



NORGES HØYESTERETT

Den 11. oktober 2007 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2007-01742-A, (sak nr. 2007/374), straffesak, anke,

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Tormod Haugnes)

mot

E (advokat Erik Keiserud)

D (advokat Geir Jøsendal)

C
B (advokat Odd Rune Torstrup)

A (advokat John Christian Elden)

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

- (1) Dommer **Indreberg**: Saken gjelder rettens adgang til å ta i betraktning som bevis fremlagt overskuddsinformasjon fra kommunikasjonskontroll når retten vil dømme for et mindre alvorlig forhold enn tiltalen gjelder, slik at strafferammekravet i straffeprosessloven § 216i første ledd bokstav b jf. § 216a første ledd bokstav a ikke lenger er oppfylt.

- (2) Gulating lagmannsrett avsa 18. januar 2007 dom med slik domsslutning:

- ”1. C, f. 00.00.67 frifinnes.
2. D, f. 00.00.71 frifinnes.
3. B, f. 00.00.70 dømmes for én overtredelse av tolloven § 61, jfr. § 66, jfr. § 60, jfr. 24, jf. § 15, jfr. tollforskriftens pkt. 4.5.1., og én overtredelse av alkoholloven § 10-1, første og tredje ledd, jfr. § 2-1 sammenholdt med strl. § 62 og § 64 til en straff av fengsel i 60 – seksti – dager, hvorav fullbyrding av 30 – tretti – dager utstår med en prøvetid på 2 år og ellers på vanlige vilkår, jfr.

strl. §§ 52 –54. Den ubetingede del av fengselsstraffen anses utholdt i sin helhet, jfr. strl. § 60, første ledd, første punktum.

B, f. 00.00.70 frifinnes for tiltalebeslutningen post II a.), post IV a.) og post VI.

Han frifinnes for kravet om inndragning etter strl. §§ 37d og 34.

4. A, f. 00.00.59 dømmes for én overtredelse av tolloven § 61, jfr. § 66, jfr. § 60, jfr. § 24, jfr. § 15, jfr. tollovforskriftens punkt 4.5.1., og én overtredelse av alkoholoven § 10-1, første og tredje ledd, jfr. § 2-1 sammenholdt med strl. § 62 til en straff av fengsel i 60 – seksti – dager som i sin helhet utsettes i en prøvetid på 2 år og ellers på vanlige vilkår, jfr. strl. §§ 52-54. Ved eventuell soning av straffen har han krav på 8 – åtte – dager fradrag for utholdt varetekt.

A, f. 00.00. 59, frifinnes for tiltalebeslutningen post II a.) og IV a.).

5. E, f. 00.00.74, dømmes for én overtredelse av tolloven § 61, jfr. § 66, jfr. § 60, jfr. § 24, jfr. § 15, jfr. tollovforskriften punkt 4.5.1., og én overtredelse av alkoholoven § 10-1 første og tredje ledd, jfr. § 2-1 sammenholdt med strl. § 62 til en straff av fengsel i 60 – seksti – dager, hvorav fullbyrdingen av 30 – tretti – dager utsettes i en prøvetid på 2 år og ellers på vanlige vilkår, jfr. strl. §§ 52-54. Den ubetingede delen av fengselsstraffen anses utholdt i sin helhet, jfr. strl. § 60, første ledd, første punktum.

E, f. 0.0.74, frifinnes for tiltalebeslutningen post II a.) og IV a.).

Han dømmes videre til å tåle inndragning av 85.536 bokser Slots pilsner, jfr. strl. §§ 36 og 35.”

