, stk. 2, side 1, 1. spalte.

¹⁸² U.2002B.123, Ellehauge, Michael, Dommerhabilitet efter den europæiske menneskeretskonvention. En oversigt, side 2, 1. spalte.

nogle dommere er for intetsigende, kan der stilles spørgsmålstejn ved hvorvidt der kan opnås en konsekvent retspraksis vedrørende anvendelsen af retsplejelovens § 762, stk. 1 kontra stk. 2? Svaret er sandsynligvis at en øget detaljegrad i argumentationen for afgørelser på området, vil kunne bevirke en betydeligt mere ensrettet retspraksis. Dette synes relativt nemt at kunne ændres, med den mulige gevinst at retspraksis vedrørende varetægtsfængsling fremadrettet bliver mere konsekvent og giver mindre grund til bekymring. Det skal dog bemærkes at det for dommere kan være svært at skelne mellem mistankekravet i retsplejelovens § 762, stk. 1 og 2 i praksis, jf. afsnit: 6.2.1 Mistankekravet, hvorfor der ikke er så underligt at retspraksis på området kan virke mudret.

7.4 Retspraksis

Der vil nu blive gennemgået tre kendelser, med det formål at belyse, i begrænset omfang, at belyse retspraksis på området vedrørende varetægtsfængsling.

7.4.1 U.2014.1041Ø

Sagen vedrørte sigtede S, der som onkel til to piger på hhv. 5-6 år og 8-9 år ved flere lejligheder havde befølt pigerne. S forklarede under grundlovsforhøret, at han havde befølt begge piger på kønsdelene og ballerne uden på tøjet. Dertil havde han følt pigens A, under tøjet. Han forklarede, at han var fotograf og at han havde taget billeder af A. I den forbindelse havde han ikke bedt hende om at posere i nogen bestemte stillinger. Han forklarede at pigerne alle gangene sov og at hændelserne havde fundet sted, i forbindelse med at de var på overnattende besøg.

Byrettens kendelse

Byretten kom på baggrund af S's egen forklaring, i deres kendelse frem til at der var en *begrundet mistanke* om, at S havde gjort sig skyldig i andet seksuelt forhold end samleje med to piger under 12 år, jf. straffeloven § 225, jf. § 222, stk. 1. Retten lagde endvidere vægt på, at forholdene var begået i S's hjem ved op til flere gange samt at flere af forholdene var begået i dette år. På denne baggrund mente retten, at der var bestemte grunde til at frygte, at S såfremt at han var på fri fod ville begå ny ligeartet kriminalitet, hvorfor at betingelserne for varetægtsfængsling jf. retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 2 var opfyldt. Byretten gjorde endeligt gældende, at eftersom betingelserne for varetægtsfængsling jf. retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 2 var opfyldt, var der ikke nogen grund til at tage stilling til om betingelserne for retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 2 var opfyldt.

Landsrettens kendelse

Landsretten kom på baggrund af S's egen forklaring, i deres kendelse, frem til at der var *særlig bestyrket mistanke* om, at S havde gjort sig skyldig i blufærdighedskrænkelser jf. straffelovens § 232. Retten mente

ikke at der var tilstrækkelig grund til at frygte at S ville begå ny ligeartet kriminalitet, hvorfor retten ikke mente at der forelå berettigelse for at varetægtsfængsle efter retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 2. Henset til S's egen forklaring om gentagende gange at have forgrebet sig på de to piger, kom retten frem til at hensynet til retshåndhævelsen krævede at S ikke var på fri fod, hvorfor S blev varetægtsfængslet, jf. retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 2. Begrundelsen var at hændelserne skete mens pigerne var i hans varetægt samt, at for så vidt angik befølingen af A lå i et grænseområde mellem blufærdighedskrænkelser og andet seksuelt forhold end samleje.

