



NORGES HØYESTERETT

Den 22. desember 2004 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2004-02124-A, (sak nr. 2004/1504), straffesak, kjæremål,

A (advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Tor Christian Carlsen)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Oftedal Broch**: Saken gjelder krav om innsyn i dokumenter om kommunikasjonskontroll i straffesak, jf. straffeprosessloven § 242 og reglene om kommunikasjonskontroll i §§ 216 a-k.
- (2) A, født 00.00.1957, er en av 13 som er siktet for grovt ran, gjennomført under særdeles skjerpene omstendigheter, jf. straffeloven § 267, jf. § 268 annet og tredje ledd. Ranet gjaldt NOKAS tellesentral i Stavanger. A sitter i dag varetektsfengslet med brev og besøksforbud etter å ha blitt pågrepet 20. juli 2004.
- (3) I brev 31. august 2004 krevde As forsvarere innsyn i alt foreliggende skriftlig materiale i tilknytning til gjennomført kommunikasjonskontroll knyttet til ranssaken, samt lydmateriale som er innhentet i kontrollene.
- (4) Ved Stavanger tingretts kjennelse 7. september 2004 ble begjæringen avslått. A påkjærte avgjørelsen til Gulating lagmannsrett, som ved kjennelse 28. september 2004 forkastet kjæremålet.
- (5) Lagmannsretten la til grunn at innsynsrett først foreligger når opplysninger fra kommunikasjonskontroll benyttes under etterforskningen, og dermed gjøres til en del av saken. Reglene i straffeprosessloven kapittel 16 a – §§ 216 a-k – medfører at dokumenter i tilknytning til kommunikasjonskontroll står i en spesiell stilling. Blant annet skal alle bevare taushet om kommunikasjonskontroll, jf. § 216 i, og verken siktede eller forsvarer skal gjøres kjent med at kommunikasjonskontroll er iverksatt, § 216 e. Det skal også oppnevnes en spesiell forsvarer for siktede, som ikke er den ”ordinære” forsvarer, straffeprosessloven § 100 a. Lagmannsretten så det slik at så lenge påtalemyndigheten har

valgt ikke å gjøre opplysninger fra kommunikasjonskontroll til en del av straffesaken – ikke å ”nedgradere” dem, slik det av og til uttrykkes – foreligger ingen innsynsrett. Da er opplysningene taushetsbelagt.

- (6) A har i rett tid påkjært lagmannsrettens kjennelse til Høyesteretts kjæremålsutvalg, som har besluttet å henvise kjæremålet til behandling i Høyesterett, jf. lov 25. juni 1926 nr. 2 § 6 annet ledd. Justitiarius har besluttet at partsforhandling skal finne sted etter reglene for ankesaker.
- (7) *Den kjærende part, A, har sammenfatningsvis anført:*
- (8) Det er fremkommet i dagspressen at kommunikasjonskontroll skal være i bruk i ranssaken. På denne bakgrunn krever A innsyn i de fremkomne dokumenter.
- (9) Etter at materiale fremkommet ved kommunikasjonskontroll ble tillatt som bevis i straffesak ved lovendring 3. desember 1999 nr. 82, er dokumentene i tilslutning til kommunikasjonskontroll ordinære etterforskningsdokumenter, der de alminnelige reglene om innsyn gjelder, jf. straffeprosessloven § 242 første ledd. Dette følger også av forarbeidene til lovendringen.
- (10) Kravet omfatter dokumenter vedrørende alle de siktede. Det må legges til grunn at også dokumenter som angår medsiktede vil være av betydning for å belyse den rolle A eventuelt har spilt, jf. Rt. 2004 side 1080, som for øvrig gjaldt en medsiktet i det samme ranet som vår sak gjelder.
- (11) Påtalemyndigheten har ikke gjort gjeldende at noen av unntakene fra innsynsretten i § 242 første ledd første og annet punktum kommer til anvendelse. Under enhver omstendighet gjelder ikke disse unntakene for den offentlige forsvarer etter at sakens dokumenter har vært lagt frem i retten. Innsynsretten hevdes å gjelde samtlige dokumenter, også om de ikke fysisk har vært lagt frem for retten. A har samtykket i at forsvarer skal få tilgang til dokumentene under taushetsplikt.
- (12) En avskjæring av innsynsretten som bygger på at påtalemyndigheten har det i sin makt å bestemme hva det skal gis innsyn i, vil stride mot Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 5 nr. 4.
- (13) Den kjærende part, A, har nedlagt slik påstand:

”Prinsipalt:

Advokatene Astri Aas-Hansen og John Christian Elden har som offentlig oppnevnte forsvarere for A, f. 00.00.1957 rett til innsyn i alt skriftlig materiale i tilknytning til begjært og/eller gjennomført kommunikasjonskontroll knyttet til Rogaland politidistrikts sak 8457423 (”NOKAS-ranet”) samt til det lydmaterialer som er innhentet i kontrollene.