- (3) Lagmannsrettens dom er avsagt etter fullstendig anke fra de fem tiltalte over Jæren tingretts dom 19. mai 2006. Jæren tingrett hadde domfelt alle for overtredelser av toll- og alkoholoven som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe, jf. straffeloven § 60 a. Tingretten hadde idømt C, D og B fengsel i 9 måneder, inndragning av kr. 100 000 og ansvar for saksomkostninger med kr. 20 000. A var idømt fengsel i 120 dager og ansvar for saksomkostninger med kr. 15 000. E var idømt samfunnsstraff på 90 timer og ansvar for saksomkostninger med kr. 10 000. I tillegg var 85 536 bokser Slots pilsner inndratt. Også en sjettede person, F, var domfelt i saken. Hans anke gjaldt imidlertid ikke bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, og den ble derfor behandlet i en egen sak av lagmannsretten, se Gulating lagmannsretts dom 14. november 2006.
- (4) Saken dreier seg om ulovlig innførsel 5. og 7. august 2003 av til sammen ca. 56 000 liter øl, og omsetning av betydelige mengder av ølet. Bevisene i saken består i all hovedsak av opplysninger som er kommet fram ved avlytting av telefonen til F på grunnlag av mistanke om innførsel av narkotika – det vil si at det er tale om overskuddsinformasjon fra en annen sak.
- (5) Både tingretten og lagmannsretten la til grunn at bevisene fra kommunikasjonskontrollen skulle tillates ført, men sees bort fra dersom retten fant at handlingene ikke var begått som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe, jf. straffeloven § 60 a. Bakgrunnen for dette er bestemmelsen i straffeprosessloven § 216i første ledd bokstav b, som tillater at opplysninger fra kommunikasjonskontroll brukes som bevis ”for et straffbart forhold som kan begrunne den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra”. For at det skulle være tilfelle her, måtte handlingene være utøvd som ledd i virksomheten til en organisert kriminelle gruppe, jf. straffeloven § 60 a, som utvider strafferammen i slik tilfeller. Ellers ville maksimumsstraffen være for lav.

- (6) Etter å ha hørt kommunikasjonskontrollmaterialet kom lagmannsretten – i motsetning til tingretten – til at straffeloven § 60 a ikke kom til anvendelse. Den så deretter bort fra resultatene av kommunikasjonskontrollen, og fant dermed at det ikke forelå bevis for det forhold C og D var tiltalt for, og at B, A og E måtte frifinnes for de tiltalepostene som gjaldt innførselen av øl 5. august 2003.
- (7) Påtalemyndigheten har anket over lagmannsrettens dom. Det er anført at det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten valgte å se bort fra opplysninger fra kommunikasjonskontrollen som ble ført i retten, at domsgrunnene er mangelfulle, og at lagmannsretten har anvendt straffeloven § 60 a feil. Høyesteretts kjæremålsutvalg besluttet 11. april 2007 å tillate anken fremmet for så vidt gjaldt anførselen om at det var en saksbehandlingsfeil å se bort fra opplysningene fra kommunikasjonskontrollen. For øvrig ble anken ikke tillatt fremmet.
- (8) *Jeg er kommet til at anken fører fram.*
- (9) Etter straffeprosessloven § 216i plikter alle å bevare taushet om opplysninger som er fremkommet gjennom kommunikasjonskontroll. Taushetsplikten er imidlertid ikke til hinder for at opplysningene brukes ”som bevis for et straffbart forhold som kan begrunne den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra”, jf. § 216i første ledd bokstav b. I en sak som vår, må forholdet ha en maksimumsstraff på fengsel i ti år eller mer for at opplysninger fra kommunikasjonskontroll skal kunne brukes, jf. straffeprosessloven § 216a første ledd bokstav a. Siden overtredelsene av toll- og alkoholloven, som tiltalen gjelder, har en maksimumsstraff på fengsel i seks år, vil det derfor være avgjørende om overtredelsen ”er utøvet som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe”, jf. straffeloven § 60 a, som fastsetter at maksimumsstraffen i tilfelle øker med fem år til elleve år. Jeg nevner for ordens skyld at det ikke er tvilsomt at denne utvidelsen av strafferammen skal tas i betraktning ved anvendelsen av straffeprosessloven § 216a første ledd bokstav a, jf. straffeloven § 60 a tredje ledd sammenholdt med § 216a første ledd annet punktum.
- (10) Spørsmålet er om § 216i første ledd bokstav b må forstås slik at den bare setter begrensninger for adgangen til å føre opplysninger fra kommunikasjonskontroll som bevis, eller om den også setter skranker for rettens vektlegging av beviset dersom retten vil bygge på et mildere straffebud enn tiltalen gjelder.
- (11) Jeg kan ikke se at ordlyden i straffeprosessloven § 216i første ledd bokstav b gir noe entydig svar. Det er nærliggende å tolke den slik de tidligere retter har gjort, at ingen, heller ikke retten, kan bruke kommunikasjonskontrollmateriale som bevis i saker med lavere maksimumsstraff enn fengsel i 10 år. Den kan imidlertid også tolkes slik at når påtalemyndighetens taushetsplikt er opphevet fordi materialet legges fram som bevis for et straffbart forhold med maksimumsstraff på 10 år eller mer, vil ikke rettens bruk av beviset representere noen krenkelse av taushetsplikt.
- (12) Fra 1992 til 1999 gjaldt et generelt forbud mot å bruke opplysninger fra kommunikasjonskontroll som bevis. Av forarbeidene til endringsloven i 1999 fremgår at departementet foreslo innført begrensningene i bruk av overskuddsinformasjon under henvisning til at kommunikasjonskontroll er en svært integritetskrenkende