7.4.2 U.2008.1268Ø

I denne sag var der tale om hhv. røveri af særlig grov beskaffenhed, jf. straffelovens § 288, stk. 2, jf. stk. 1, nr. 1, samt indbrud jf. straffelovens § 276, i tre forskellige villaer. S var sigtet for, 9 år forinden grundlovsforhøret, at have begået røveri i en sparekasse ved at true sparekassens kasserer med et oversavet jagtgevær til at udlevere 305.000 kr. samt for at have begået indbrud ved i tre forskellige villaer at have stjålet for omkring 18.000 kr. Anklageren i sagen gjorde i forbindelse med grundlovsforhøret gældende at de analyserede dna-spor der blev fundet kunne henføres til S samt at et vidne i røveriforholdet havde anført at gerningsmanden talte med en jysk accent. Anklageren gjorde endvidere gældende at såfremt S var på fri fod ville han have mulighed for at aftale et alibi, idet S ikke endnu havde redegjort nærmere for sin færden. Anklageren gjorde endeligt gældende at der på denne baggrund var en særlig bestyrket mistanke om at S var skyldig i forholdet vedrørende røveri, hvorfor retshåndhævelsen måtte kræve, at der skete fængsling. Forsvareren gjorde bl.a. derimod gældende at der ikke var et hensyn at tage til efterforskningen, idet der var tale om et 9 år gammelt røveri, hvorfor han ikke mente at S kunne påvirke efterforskningen.

Byrettens kendelse

Byretten gjorde gældende at S med *god grund* var sigtet samt at de fundne dna-spor og den omstændighed at S's færden nærmere skulle undersøges, specielt vedrørende røveriforholdet der ansås for et alvorligt forhold, at S, såfremt han var på fri fod, kunne forstyrre efterforskningen, hvorfor retten fandt at S skulle varetægtsfængsles jf. retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3. Byretten gjorde også i denne kendelse gældende, at der ikke var nogen grund til at tage stilling til om betingelserne for retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 2 var opfyldt, eftersom betingelserne for varetægtsfængsling jf. retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 2 var opfyldt.

Landsrettens kendelse

Landsretten gjorde først og fremmest gældende at den omstændighed at S med god grund var sigtet ikke opfyldte betingelserne for varetægtsfængsling. Jf. retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3, idet at

varetægtsfængsling i medfør af denne bestemmelse kræver at der er begrundet mistanke mod den pågældende. Retten bemærkede endvidere at det ikke var nok at S ville forstyrre efterforskningen, eftersom bestemmelsen kræver at der skal være bestemte grunde der taler for at S vil vanskeliggøre sagens forfølgning. Retten mener ikke at denne betingelse er opfyldt eftersom forholdet fandt sted 9 år forinden. Retten fandt i øvrigt heller ikke at der var bestemte grunde til at antage at S ville vanskeliggøre forfølgningen af de tre tyveriforhold. Retten kom derimod frem til, på baggrund af dna-sporene mv., at der var særlig bestyrket mistanke om at S havde begået røveriforholdet og at hensynet til retshåndhævelsen, på trods af at forholdet blev begået 9 år tidligere, måtte skønnes at kræve at S ikke var på fri fod, henset til forholdets grovhed. Derfor blev S varetægtsfængslet med henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1.

7.4.3 U.1998.291H

Denne sag, kaldet Plejebo-sagen, vedrørte en afdelingsleder på et plejehjem kaldet Plejebo, som blev sigtet for overtrædelse af lægelovens § 25, stk. 2 og straffelovens § 237, ved at have dræbt 22 af plejehjemmets beboere ved selv at have ordineret og seponeret medicin eller ved at have afgivet urigtige oplysninger til den ordinerende læge.

Byrettens kendelse

Byretten gjorde gældende, at der i S's afdeling på plejehjemmet var konstateret en statistisk høj dødelighed samt at der i denne afdeling, i højere grad end sædvanligt på plejehjem, blev anvendt smertestillende medicin. Det blev endvidere gjort gældende at der i regnskabet ikke var ført kontrol med returneret smertestillende medicin til apoteket. Byretten fandt på denne baggrund samt på baggrund af embedslægens udtalelser samt lægejournaler sammenholdt med sygeplejekartoteket og det i sagen ellers fremkomne, at der var begrundet mistanke om at S var skyldig i overtrædelse af 13 af sagens forhold. Retten fandt dog ikke at mistanken for forsættet var særlig bestyrket, idet S kunne have tolket lægens adfærd, som en lægelig accept af S's ageren, hvorfor retten løslod S. Det fremgår dog ikke af kendelsen, om baggrund for at byretten ikke varetægtsfængslede på retsplejelovens § 762, stk. 1, var at anklagemyndigheden kun havde nedlagt påstand om varetægtsfængsling efter stk. 2 eller om det skyldes at kun mistankekravet var opfyldt, jf. bestemmelsens stk. 1.