Subsidiært:

Tingrettens og lagmannsrettens kjennelser oppheves.”

- (14) *Påtalemyndigheten har sammenfatningsvis anført:*

- (15) Lagmannsrettens lovtolkning er riktig. Nærværende sak er på etterforskningsstadiet, og det er lagt til grunn at opplysninger fra kommunikasjonskontroll ikke har vært brukt under etterforskningen. Dermed faller de utenfor ”sakens dokumenter”. Dette samsvarer med regelen i straffeprosessloven § 216 i, hvorefter alle har taushetsplikt med hensyn til opplysninger fremskaffet ved kommunikasjonskontroll. Det er først når påtalemyndigheten gjør bruk av disse opplysningene - enten ved at siktede konfronteres med dem, at de dokumentføres i saken eller at de fremlegges i retten - at innsynsretten etter § 242 inntreffer. Videre taler sterke reelle hensyn for at siktede ikke kan gis innsyn i opplysninger fra kommunikasjonskontroll før etterforskningen er avsluttet. Siktets interesser er tilstrekkelig varetatt ved at han i utgangspunktet har fullt innsyn etter at tiltale er tatt ut.
- (16) EMK har ikke et ubetinget krav om likestilling mellom påtalemyndigheten og siktede før tiltale er tatt ut. Påtalemyndighetens syn er ikke i strid med artikkel 5 nr. 4.
- (17) Påtalemyndigheten har nedlagt slik påstand:
- ”Kjæremålet forkastes.”**
- (18) *Jeg er kommet til at kjæremålet ikke kan føre frem.*
- (19) Kjæremålet er et videre kjæremål, og Høyesteretts kompetanse er begrenset på samme måte som kjæremålsutvalgets. Saken gjelder lagmannsrettens lovtolkning, som Høyesterett kan prøve, jf. straffeprosessloven § 388 første ledd nr. 3.
- (20) Høyesterett avsa i 1991 to viktige kjennelser om telefonkontroll, jf. Rt. 1991 side 1018 og side 1142. I grove trekk kan det sies at den første kjennelsen slår fast at opplysninger innhentet ved telefonkontroll kan fremlegges som bevis i en straffesak. Den andre kjennelsen fastslår at etter at tiltale er tatt ut, har i utgangspunktet den tiltalte krav på å få vite om det er foretatt telefonkontroll under etterforskningen, og i så fall få innsyn i den informasjon som fremkom.
- (21) Kort tid etter at disse kjennelsene var avsagt, fremmet departementet forslag til permanente lovregler om telefonkontroll i narkotikasaker til avløsning av den midlertidige loven av 17. desember 1976 nr. 99. De permanente reglene ble ved lov 5. juni 1992 nr. 52 inntatt i straffeprosessloven §§ 216 a-k som nytt kapittel 16 a.
- (22) Etter de nye reglene kunne opplysninger fremkommet ved telefonkontroll ikke benyttes som bevis i straffesak, § 216 i tredje ledd, og mistenkte hadde ikke krav på innsyn når telefonkontroll hadde funnet sted, § 216 i fjerde ledd.
- (23) Reglene om telefonkontroll ble vurdert på ny av Metodeutvalget, NOU 1997: 15, jf. Ot.prp. nr. 64 (1998–99). Metodeutvalget fant at det ikke forelå tilstrekkelig grunn til å videreføre det bevisforbud som ble innført i 1992, jf. dagjeldende straffeprosesslov § 216 i tredje ledd. Videre foreslo utvalget å oppheve fjerde ledd, som fastslo at mistenkte ikke hadde rett til innsyn i dokumenter som gjaldt telefonkontroll, eller som inneholdt opplysninger fra slik kontroll. Utvalget foreslo også at kontrollområdet ble utvidet til å omfatte datamaskiner og annet kommunikasjonsutstyr, og terminologien ble fra nå kommunikasjonskontroll.