etterforskningsmetode som er forbeholdt særlig alvorlige forbrytelser, se Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 75. Departementet fortsetter:

”Det at integritetskrenkelsen allerede har funnet sted, er etter departementets syn ikke tilstrekkelig til å begrunne at opplysninger fra kommunikasjonskontroll brukes til å bevise også mindre alvorlig kriminalitet. Krenkelsen blir styrket ved at informasjonen faktisk brukes som bevis. Departementet legger videre vekt på at politiet uansett kan bruke opplysningene under etterforskningen.”

- (13) Uttalelsene viser at man har ønsket å være restriktiv med å tillate bruk av kommunikasjonskontrollmateriale. Men den gir ikke svar på om retten skal se bort fra materiale som allerede er lovlig fremlagt.
- (14) Høyesteretts kjæremålsutvalg har behandlet spørsmålet om bruk av kommunikasjonskontrollmateriale for å bevise mindre alvorlige forhold i to saker.
- (15) Kjennelsen i Rt. 2005 side 1200 gjaldt en sak hvor det var tatt ut tiltale for forsøk på grovt ran og en del mindre alvorlige forhold. Kommunikasjonskontrollmateriale fra ranssaken var ført som bevis. Tingretten frifant de tiltalte for grovt ran, men domfelte dem på grunnlag av det samme kommunikasjonskontrollmaterialet for heleri og ulovlig erverv av våpen. Tingretten så det slik at når et bevis først er ført på lovlig måte, kan retten ved sin bevisvurdering ikke ha plikt til å se bort fra informasjon den rent faktisk har fått. Kjæremålsutvalget sluttet seg til dette.
- (16) Kjennelsen i Rt. 2006 side 972 gjaldt en sak om grov korrupsjon og grov utroskap. Grov utroskap har for lav strafferamme til at det kan begrunne kommunikasjonskontroll. Spørsmålet var om lydopptak fra kommunikasjonskontroll som ikke hadde betydning som bevis for tiltalen for grov korrupsjon, skulle tillates ført som bevis for tiltalen om grov utroskap. Flertallet i kjæremålsutvalget sa seg enig i det syn som var lagt til grunn i kjennelsen i Rt. 2005 side 1200, men pekte på at sakene var forskjellige, fordi det i 2006-saken var tale om å bruke overskuddsmateriale som ikke belyste tiltaleposten for grov korrupsjon. Det var da ikke grunnlag for å bruke materialet som bevis for grov utroskap. Den dissenterende dommeren mente at det burde være adgang til å bruke materialet som bevis også i 2006-saken.
- (17) Det er avgjørelsen i Rt. 2005 side 1200 som har størst relevans for vår sak. Det er for øvrig ingen motsetning mellom avgjørelsene fra 2005 og 2006.
- (18) Forsvarerne har dels hevdet at avgjørelsen i Rt. 2005 side 1200 har begrenset overføringsverdi, dels at Høyesterett ikke bør legge den samme betraktning til grunn som kjæremålsutvalget.
- (19) Vår sak skiller seg fra saken i Rt. 2005 side 1200 ved at det der dreide seg om kommunikasjonskontrollmateriale som var innhentet i samme sak som tiltalen gjaldt. En domstol hadde derfor vurdert og funnet at det forelå skjellig grunn til mistanke om et tilstrekkelig alvorlig forhold – grovt ran – og at de øvrige vilkårene for kommunikasjonskontroll var oppfylt, jf. straffeprosessloven § 216b. I vår sak har ingen rettsinstans vurdert om det er skjellig grunn til å mistenke de tiltalte for organisert kriminalitet før dette materialet legges fram som bevis. Selv om man skulle slutte seg til rettsoppfatningen i Rt. 2005 side 1200, er det derfor ikke gitt at man kommer til samme resultat i vår sak.