Landsrettens kendelse

Landsretten kom derimod frem til, at der var særlig bestyrket mistanke om at S havde gjort sig skyldig i 6 af sagens forhold. Denne kendelse var primært på baggrund af de oplysninger der fremgik af sygeplejekartoteket vedrørende den enkelte afdødes sygeforløb. Yderligere fandt retten, at hensynet til retshåndhævelsen, efter forholdets grovhed krævede, at S ikke var på fri fod, hvorfor S blev

varetægtsfængslet, jf. retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1. Landsretten fandt, for så vidt angik sagens resterende forhold, at betingelserne for varetægtsfængsling, jf. retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3 også var opfyldt.

Senere blev S sigtet på ny i byretten for underslæb, og der fandtes at grundlaget for landsrettens kendelse stadig forelå, og at der yderligere forelå bestemte grunde til at tro, at den sigtede ville vanskeliggøre efterforskningen. Forsvareren kærer kendelsen, med påstand om at underslæb skulle udgå af varetægtsfængslingsgrundlaget. Landsretten fandt herefter at der ikke længere var belæg for at varetægtsfængsle for underslæb jf. retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3. Dette fandtes ikke at være gældende, på baggrund af længden af den tid der var gået siden S oprindeligt blev sigtet for underslæb, og derfor fandtes der ikke bestemte grunde til at antage at S ville være i stand til at vanskeliggøre efterforskningen af dette forhold.

Højesterets kendelse

Højesteret finder i sagen, efter have taget en samlet vurdering af, at S's forklaring om at beslutninger vedrørende medicinering tages af de tilgængelige læger ikke afgørende blev imødegået, samt at det ikke fremstår tydeligt hvorvidt S's ageren omfattes af straffelovens § 237, og endeligt at der ikke forelå en lægelig redegørelse for de afdødes helbredstilstand forud for medicineringen samt selve medicinering, at der ikke forelå særligt styrket mistanke vedrørende S's overtrædelse af straffelovens § 237 eller forsøg herpå. Derfor frafaldt begrundelsen for varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 2. Yderligere fandt Højesteret at beviser i sagen var indsamlet i et sådant omfang, at det ikke ansås for sandsynligt at S ville kunne vanskeliggøre efterforskningen, hvorfor varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762 stk. 1, heller ikke kunne berettiges. Dermed løslades S, efter Højesterets kendelse.

7.4.4 Opsamling

I den gennemgængende domsanalyse, findes der belæg for at den nævnte omgåelse af retsplejelovens § 762, stk. 2, kan finde sted. Dette ses i dommen U.2014.1041Ø, hvor den sigtede initialt varetægtsfængsles med henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 2. Det bemærkes, at byretten hhv. landsretten ikke var enige om hvilken bestemmelse, forbrydelsen var en overtrædelse af, hvorfor der kan synes forskelligt grundlag for varetægtsfængslingen. Til dette bemærkes yderligere at begge bestemmelser der kunne være tale om, sagens natur taget i betragtning, kunne berettige varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 2. Derfor synes det stadig bemærkelsesværdigt, at byretten og landsretten, varetægtsfængsler med henvisning til hhv. retsplejelovens § 762, stk. 1 og stk. 2.

Yderligere ses der i sagerne U.2008.1268Ø og U.1998.291H, at der stadig hersker uenighed om hvordan mistanken i den konkrete sag skal bedømmes, og deraf hvilken varetægtsfængslingsbestemmelse der skal bruges. I U.2008.1268Ø varetægtsfængsles der af byretten initialt med henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 3, hvilket i landsretten ændres til varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1. I U.1998.291H varetægtsfængsles der initialt af byretten slet ikke, men landsretten vælger at varetægtsfængsle efter retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1, og stk. 1, nr. 3, hvorefter at Højesteret gør gældende at ingen af bestemmelserne er tilstrækkeligt opfyldt til at berettige varetægtsfængsling hvorefter S løslades. Dette taler i høj grad for at retspraksis kan fremstå mudret, og at der er mangel på klare principper vedrørende anvendelse af varetægtsfængslingsbestemmelserne.

7.5 Opsamling

Der er mange forskellige hensyn der skal tages i betragtning i forbindelse med overvejelserne om hvornår en dommer skal erklæres inhabil. Nogle af de nævnte hensyn står i konflikt med hinanden og det er derfor vigtigt nøje at veje for og imod inden der træffes en beslutning om, at udvide inhabilitetsreglerne eller ej.