(24) Departementet sluttet seg i hovedtrekkene til Metodeutvalgets forslag, jf. Ot.prp. nr. 64 (1998–99). Endringen ble vedtatt ved lov 3. desember 1999 nr. 82.

(25) Spørsmålet i saken er hvilken rett til innsyn mistenkte og forsvareren har på etterforskningsstadiet i kraft av de nye reglene, både med hensyn til om kommunikasjonskontroll er iverksatt og med hensyn til de opplysninger som er fremkommet. Det som skal prøves, er lagmannsrettens tolkning av § 242 første ledd sammenholdt med straffeprosesslovens øvrige regler om kommunikasjonskontroll, jf. kapittel 16 a, §§ 216 a-k.

(26) Paragraf 216 i lyder slik:

”Alle skal bevare taushet om at det er begjært eller besluttet kommunikasjonskontroll i en sak, og om opplysninger som fremkommer ved kontrollen. Det samme gjelder andre opplysninger som er av betydning for etterforskningen, og som de blir kjent med i forbindelse med kontrollen eller saken. Taushetsplikten er ikke til hinder for at opplysningene brukes

- a) som ledd i etterforskningen av et straffbart forhold, herunder i avhør av de mistenkte,**
- b) som bevis for et straffbart forhold som kan begrunne den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra,**
- c) for å forebygge at noen uskyldig blir straffet,**
- d) for å avverge en straffbar handling som kan medføre frihetsstraff, eller**
- e) for å gi opplysninger til kontrollutvalget.**

Alle skal bevare taushet overfor uvedkommende om opplysninger om noens private forhold som de blir kjent med i forbindelse med kommunikasjonskontrollen.”

(27) Paragraf 242 første ledd lyder slik:

”Mistenkte, hans forsvarer og fornærmede skal på begjæring gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningens øyemed eller for tredjemann. Innsyn i opptak, notater og andre dokumenter som inneholder opplysninger fra kommunikasjonskontroll etter kapittel 16 a, kan også nektes dersom innsyn kan skade etterforskningen av andre saker. Offentlig forsvarer kan ikke nektes adgang til dokumenter som fremlegges eller har vært fremlagt i rettsmøte, unntatt rettsmøte som holdes for å avsi kjennelse etter tredje ledd. Disse regler gjelder likevel ikke dokumenter som bør holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat.”

(28) Lagmannsretten har lagt til grunn at reglene om innsynsrett ikke kan gjøres gjeldende så lenge dokumentene ikke er benyttet under etterforskningen og derved er gjort til en del av saken. Inntil da er dokumentene belagt med taushetsplikt, jf. § 216 i, og vil ikke anses som del av straffesakens dokumenter. Lagmannsretten uttaler:

”Så lenge ... det foreligger ... kk opplysninger som påtalemyndigheten har valgt ikke å gjøre til en del av saken, kommer kk opplysninger slik lagmannsretten ser det i en spesiell situasjon. Det følger av strpl §§ 216 e andre ledd at tingrettens avgjørelse mht å tillate kommunikasjonskontroll, treffes uten at den mistenkte eller den som avgjørelsen ellers rammer gis adgang til å uttale seg, og kjennelsen skal heller ikke meddeles dem. Av § 216 i følger at alle skal bevare taushet om at det er begjært eller besluttet kommunikasjonskontroll i en sak og om opplysninger som fremkommer ved kontrollen. Taushetsplikten er likevel ikke til hinder for at opplysningene brukes som ledd i etterforskningen av et straffbart forhold eller som bevis jfr første ledd punkt a og b og til visse andre angitte formål. Av strpl § 100 a følger at når retten behandler en kk sak, skal det oppnevnes en forsvarer for mistenkte/siktede. Denne er avskåret fra å sette seg i

forbindelse med den mistenkte, men har rett til å påkjære kjennelse om kommunikasjonskontroll. Av § 216 j følger at underretning om at kommunikasjonskontroll har vært gjennomført først kan gis den som har vært undergitt kontrollen tidligst ett år etter at kontrollen er avsluttet. Det er åpnet for å utsette underretningen av hensyn til etterforskningen. Etter lagmannsrettens oppfatning vil det harmonisere dårlig med det system som her er etablert om den "ordinære" forsvareren for de siktede i en sak, skulle kunne kreve innsyn i eventuelle opplysninger som måtte fremkomme gjennom en kommunikasjonskontroll i saken men hvor opplysningene ikke benyttes i saken. Lagmannsretten mener at slike opplysninger i så fall ikke utgjør en del av sakens dokumenter. Lagmannsretten mener således at strpl § 242 om rett til dokumentinnsyn, må tolkes i lys av de særlige regler som gjelder for kommunikasjonskontroll og behandlingen av opplysninger som fremkommer i den sammenheng."