- (20) Slik jeg ser det, må svaret bero på en avveining av de ulike prinsipielle og praktiske hensyn som gjør seg gjeldende.
- (21) Et naturlig utgangspunkt for denne avveiningen er at kommunikasjonskontroll innebærer et betydelig inngrep i den private sfære. Lovgiverne har lagt til grunn at ikke bare avlyttingen, men også bruken av opplysninger som stammer fra kommunikasjonskontroll som bevis, er integritetskrenkende, jf. sitatet fra Ot.prp. nr. 64, som nettopp er gjengitt. Avveiningen har endt med at opplysningene skal kunne brukes i de mest alvorlige straffesakene. Det er da grunn til å utvise varsomhet med å tillate opplysningene brukt i mindre alvorlige saker.
- (22) De straffbare forholdene i vår sak er ikke blant de mest alvorlige, noe som illustreres av de straffer som er utmålt. Det er et langt sprang fra de forholdene lovgiverne hadde i tankene da bevisføringsforbudet ble opphevet, til de forholdene vår sak gjelder.
- (23) På den annen side kan det å forlange at retten skal se bort fra lovlig fremlagte bevis, tvinge retten til å avsi dommer som den vet er uriktige. Dette harmonerer dårlig med det grunnleggende målet å avsi materielt riktige dommer, med rettsfølelsen og med norsk rettstradisjon. Forsvarerne har pekt på at dette ikke er enestående. For eksempel kan manglende påtalebegjæring gjøre at retten må frifinne den tiltalte der tiltalen går ut på legemsbeskadigelse mens retten finner at det dreier seg om en legemsfornærmelse. Jeg kan imidlertid ikke se at dette, som baserer seg på respekt for fornærmedes vilje, rokker ved at det er prinsipielt uheldig å måtte se bort fra allerede fremlagte bevis som det ikke hefter betenkeligheter ved ut fra hensynet til tiltaltes rettssikkerhet.
- (24) Generelt er en plikt for retten til å se bort fra bevis som allerede er ført, ikke uproblematisk. Det man vet, kan lett påvirke vurderingene av de bevisene man ellers har. Det er kanskje også en fare for at det motsatte skjer, at retten av frykt for at det skjer en slik påvirkning, vurderer de øvrige bevisene strengere enn den ellers ville gjort. Dommen i Rt. 1995 side 1956, hvor Høyesterett kom til at en politiforklaring uriktig var blitt opplest og utmålt ny straff hvor det ble sett bort fra politiforklaringen, er riktig nok et eksempel på at det ikke er fremmed for norsk rett å se bort fra fremlagte bevis. I 1995-saken var det imidlertid tiltaltes rettssikkerhet som tilsa at beviset måtte sees bort fra. Når det gjelder kommunikasjonskontrollmateriale, er ikke dette situasjonen.
- (25) Kommer man til at retten må se bort fra bevisene hvis vilkårene for å anvende den forhøyede maksimumsstraffen ikke er oppfylt, tvinges retten til å vurdere saken i en rekkefølge som er kunstig. Før den tar stilling til hva som har funnet sted og om det er ført tilstrekkelig bevis for at de tiltalte er skyldige, må den ta stilling til om de forholdene som gjør at den skjerpede strafferammen kommer til anvendelse, foreligger. Spesielt der avgjørelsen skal treffes av en lagrette, er dette uheldig.
- (26) Begge sider har under forhandlingene pekt på at dersom retten tillates å ta i betraktning de førte bevisene selv om den ikke finner at forholdet er så alvorlig at det kunne begrunnet kommunikasjonskontroll, kan det oppstå en fare for at påtalemyndigheten vil ta ut tiltale for et mer alvorlig forhold enn det er grunnlag for – at forholdet vil bli ”oppsubsumert” – for å kunne fremlegge kommunikasjonskontrollmateriale som bevis.