På baggrund af den omstændighed, at noget tyder på at inhabilitet bevidst undgås, hvilket må antages at bevirke at domstolene ikke, på dette område, er helt reelt uafhængige og upartiske samt den omstændighed at dette må antages at påvirke den tiltaltes retssikkerhed, er der momenter der taler for, at udvidelse af inhabilitetsreglen i § 60, stk. 2, til også at omfatte stk. 1, kunne være berettiget.

En anden løsning, der kunne afvikle den mulige omgåelse af retsplejelovens § 762, stk. 2, kunne være at udvikle en mere *ensrettet* praksis vedrørende anvendelsen af retsplejelovens § 762, stk. 1 kontra stk. 2, gennem mere detaljerede protokoller. En mere detaljeret argumentation i protokollerne, vil sandsynligvis gøre det lettere for domstolene i fremtiden at skelne mellem forskellen på mistankekravet i stk. 1 og stk. 2, som i praksis er blevet lidt mudret. Yderligere vil dette muligvis også gøre det sværere at omgå stk. 2.

I domsanalysen er der fundet yderligere belæg for, at domstolene ikke altid er enige om hvilken bestemmelse der skal anvendes i forbindelse med varetægtsfængsling. Dette synes at styrke den betragtning, at der ikke foreligger tilstrækkeligt klare principper vedrørende bestemmelsernes anvendelse. Yderligere kan det i visse tilfælde, virke som om at retsplejelovens § 762, stk. 2, bevidst omgås, sådan som i U.2014.1041Ø og U.2008.1268Ø, hvor der i begge tilfælde i byretten, gøres gældende at der ikke er nogen grund til at tage stilling til varetægtsfængsling med henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 2, eftersom betingelserne for varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 1, allerede var opfyldt. Det synes dog væsentligt for sagens videre forløb, især vedrørende hvilke dommere der bør deltage i hovedforhandlingen,

at der tages stilling til retsplejelovens § 762, stk. 2, specifikt, jf. afsnit: 7.2.1 Omgåelse af retsplejelovens § 762, stk. 2.

8. Konklusion

I dette speciale ønskedes det undersøgt hvorvidt det i højere grad ville sikre den tiltaltes retssikkerhed at indføre et generelt forbud imod at dommere kan varetægtsfængsle og efterfølgende medvirke i bedømmelsen af skyldsspørgsmålet i en straffesag.

Det må på baggrund af det gennemgåede konstateres, at der ikke er noget i den nuværende lovtekst eller praksis, der taler for at der bør foreligge en mere generel inhabilitet vedrørende varetægtsfængsling. Baggrunden herfor har sit udspring i Hauschildt-sagen, hvor EMD dømte Danmark for brud af EMRK art. 6, på den baggrund, at varetægtsfængslingen af Hauschildt bl.a. havde været med henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 2, med en betingelse om "særligt bestyrket mistanke", da denne grad af mistanke ikke ligger langt fra en stillingtagen til selve skyldsspørgsmålet. Grundet fraværet af den særligt bestyrkede mistanke i retsplejelovens § 762, stk. 1, hvor mistanke kravet kun er "begrundet mistanke", har der derfor ikke været anset tilstrækkelig grund til at erklære den kendelses-afsigende dommer for inhabil, den dag i dag, såfremt denne bestemmelse benyttes. End ikke gentagen brug af retsplejelovens § 762, stk. 1, medfører inhabilitet, trods en smule tvivl om berettigelsen heraf.

Tidligere har der været mere eller mindre konkrete begrundelser for *ikke* at indføre inhabilitet som følge af varetægtsfængsling med henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 1. Her henvises især til nogle ressourcemæssige hensyn, der antages at have været taget med i afgørelsen om, at der ikke bør foreligge inhabilitet som følge af anvendelsen af retsplejelovens § 762, stk. 1, henset til Bjørn Elmquists brev samt forarbejderne til retsplejelovens § 60, stk. 2. Dette hensyn er siden blevet forkastet af eksempelvis Eva Smith, m.fl. der forklarer, at de hensyn der har været ved formuleringen af inhabilitetsbestemmelsen i retsplejelovens § 60, stk. 2, har været til retskredsens størrelse og de logistiske problemer der ville have været ved en udvidet inhabilitetsbestemmelse. Det argumenteres at situationen her har ændret sig siden med retskreds- og politireformen. Derfor anses retskredsens størrelse og de ressourcemæssige komplikationer der kunne affødes i relation hertil, ikke længere som et hensyn der bør tages. Dog er der andre ressourcemæssige hensyn der stadig er valide, såsom de hensyn der er at tage til at den tiltalte bør kunne få en afgørelse indenfor rimelig tid.