- (29) Jeg er enig i det lagmannsretten her uttaler. Det er altså etter min mening slik at så lenge påtalemyndigheten behandler opplysninger fra kommunikasjonskontroll som interne, følger det av § 216 i at de er taushetsbelagt. Spørsmålet om grensen mellom taushetsregelen i § 216 i og innsynsregelen i § 242 på etterforskningsstadiet er ikke uttrykkelig omtalt under arbeidet med lovendringen i 1999. Derimot er spørsmålet berørt i forarbeidene til lovendringen i 1992. Om taushetsplikten overfor mistenkte, som fantes i § 216 i første ledd tredje punktum, og tilsvarende dagens bestemmelse i første ledd bokstav a), uttales i Ot.prp. nr. 40 (1991–1992) side 42-43:

"I tredje punktum har departementet foreslått å endre noe på regelen om at taushetsplikten alltid gjelder overfor den mistenkte. Hovedregelen er, som før, at den som har fått befatning med saken, har taushetsplikt også overfor den mistenkte. Men under etterforskningen kan det være behov for å konfrontere den eller de mistenkte med opplysninger om at det er foretatt telefonkontroll i saken, og eventuelt med selve opptaket."

- (30) Det følger altså av dette at taushetsplikten overfor mistenkte gjelder under etterforskningen med det unntak at mistenkte kan konfronteres med opplysninger fra kommunikasjonskontroll.
- (31) Bestemmelsen om taushetsplikt overfor siktede ble ikke endret, men omredigert ved lovendringen i 1999. Som nevnt ble avgrensingen av bestemmelsen overfor innsynsretten i § 242 første ledd, ikke kommentert i lovens forarbeider.
- (32) Etter min mening taler sammenhengen i regelverket og reelle hensyn sterkt for at så lenge opplysningene som stammer fra kommunikasjonskontroll ikke er brukt under etterforskningen, det vil si at de holdes interne, bør de omfattes av taushetspliktreglene i § 216 i og falle utenom de alminnelige innsynsreglene i § 242 første ledd, slik også lagmannsretten er kommet til.
- (33) Det ligger så å si som en forutsetning for denne etterforskningsmetoden, at de som kommuniserer, ikke skal vite verken at de avlyttes eller hva som kommer ut av avlyttingen. Det vil gjerne være slik at det å gi mistenkte innsyn i en kommunikasjonskontroll under en etterforskning – særlig når kommunikasjonskontroll fortsatt pågår – vil kunne skade etterforskningen i egen eller andres sak eller skade tredjemann. Jeg antar at konsekvensen av et slikt innsyn rett og slett vil være at kommunikasjonskontrollen ofte må avbrytes. Det er ikke tvilsomt at innsyn under slike omstendigheter kan nektes etter § 242 første ledd første og annet punktum. Så langt er det da heller ikke motstrid mellom

taushetsplikten etter § 216 i og innsynsretten etter § 242, fordi unntakene gjør det mulig å oppfylle taushetsplikten.

