

militære, alltid, også i krigstid bli behandlet etter den borgerlige straffeprosess. Men når det er krigstid, er det tvungende nødvendig for det militære befal alltid å ha full disposisjonsrett over sine mannskaper. Dette ville beløbet ikke ha dersom saken skulle bli behandlet etter den borgerlige straffeprosess. Man kan bare tenke på spørsmål om fengsling eller om utfløysoning. I krigstid er det derfor nødvendig at også disse saker blir behandlet etter mil. strifr. I tredstid spiller dette hensyn ikke noen rolle, og da mil. strifr. mer summariske ruttegangsregler for disse saker neppe heller er nødvendige for å opprettholde den militære disiplin, er det ubetenkelig å gå over til den mer b tryggende borgerlige straffeprosess.

En tysk saksbehandler i Gestapo torturerte en rekke norske patrioter, hvorav den ene avgikk ved døden. Han dømmes til døden etter straffelovens §§ 228 og 229, jfr. anordning av 4 mai 1945 § 3 a, b og c, jfr. § 1. Nevnte anordning antas ikke å stride mot Grunnlovens §§ 96 og 97, da tortur etter folkeretten er en krigsforbrytelse som der kan anvendes dødsstraff mot, og folkerettens regler er inkorporert i norsk rett ved anordningen som ikke gir uttrykk for en endret vurdering av de forhold den rammer. Grunnlovens § 97 verner samfunnets og den enkelte borgers interesser, og det vil stride mot rettsfølelsen om bestemmelsen skulle kunne påberopes av fremmede volds menn. I voterende finner at anordningen ikke kan anvendes. -- At en av Høyesteretts dommere i egenkap av universitetslærer har sendt Stortingets justiskomite en forestilling om anordningens grunnlovssvridighet, medfører hans inhabilitet i nærværende sak. Jfr. Rt. 1918 s. 401 og 1927 s. 1057. Plenumsbehandling.

Kjennelse 19 februar 1946 i Lnr. 51: Statsadvokat Harald Sund, aktor mot Karl-Hans Herman Klinge (forsvarer høyesterettsadvokat Adam Horth).

*Dommer Holmboe:* I den til Høyesteretts behandling foreliggende straffesak mot Karl-Hans Herman Klinge er der innen retten reist spørsmål om hvorvidt dommer Andenæs bør vike sete som ugild, fordi han som universitetslærer sammen med professor Castberg har sendt en uttalelse til Stortingets justiskomite datert 29 juni forrige år angående spørsmålet om å lovfeste den provisoriske anordning av 4 mai 1945 om straff for utenlandske krigsforbrytere.

I denne uttalelse som er avgitt uten foranledning av justiskomiteen heter det bl. a. «Undertegnede, som er Universitetets lærere henholdsvis i strafferett og statsforfatningsrett, anser det for vår plikt å fremholde for den ærede justiskomite følgende betraktninger i anledning av komiteens forslag om å lovfeste den provisoriske anordning av 4 mai 1945 om straff for utenlandske krigsforbrytere: Denne anordning innfører med tilbakevirkende kraft svære straffeskjerpelser for handlinger begått av utlendinger i fiendens tjeneste, deriblant en overordentlig sterk utvidelse av adgangen til å anvende dødsstraff. ---

Etter vår mening er dette i klar strid med Grunnlovens § 91, og det foreligger ikke nå, etter at fienden er slått og landet befrikk, noen nødssituasjon som kunne gjøre et slikt brudd med våre vanlige rettsprinsipper berettiget. --- Vi vil videre fremholde at det absolutte forbud i anordningens § 5 mot å påberope nødtilstand

714 Rettsstilleelse 1946, bind 1

og overordnet aling som affrihetsgrunn er helt uforenlig med de grunnsetninger som en eners har sett det som en selvfølge å legge til grunn for norsk straffelovgivning. ---

Når vi har følt det som vår plikt å si fra, skyldes det først og fremst hensynet til de varige interesser som bevarelsen av vår norske rettstradisjon representerer. Under den indignasjon som i dag med rette hersker over krigsforbryternes fremferd, er det kanskje mange som vil legge mindre vekt på de grunnlovsmessige hensyn. Men en må regne med at ettertidens syn vil være et annet. Det vil alltid hvile som en skygge over rettsoppgjøret hvis det med grunn kan sies, at vi her setter oss ut over rettsprinsipper som vi ellers har betraktet som grunnleggende, og som hører med til den rettsarv som vi i lange og harde krigsar har prøvd å verge mot det rettløse styre som ble påtvunget oss utenfra. Og en bør frita domstolene for å komme i den vanskelige stilling at de blir stillet overfor valget mellom å underkjenne en ny lov, gitt av Stortinget, eller å se gjennom fingrene med brudd på Grunnloven.»

Jeg antar at den omstendighet at dommer Andenæs så sterkt som det er skjedd, offentlig er gått inn for å hindre at loven vedtas, dels av konstitusjonelle grunner og dels ut fra en vurdering av anordningens bestemmelser, er skikket til som domstollovens § 108 uttrykker det «å svekke tilliten til hans uhildethets, når det gjelder spørsmålet om den nevnte anordnings grunnlovsmessighet. Da dette spørsmål etter ankeerklæringen er et hovedspørsmål i den foreliggende sak, antar jeg at dommer Andenæs, overensstemmende med domstollovens § 108, bør vike sete. Jeg henviser til kjennelser i Rt. 1918 s. 401 og 1927 s. 1057.

Jeg stemmer for at Høyesteretts kjennelse får denne

slutning:

*Dommer Andenæs viker sete.*

*Dommer Bonnevie:* Jeg finner ikke at det av førstvoterende nevnte forhold bør tillegges så stor betydning at det er nødvendig eller riktig av den grunn å anse dommer Andenæs for å være ugild. Andenæs har som av førstvoterende dokumentert, visstnok tatt standpunkt til ett eller flere teoretiske spørsmål, som Høyesteretts plenum i denne sak vil bli nedsaget til å avgjøre for så vidt nødvendig for pådømmelsen av det foreliggende konkrete rettsstillelse. Men hans uttalelse har ingen som helst spesiell tilknytning til denne konkrete sak.

En dommer blir ikke ugild ved en saks behandling derved at han i en tidligere sak i sitt votum kanskje har tatt et skarpt og desidert standpunkt med hensyn til samme rettssetning som i den aktuelle sak er gjenstand for tvist og avgjørelse. Og det gjør i mine øyne ikke noen vesentlig forskjell at Andenæs i fjor sommer ikke uttalte seg som dommer, men som juridisk universitetslærer.

I det foreliggende tilfelle legger jeg for mitt vedkommende atskillig vekt på at ingen av partene, hverken forsvareren eller aktor, har krevet eller uttalt ønske om at Andenæs skal vike sete. Det lig-