Imidlertid foreligger der en række momenter der kunne tale for, at inhabiliteten som følge af varetægtsfængsling med henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 1 bør genovervejes. Her er det mest interessante moment, den udvikling i brugen af retsplejelovens § 762, stk. 2, der fulgte efter Hauschildt-

sagen og dennes indvirkning på den danske ret. Denne ændring, og Peter Gardes udtalelser om omgåelse af retsplejelovens § 762, stk. 2, giver det indtryk, at der hos dommerne foreligger en mere eller mindre bevidst omgåelse af varetægtsfængsling med henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 2. Hvis dette er tilfældet, er der en risiko for at forhold der berettiger anvendelsen af retshåndhævelsesarresten, navnlig den særligt bestyrkede mistanke og dermed grundlaget for dommeres inhabilitet, er tilstede, men ikke resulterer i den kendelsesafsigende dommers inhabilitet, hvorfor denne vil kunne medvirke i hovedforhandlingen. Denne omgåelse af retsplejelovens § 762, stk. 2, ved brug af retsplejelovens § 762, stk. 1, synes også at fremgå af analysen, med henvisning til at retspraksis på området fremstår en smule mudret. De præsenterede domsanalyser styrker denne betragtning, eftersom der i de fremlagte domme, synes til stadighed at herske en tvivl om hvorvidt der i den konkrete sag bør anvendes retsplejelovens § 762, stk. 1 eller 2. Som Van Dijk nævner vedrørende konventionspraksis, dog passende på den danske praksis, fremstår det hensigtsmæssigt at der udvikles nogle mere grundlæggende principper for bedømmelsen af inhabilitet.

Disse momenter, at retsplejelovens § 762, stk. 2 må antages bevidst at omgås og at der forelægger tvivl om der i den konkrete sag bør anvendes retsplejelovens § 762, stk. 1 eller 2, fremkommer som i strid med den dom der blev afsagt af EMD i Hauschildt-sagen, og der kan argumenteres for at omgåelsen af retsplejelovens § 60, stk. 2, yderligere kan bevirke at domstolen *fremstår* partiske, eller i det mindste stille en tvivl herom. Disse er momenter der taler for at der burde indføres udvidet inhabilitet, ikke *per se* som konsekvens af varetægtsfængsling med henvisning til retsplejelovens § 762, stk. 1, men mere som en konsekvens af, at der kan foreligge en opfyldelse af betingelserne for varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 2, der burde medføre inhabilitet og denne undviges ved brug af stk. 1. Dette kan også tolkes af Eva Smith m.fl., holdning, at omgåelsen af stk. 2 bør stoppes, således at der altid tages udtrykkeligt stilling til varetægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk. 2. Dette synes i høj grad at ville bestyrke den tiltaltes retssikkerhed.

Endeligt må det konkluderes at det er svært at give et entydigt svar på, hvorvidt der bør indføres inhabilitet generelt, men det kan på baggrund af specialets analyse konstateres at der er momenter, i særdeleshed omgåelsen af stk. 2, der taler herfor. Der foreligger dog også hensyn der taler imod en sådan regel og det er svært med en så relativt beskeden undersøgelse, som et speciale er at svare klart og sikkert på dette spørgsmål. Der er dog ingen tvivl om, at det ville højne den tiltaltes retssikkerhed hvis en sådan regel indførtes. Det kan dog, på baggrund af specialets analyse, ikke afvises at der findes en mere hensigtsmæssig måde at lukke det hul der eksistere vedrørende omgåelsen af stk. 2. Eva Smidt nævner bl.a. vedrørende inhabilitet generelt, at såfremt loven samt lovmotiverne ikke selv kommer med klare

retningslinjer, må det være op til de overordnede domstole at skabe en praksis som de underordnede domstolene kan rette sig efter, for på den måde dels at skabe en mere konsekvent retspraksis og dels højne den tiltaltes retssikkerhed gennem en mere gennemskuelige praksis. Yderligere kunne der fra lovgivers side stilles et krav om udtrykkelig stillingsagen til stk. 2 forudgående for stk. 1. Disse to tiltag ville umiddelbart kunne afvirke de problematikker, der er belyst i dette speciale.

Litteraturliste:

Artikler:

Bisgård, Otto, Hvor inhabil kan man være?, FM 1992.117.

Byretspræsident N. C. Bitsch, Anmeldelse – Preben Wilhjelms Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85, U.1988B.435.

Ellehauge, Michael, Dommerhabilitet efter den europæiske menneskeretskonvention. En oversigt, U.2002B.123.

Garde, Peter, En skønhedsfejl ved inhabilitetsreglen § 60, stk. 2, U.1989B.321.

Garde, Peter, Menneskerettigheder i en dansk kriminaldommers dagligdag, EU-ret og Menneskeret, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2-3/2004.

Hjortenberg, Jesper, Anklagemyndigheden og menneskerettighederne, EU-ret og Menneskeret, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2-3/2004.

Rasmussen, Claus, Er man inhabil, hvis parterne ikke mener det?, FM 1993.4/2.

Smedegaard Andersen, Jens, Inhabilitet – en kommentar til fuldmægtigen 1/93, side 4, FM 1993.75/1.

Smith, Eva, Habilitetshysteriet, U.1998B.375.

Bestemmelser:

Retsplejeloven, LBKG 2017-09-22 nr. 1101.

European Convention on Human Rights as amended by Protocols Nos. 11 and 14, supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12, 13 and 16, European Court of Human Rights – Council of Europe. Tilgængelig: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, sidst set d. 2.11.2018.

Bøger:

Evald, Jens: *At tænke juridisk - Juridisk metode for begyndere*. 4. udg. Nyt Juridisk Forlag, 2011.

Evald, Jens: *Retskilderne og den juridiske metode*. 2. udg. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2000.

Fridrik Kjølbro, Jon: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere*. 4. udg. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2017.

Gammeltoft Hansen, Hans: *Strafferetsplejen*. Bind 2. 1. udg. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1989.

Jochimsen, Jørgen: *Grundlovsforhøret - regler og afgørelser om anholdelse, varetægtsfængsling, isolation, erstatning mv.* 2. udg. Karnov Group Denmark A/S, 2015.

Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori.* 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014.

Smith, Eva m.fl.: *Straffeprocessen.* 2. udg. Karnov Group Denmark A/S, 2015.

Wilhjelmsen, Preben: *Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85.* 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988.

Domme:

Hauschildt v. Danmark, 24/05/89, application no. 10486/83.

Karakoc m.fl. v. Tyrkiet, 15/10/02, application no. 27692/95, 28138/95 og 28498/95.

Lettelier v. Frankrig, 26/06/91, application no. 12369/86.

Meznaric v. Kroatien, 15/07/05, application no. 71615/01.

Padovani v. Italien, 26/02/93, application no. 13396/87.

Pfeifer og Plankl v. Østrig, 25/02/92, application no. 10802/84.

Sainte-Marie v. Frankrig, 16/12/92, application no. 12981/87.

Sramek v. Østrig, 22/10/84, application no. 8790/79.

U.1979.118H.

U.1983.501H.

U.1984.96H.

U.1990.253H.

U.1990.484V.

U.1992.877H.

U.1997.35V.

U.1998.291H.

U.2006.2187Ø.

Forarbejder:

Betænkning 1974 nr. 728 om Anholdelse og varetægt, KBET 1974 nr. 728.

Betænkning over Forslag til lov om ændring af retsplejeloven, LFB 1987-05-19 nr. 135.

Betænkning over forslag til lov om ændring af retsplejeloven, LFB 1990-05-18 nr. 150.

Lov 2000-05-31 nr. 428 om ændring af retsplejeloven og straffeloven.

Lov 2006-06-08 nr. 538 om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love. (Politi- og domstolsreform).

Hjemmesider:

http://www.retspolitik.dk/varetaegtsfaengsling-dommeres-habilitet/?fbclid=IwAR3hXks_xyHV8UZLEHy552o9FZe2sHkdNkljefMqTISi1sFTyJC60aY2Ic8, besøgt senest d.

28.10.2018, se Henning Elmarks indlæg og Bjørn Elmquist svar, "Varetægtsfængsling" side 2.

<https://menneskeret.dk/monitorering/afgoerelsesdatabase/hauschildt-v-danmark>, sidst besøgt den 30. september 2018.

<http://www.retspolitik.dk/wp-content/uploads/2016/05/A%CC%8Abent-brev-til-justitsministeriet-og-folketinget-ang.-RPL-%C2%A7-60-stk.-2.pdf> – sidst besøgt den 31.10.2018