- (34) Men også krav overfor retten med grunnlag i § 242 om å få opplyst hvorvidt kommunikasjonskontroll er iverksatt og i så fall om innsyn, vil vanskeliggjøre kommunikasjonskontrollen både for påtalemyndighet og for retten, som må innrette sin behandling og sin grunngivning slik at mistenkte ikke kan utlede noe om hvorvidt slik kontroll foregår. Samtidig vil det altså regelmessig være gitt at innsynsrett må nektes.
- (35) Den eneste reelle fordel mistenkte i så fall ville få av at innsyn i kommunikasjonskontroll ble regulert av § 242 også før opplysninger er blitt brukt i saken, er at mistenkte i det minste får en rettsavgjørelse om utstrekningen av sin innsynsrett. Dette er et argument av vekt, men ikke tilstrekkelig til å bryte gjennom det som etter min mening avtegner seg som en nødvendig konsekvens av de to regelsett: at en pågående kommunikasjonskontroll i etterforskningsfasen, der opplysningene ikke bringes inn i saken, nødvendigvis må holdes hemmelig for de siktede.
- (36) Slik jeg ser det, ville det være vanskeligere å legge avgjørende vekt på disse systemargumenter og reelle hensyn dersom dette medførte betydelige innskrenkninger i siktedes rettigheter. Etter det jeg har redegjort for, ser jeg ingen slike innskrenkninger. Med støtte i Rt. 1993 side 1121 hevdes det riktignok fra forsvarer at dersom det er avholdt rettsmøte i saken, har den offentlige forsvarer innsynsrett etter § 242 første ledd tredje punktum i samtlige sakens dokumenter – også de vedrørende kommunikasjonskontroll – selv om disse er holdt tilbake ved sakens fremleggelse i rettsmøte. Det heter i avgjørelsen:
- ”Det spørsmål som her foreligger, er altså om forsvarerens innsynsrett etter § 242 første ledd annet punktum kan begrenses ved at påtalemyndigheten unnlater å fremlegge enkelte av saksdokumentene i rettsmøtet.**
- Utvalget finner at loven her må tolkes utvidende, slik at forsvarerens innsynsrett omfatter sakens dokumenter slik de foreligger når rettsmøtet holdes. Sakens dokumenter må anses for å utgjøre en enhet, og påtalemyndigheten kan ikke ha adgang til ut fra en skjønsmessig vurdering å beslutte at enkelte dokumenter skal unntas fra fremleggelse for retten og den offentlige forsvarer. ...”**
- (37) Saken gjaldt det som i avgjørelsen betegnes som ”ordinære saksdokumenter”, som altså var tatt ut av saken. Avgjørelsen er fra det tidsrom – mellom lovendringene i 1992 og 1999 – da opplysninger fra telefonkontroll ikke var tillatt som bevis og mistenktes dokumentinnsyn var uttrykkelig avskåret etter straffeprosessloven § 216 i. Det er åpenbart at avgjørelsen ikke overveide de spesielle problemer som dokumenter ved kommunikasjonskontroll medfører. Også avgjørelsen i Rt. 2004 side 1080, som avgrenser dokumentinnsynet etter første ledd tredje punktum til dokumenter ”som blir lagde fram for retten” og som ”påtalemakta vel å leggje fram”, peker i samme retning, jf. avsnitt 18.
- (38) Forsvarer har også hevdet at dokumenter som fremlegges i rettsmøte etter § 216 e første ledd for eventuelt å beslutte kommunikasjonskontroll eller forlengelse av slik kontroll, er ”fremlagt i rettsmøte”, slik at offentlig forsvarer har krav på innsyn etter § 242 første ledd tredje punktum. Jeg finner det ganske klart at taushetspliktbestemmelsen i § 216 i og § 216 e annet ledd, hvoretter kjennelsen ikke skal meddeles siktede, i denne situasjon går foran § 242, og således stenger for innsyn.

- (39) Jeg mener etter dette at det ikke hefter feil ved lagmannsrettens lovtolkning.
- (40) Det gjenstår å ta standpunkt til anførselen om at dette resultat strider mot EMK artikkel 5 nr. 4. Bestemmelsen lyder slik:

”Enhver som er pågrepet eller berøvet sin frihet, skal ha rett til å anlegge sak slik at lovligheten av frihetsberøvelsen raskt skal bli avgjort av en domstol, og at hans løslatelse blir beordret dersom frihetsberøvelsen er ulovlig.”

- (41) A hevder at for å anlegge sak om fengslingens lovlighet, må siktede gis adgang til alt bevismateriale mot seg. I Lorenzen m. fl.: ”Den Europæiske Menneskerettighetskonvention” 2. utgave side 186 heter det om dette spørsmål:

**”Klager er ... berettiget til selv eller gennem repræsentanter at blive hørt og til at kommentere det fremlagte materiale og fremsætte udtalelser herom, herunder give møde for dommeren samtidigt med anklageren og således have mulighed for at tage til genmæle over for anklagerens mundtlige indlæg, ...
En prøvelse i henhold til stk 4 skal således være kontradiktorisk og sikre princippet om ”equality of arms”. ”Equality of arms” er ikke sikret, hvis der effektivt nægtes adgang til dokumenter tilvejebragt i forbindelse med efterforskningen, som er nødvendige for at anfægte lovligheden af en varetægtsfængsling. ...”**

- (42) I den sak fra Den europeiske menneskerettsdomstol som den ankende part påberoper seg, Schöps mot Tyskland, dom 13. februar 2001, hadde siktede og hans advokat overhodet ikke fått tilgang til sakens dokumenter, bare til siktelsen mot ham. I avgjørelsen uttales følgende (side 12):

”... in view of the dramatic impact of deprivation of liberty on the fundamental rights of the person concerned, proceedings conducted under Article 5 § 4 of the Convention should in principle also meet, to the largest extent possible under the circumstances of an ongoing investigation, the basic requirements of a fair trial, such as the right to an adversarial procedure. While national law may satisfy this requirement in various ways, whatever method is chosen should ensure that the other party will be aware that observations have been filed and will have a real opportunity to comment thereon.”

- (43) Jeg mener etter dette at kjernen i artikkel 5 nr. 4 er hvorvidt siktede, eventuelt hans forsvarer, har fått kjennskap til det påtalemyndigheten påberoper seg som fengslingsgrunnlag og har hatt anledning til å imøtegå dette. Det er ikke anført at disse krav ikke ble oppfylt ved varetektsfengslingen av A. Jeg kan da ikke se at det foreligger brudd på artikkel 5 nr. 4.

- (44) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

Kjæremålet forkastes.

- (45) Dommar **Utgård**: Eg er komen til at kjæremålet må føre fram.
- (46) Saka gjeld tolkinga av straffeprosesslova § 242, sett i samanheng med føresegnene i straffeprosesslova kapittel 16a om kommunikasjonskontroll. Eg tek utgangspunkt i

situasjonen til den sikta, men kjem også inn på dei særlege omsyna som kjem inn der denne har ein forsvarar som har godteke å ha teieplikt om det han får vite om kommunikasjonskontroll.

- (47) Eg skal først sjå på oppbygginga av straffeprosesslova § 242 første ledd. Etter første punktum har den sikta rett til innsyn i saksdokumenta med mindre dette kan vere til skade eller fare for siktemålet med etterforskinga eller for tredjemann. For dokument som inneheld opplysningar om kommunikasjonskontroll etter kapittel 16a, kan slikt innsyn også nektast der som innsyn kan skade etterforskinga i andre saker. Omgrepet saksdokumenta – ”sakens dokumenter” – omfattar etter lovteksten også opptak, notat og andre dokument som er komne til i samband med kommunikasjonskontroll. Det ligg implisitt i andre punktum at også første punktum inneheld avgrensingar i tilgang til dokument som grunnar seg på kommunikasjonskontroll. Med andre ord: også første punktum regulerer tilgang til opplysningar som kjem frå kommunikasjonskontroll. For forståinga av § 242 er det nødvendig å vere merksam på at ikkje alle dokument går inn under omgrepet ”saksdokumenta”, såleis til dømes tips og visse arbeidsnotat, jf. Rt. 2004 side 1080 avsnitt 17.
- (48) Det kan ut frå dette vere ulike grunnlag for å nekte den sikta innsyn i eit dokument. Grunnlaget kan vere at dokumentet ikkje går inn under omgrepet saksdokumenta, at det vil kunne vere til skade eller fare for siktemålet med etterforskinga eller for tredjemann, og at det kan skade etterforskinga i andre saker. Etter tredje punktum kan offentleg forsvarar likevel ikkje nektast innsyn ut frå noko av desse grunnlaga, dersom dokumenta har vore lagde fram i rettsmøte. Det må leggjast til at etter § 242 fjerde ledd gjeld dette ikkje der det er fleire mistenkte i ei sak, og dokumenta berre gjeld andre mistenkte sine tilhøve.
- (49) Slik eg les lovteksten inneheld den ei samla regulering av retten til innsyn under etterforskinga. Også tilhøvet til dokument som skriv seg frå kommunikasjonskontroll er regulert. At slike dokument går inn under ”sakens dokumenter” i § 242 blir også støtta av regelen i § 216 c der det er ein føresetnad at opplysningar frå kommunikasjonskontroll vil vere vesentlege for å oppklare saka. Slike dokument skal såleis behandlast etter same reglar som andre dokument, likevel slik at det etter andre punktum i § 242 første ledd er heimel for ei sterkare innskrenking i innsynsretten enn for andre dokument.
- (50) Eg kan ikkje sjå at det følgjer av førearbeida eller av reglane i kapittel 16a, at § 242 må tolkast innskrenkande. Tvert om meiner eg at førearbeida klart viser at det ikkje er grunnlag for dette.
- (51) Først nokre få ord om lovhistoria. Kort tid etter dei to avgjerdene i Høgsterett om bruk av og innsyn i kommunikasjonskontroll, inntekne i Rt. 1991 side 1018 og Rt. 1991 side 1142, vart det – slik førstvoterande har gjort greie for – gitt reglar som innebar at opplysningar framkomne ved telefonkontroll ikkje kunne nyttast som bevis i straffesak, og at mistenkte ikkje hadde krav på innsyn i opplysningar frå telefonkontroll, jf. § 216 i tredje og fjerde ledd.
- (52) Spørsmålet vart teke opp att av Metodeutvalet, slik førstvoterande er inne på. Utvalet gjorde framlegg om å oppheve reglane i dågjeldande § 216 i tredje og fjerde ledd. Det uttala at mistenkte og forsvarar då fekk ha innsyn etter § 242, men ikkje utan atterhald, då unntaka der måtte gjelde, jf. proposisjonen side 65. Utvalet var oppteke av at det også

måtte gjelde unntak dersom innsyn kunne skade etterforskinga i andre saker, og gjorde framlegg til slikt unntak både før tiltale var reist og etterpå, i høvesvis § 242 og § 264.

- (53) I proposisjonen slutta departementet seg til utvalsframlegget om å oppheve bevisforbudet og unntaket for innsynsretten i § 216 i tredje og fjerde ledd og uttala at dei alminnelege reglane skal gjelde. Dette er uttrykt slik på side 67 i proposisjonen:

”Departementet finner etter dette at det ikke er tilstrekkelig grunn til å videreføre bevisforbudet og unntaket fra innsynsretten. De alminnelige regler om bevisføring og rett til dokumentinnsyn bør gjelde også ved kommunikasjonskontroll.”

- (54) Departementet seier seg deretter på side 68 samd med Metodeutvalet i at retten til innsyn frå den sikta og forsvararen ikkje kan gjelde heilt ut, men at dei unntaka

”som følgjer av § 242 ... bør videreføres. Det innebærer at den siktede og forsvareren før tiltale er tatt ut ikke har krav på å gjøre seg kjent med sakens dokumenter hvis det er til skade eller fare for etterforskningens øyemed eller for tredjeperson.”

- (55) Deretter drøftar departementet framlegget frå Metodeutvalet om at innsyn måtte nektast av omsyn til etterforskinga i andre saker. Departementet uttalar først at til tiltale er teken ut, må det kunne nektast innsyn på dette grunnlaget. Det kunne likevel ikkje gjelde der opplysningane var nytta i rettsmøte. Her måtte ein offentlig forsvarar ha rett til innsyn. Deretter drøftar departementet Metodeutvalet sitt framlegg for tida etter at tiltale er teken ut. Departementet finn at det ikkje bør slutte seg til framlegget om avgrensing av innsynsretten på dette stadiet, men peikar på at eit dokument som ikkje vedkjem saka kan haldast attende etter straffeprosesslova § 292.

- (56) Det går etter mi meining klart fram av proposisjonen at kommunikasjonskontrolldokument er ”sakens dokument” etter § 242 første ledd første og andre punktum, og at innsynsrett berre kan avgrensast etter reglane i desse punktuma. Eg legg til at departementet enkelt kunne ha nytta ei alternativ utforming av eit nytt andre punktum, dersom det hadde vore meininga å stengje for innsyn på etterforskningsstadiet når dokumenta ikkje var brukte. Det kunne då ha vore sagt at ”innsynsretten gjeld ikkje dokument frå kommunikasjonskontroll så lenge påtalemakta ikkje har nytta dei under etterforskinga” eller liknande.

- (57) I straffeprosesslova kapittel 16a er det, slik førstvoterande også har gjort greie for, eit samla regelverk som skal sikre hemmelegald både av at det skjer kommunikasjonskontroll og av resultatet av det heile. Eg kan ikkje sjå at det er haldepunkt i lovteksten i § 216 i eller i andre reglar i kapittel 16a for at innsynsretten i saksdokumenta ikkje gjeld opplysningar om kommunikasjonskontroll, og det er heller ikkje sagt noko i førearbeid som kan tyde på at det var meininga. Tvert om blir det, som eg alt har peika på, uttala at når regelen i § 216 i fjerde ledd blir teken bort, då har den sikta og forvararen rett til innsyn etter § 242.

- (58) Det følgjer av dette at den sikta har krav på innsyn, med mindre eitt av unntaka i § 242 første ledd, første eller andre punktum, kjem til bruk. I fall det kan skade etterforskinga i saka – eller i andre saker – om den sikta får innsyn i opplysningane, må innsyn nektast. I høve prosedyren legg eg til at lova ikkje kan forståast slik at ein forsvarar som har godteke og er pålagt teieplikt, i slike høve utan vidare har krav på tilgang til opplysningane. Spørsmålet om det skal givast tilgang til opplysningane må vurderast etter

reglane i § 242, her særleg ut frå om slik tilgang kan ”skje uten skade eller fare for etterforskingens øyemed”. Etter lova er risikoen avgjerande. Som aktor har vore inne på må det då vere høve til å ta omsyn til den risikoen som ligg i at opplysningar kjem på avvege i ei sak med mange sikta og mange forsvararar, også om forsvararane har teieplikt i høve til klientane. I denne samanhengen har det vekt at det samla innhaldet i straffeprosesslova kapittel 16a viser at opplysningar frå kommunikasjonskontroll skal behandlast med særleg varsemd. Dette må avvegast mot omsynet til at den sikta og/eller forsvararen til den sikta så tidleg som råd er, skal ha tilgang til dokument som kan ha innverknad på den strafferettslege stillinga hans. Eg peikar her på at i mange saker vil kommunikasjonskontrollen vere avslutta samstundes med at det skjer pågriping, og i alle fall på eit tidspunkt før det blir teke ut tiltale.

- (59) Det kan stillast spørsmål ved kor praktisk viktig det er om avgjerda om tilgang til opplysningar frå kommunikasjonskontroll blir teken etter § 242 første ledd første og andre punktum, jamført med tilhøvet dersom slike opplysningar blir del av saksdokumenta først når dei er brukte i etterforskinga. Etter mitt syn er det her grunnleggjande ulike utgangspunkt. Ved direkte bruk av kriteria i § 242 krev det grunngeving om det skal nektast tilgang til dokument, og det er domstolane som eventuelt må avgjere tvist om slik tilgang. Er det avgjerande eit meir eller mindre formelt vedtak om aktivt å gjere bruk av resultatet av kommunikasjonskontroll i ei sak – ved å ta dette opp med sikta eller på annan måte – blir det i realiteten politi og påtalemakt som åleine kan avgjere, ut frå eigne vurderingar.
- (60) Etter mitt syn er dette ikkje utan problem. Sjølv om politiet tek alle nødvendige omsyn til at materialet også kan tale til den sikta sin fordel, er det ikkje til å kome bort frå at ein sikta eller forsvararen kan ha andre utgangspunkt som gjer at dei kan dra nytte av materialet på ein heilt annan måte.
- (61) Det er etter mitt syn prinsipielt viktig at også dette er undergitt domstolskontroll. Sjølv om det ikkje er grunnlag for å seie at det allment er eit problem i høve til EMK artikkel 5 nr. 4 at ein sikta eller forsvararen ikkje har tilgang til dokument frå kommunikasjonskontroll, er det etter mitt syn eit problem dersom ein sikta er heilt utan middel til å krevje prøvd om han har tilgang til slike opplysningar under etterforskningsfasen. Ein varetektsperiode kan i nokre tilfelle vare temmeleg lenge. Det er ut frå dette etter mitt syn ikkje akseptabelt om det ikkje er høve til å få prøvd dette ved domstolane.
- (62) Det resultatet eg er komen til, er i samsvar med det som er lagt til grunn i juridisk teori. Her viser eg til Andenæs, Norsk straffeprosess, band II, 2000, side 205, og til Bjerke/Keiserud, Straffeprosessloven, band II, 2001, side 874.
- (63) Etter dette er eg såleis komen til at lagmannsrettens orskurd må opphevast.

- (64) Dommer **Bruzelius:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Oftedal Broch.
- (65) Dommer **Mitsem:** Likeså.
- (66) Dommer **Lund:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Utgård.
- (67) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Kjæremålet forkastes.