- (27) Jeg er enig i at i den grad det er en slik fare, vil den være større der materialet stammer fra en annen sak, fordi ingen domstol i et slikt tilfelle har vurdert om det er skjellig grunn til å mistenke de tiltalte for et så alvorlig forhold at det gir adgang til telefonkontroll. Jeg finner det imidlertid vanskelig å tillegge faren for oppsubsumering avgjørende vekt. Blant annet kontroll fra overordnet påtalemyndighet bør forhindre det. Når det gjelder straffeloven § 60 a, antar jeg forøvrig at avgrensningen etter hvert vil bli klarere. Aktor har også fremholdt at dersom retten ser at det er direkte uskjønnsomt av påtalemyndigheten å henføre et forhold under et straffebed som gjør at kommunikasjonskontrollmateriale kan brukes som bevis, må den kunne se bort fra materialet. Forsvarerne har innvendt at dette gir en skjønnsmessig regel som ikke harmonerer med kravet til klar lovhjemmel i EMK artikkel 8 nr. 2. Jeg kan ikke se at en slik sikkerhetsventil ville stride mot EMK. Dette må eventuelt være en mulighet ved klart misbruk – ikke en vurdering som retten må foreta rutinemessig.
- (28) Forsvarer har pekt på at dersom retten tillates å legge vekt på fremlagt kommunikasjonskontrollmateriale selv om den ikke kommer til at saken er så alvorlig at den kunne begrunnet kommunikasjonskontroll, vil tiltalte ved å anke over bevisvurderingen under skyldspørsmålet likevel måtte frifinnes i neste instans: Hvis tingretten i vår sak hadde kommet til at straffeloven § 60 a ikke kom til anvendelse, men domfelt de tiltalte på grunnlag av kommunikasjonskontrollmaterialet, og de tiltalte hadde anket over bevisvurderingen under skyldspørsmålet, ville påtalemyndigheten etter forsvarers mening vært avskåret fra å legge opplysningene fra kommunikasjonskontrollen fram for lagmannsretten. De tiltalte måtte da frifinnes. Jeg ser ikke dette som et opplagt spørsmål, men det bør eventuelt vurderes nærmere av lovgiver.
- (29) Jeg har funnet saken vanskelig. Jeg er imidlertid kommet til at retten må kunne legge til grunn det bevismaterialet som lovlig er fremlagt for den, for hele saken, selv om den ikke finner bevis for det forholdet som medførte at materialet kunne framlegges. Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å komme til et annet resultat for noen av de tiltalte, slik en av forsvarerne har anført.
- (30) Konklusjonen må føre til delvis opphevelse av lagmannsrettens dom.
- (31) En av forsvarerne har subsidiært påstått at frifinnelsen for straffeloven § 60 a blir stående. Siden Høyesterett ikke har prøvd lovanvendelsen i denne saken for så vidt gjelder straffeloven § 60 a, finner jeg ikke at det er grunnlag for å fastholde frifinnelsen for denne bestemmelsen.
- (32) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

Gulating lagmannsretts dom med ankeforhandling oppheves for så vidt gjelder:

1. Frifinnelsen av C.
2. Frifinnelsen av D.
3. Frifinnelsen av B for tiltalens poster II a, IV a og VI.
4. Frifinnelsen av A for tiltalens poster II a og IV a.
5. Frifinnelsen av E for tiltalens poster II a og IV a.

- (33) Dommer **Tønder:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (34) Dommer **Flock:** Likeså.
- (35) Dommer **Øie:** Likeså.
- (36) Dommer **Gussgard:** Likeså.
- (37) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Gulating lagmannsretts dom med ankeforhandling oppheves for så vidt gjelder:

1. Frifinnelsen av C.
2. Frifinnelsen av D.
3. Frifinnelsen av B for tiltalens poster II a, IV a og VI.
4. Frifinnelsen av A for tiltalens poster II a og IV a.
5. Frifinnelsen av E for tiltalens poster II a og IV a.

Riktig utskrift bekreftes: