



NORGES HØYESTERETT

Den 24. november 2014 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2014-02288-A, (sak nr. 2014/1435), straffesak, anke over beslutning,

I.

A (advokat Bjørn Stordrange)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Thomas Skjelbred)
B (advokat Odd Rune Torstrup)

II.

C (advokat Christian Fredrik Bonnevie Hjort)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Thomas Skjelbred)
B (advokat Odd Rune Torstrup)

III.

D (advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Thomas Skjelbred)
B (advokat Odd Rune Torstrup)

IV.

E (advokat Pål W. Lorentzen)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (førstestatsadvokat Thomas Skjelbred)
B (advokat Odd Rune Torstrup)

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

- (1) Dommer **Bårdsen**: Saken gjelder bruk av overskuddsmateriale fra kommunikasjonskontroll som bevis i straffesak som står for lagmannsretten, jf. straffeprosessloven § 216i bokstav d, slik den lyder etter endring 21. juni 2013. Hovedproblemstillingen er om overskuddsmaterialet – som er lovlig innhentet og som etter nye regler i utgangspunktet også er tillatt som bevis – må avskjæres fordi dette materialet etter de tidligere regler skulle ha vært slettet, eller fordi de nye reglene ikke kan få anvendelse i en sak som allerede står for domstolene. Det er også spørsmål om ektefellen til en av de tiltalte kan kreve slettet opptak av samtaler som hun deltar i.
- (2) Sju personer – A, B, F, G, C, H og E – er tiltalt for blant annet overtredelser av verdipapirhandeloven, i form av innsidehandel og kursmanipulasjon. For A, i saken ellers gjerne omtalt som "hovedtiltalt", gjelder tiltalen dessuten brudd på aksjelovens regler om ulovlig aksjonærlån. Stavanger tingrett avsa dom 15. november 2012, hvor de tiltalte ble dømt til fengselsstraffer fra ett til ni år. Det ble også avsagt dom for inndragning og ansvar for sakskostnader. Ankebehandling i Gulating lagmannsrett startet 1. september 2014, og vil etter det opplyste pågå i åtte måneder.
- (3) Under etterforskningen ble det i 2008 gjennomført kommunikasjonskontroll på det grunnlag at siktelsen også omfattet straffeloven § 60a om straffbar handling utøvet som ledd i aktivitetene til en organisert kriminell gruppe. Denne delen av siktelsen ble imidlertid frafalt 7. juli 2010. Alt materialet som var innhentet gjennom kommunikasjonskontrollen, ble fra dette tidspunkt derfor overskuddsinformasjon. Forsvarerne fikk innsyn i materialet 12. januar 2009.
- (4) Tiltale ble tatt ut 15. august 2011. Ettersom denne ikke omfattet § 60a, kunne ikke materialet som var innhentet gjennom kommunikasjonskontrollen, etter de dagjeldende regler benyttes som bevis for tingretten, jf. straffeprosessloven § 216i, slik bestemmelsen da lød. Materialet ble ikke slettet.
- (5) Ved lov 21. juni 2013 nr. 86, som trådte i kraft 13. september samme år, ble det alminnelige forbudet mot bruk av overskuddsmateriale som bevis, opphevet. Regelen er nå at materiale innhentet ved kommunikasjonskontroll – på visse vilkår – kan benyttes som bevis også ved iretteføring av straffbare forhold som ikke i seg selv kunne ha begrunnet kommunikasjonskontrollen, jf. § 216i første ledd bokstav d. Påtalemyndigheten varslet i bevisoppgave 28. februar 2014 at overskuddsmaterialet ønskes brukt som bevis under ankebehandlingen. Gulating lagmannsrett avholdt muntlig forhandling for å avgjøre om dette materialet kunne føres som bevis, eller om det måtte avskjæres, jf. straffeprosessloven § 272 første ledd bokstav c. Ved beslutning 16. juni 2014 konkluderte lagmannsretten med at det aktuelle materialet "tillates benyttet som bevis".
- (6) Tre av de tiltalte – A, C og E – har anket lagmannsrettens beslutning til Høyesterett. Også D – As ektefelle – har anket for så vidt materialet gjelder telefonsamtaler hun selv deltar i. En fjerde av de tiltalte – B – har sluttet seg til påtalemyndigheten, og gjort gjeldende at materialet bør tillates ført. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 3. september 2014 ble ankesaken overført til avgjørelse av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstoloven § 5 første ledd andre punktum.

- (7) A og C har i korte trekk anført at det materialet som ble innhentet ved kommunikasjonskontrollen, skulle ha vært slettet senest da tiltale ble tatt ut 15. august 2011. Etter dette tidspunktet var materialet uten betydning for etterforskningen, og det var klart at det etter de regler som da gjaldt, ikke kunne benyttes som bevis i straffesaken når tiltalen ikke omfattet straffeloven § 60a. Forsvarerne fikk innsyn allerede 12. januar 2009. Materialet skulle derfor ha vært slettet, jf. straffeprosessloven § 216g bokstav a og forskrift 31. mars 1995 nr. 281 (kommunikasjonskontrollforskriften) § 9. Lagringen etter 15. august 2011 har vært i strid med loven, og derfor også i strid med Grunnloven § 102 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8. Det vil innebære en ytterligere rettskrenkelse om materialet nå tillates brukt som bevis. Materialet må derfor avskjæres.
- (8) Materialet må uansett nektes ført som bevis fordi slik bruk ville representere en rettsstridig tilbakevirkning, jf. Grunnloven § 97 og prinsippet i straffeloven § 3. Under enhver omstendighet tilsier tilbakevirkningsforbudet som tolkningsfaktor at den nye § 216i bokstav d ikke anvendes i en straffesak som er påbegynt. Hensynet til domstolenes uavhengighet tilsier dessuten stor skepsis mot at lovgiver griper inn med ny lovgivning som får virkning for saker som allerede er under behandling, jf. Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6. Når det ikke er gitt uttrykkelige overgangsbestemmelser, bør i alle tilfeller utgangspunktet være at nye prosessregler bare får anvendelse på nye saker.
- (9) A og C har lagt ned slik påstand:
- "Kommunikasjonskontrollmaterialet tillates ikke brukt som bevis i Gulating lagmannsretts sak 13-052571."**
- (10) E har i korte trekk anført at det ikke vil være anledning til å føre opptak av samtaler han har hatt med D, dersom det hun sier under samtalen er "sladdet". Begrenses bevisførselen til det han sier, vil beviset gi et misvisende og skjevt inntrykk av samtalen, som han i realiteten vil være avskåret fra å korrigere – og han vil da også være fratatt muligheten til å gjendrive påtalemyndighetens anklage om et stråmannsforhold. Dette vil være i strid med retten til en rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6. Enten må også det D sier spilles av, eller så må beviset som sådan nektes ført.
- (11) E har lagt ned slik påstand:
- "Kommunikasjonsmaterialet fra telefonsamtaler mellom D og E tillates ikke ført, med mindre også Ds stemme avspilles."**
- (12) D har i korte trekk gjort gjeldende at hun har rett til å anke over lagmannsrettens beslutning om å tillate brukt som bevis telefonsamtaler der hun deltar, jf. straffeprosessloven § 377 første ledd. At det hun sier i samtalen, eventuelt vil være "sladdet", innebærer ikke at hun mister sin rettslige interesse i å angripe lagmannsrettens beslutning.
- (13) Opptakene av samtaler der D deltar, skulle ha vært slettet straks, jf. straffeprosessloven § 216g første ledd bokstav b og kommunikasjonskontrollforskriften § 9 første ledd andre punktum, jf. straffeprosessloven § 122. Dette gjelder samtalene i sin helhet, ikke bare det D selv sier. Det vil være i strid med Grunnloven § 97 og § 95 første ledd, jf. EMK artikkel 6 og Grunnloven § 102, jf. EMK artikkel 8 å tillate samtalene ført som bevis for lagmannsretten. Fortsatt lagring av samtalene representerer et selvstendig og fortsatt

pågående rettsbrudd overfor D, som må repareres ved at Høyesterett avsier kjennelse for at materialet skal slettes, jf. blant annet EMK artikkel 13.

(14) D har lagt ned slik påstand:

"Samtaler innhentet ved kommunikasjonskontroll der D deltar slettes.

Subsidiært: Samtaler innhentet ved kommunikasjonskontroll der D deltar tillates ikke ført som bevis helt eller delvis.

I alle tilfelle:

Staten v/Justisdepartementet dekker sakens omkostninger."

(15) *Påtalemyndigheten* har i korte trekk gjort gjeldende at overskuddsmaterialet ikke skulle ha vært slettet. Plikten til å slette etter straffeprosessloven § 216g bokstav a, jf. kommunikasjonskontrollforskriften § 9, inntreer først når det er på det rene at materialet ikke vil kunne ha betydning i forbindelse med etterforskningen, som fremdeles vil kunne pågå helt frem til rettskraftig dom. Muligheten for gjenåpning tilsier at materialet vil kunne lagres også utover dette. Dersom materialet skulle ha vært slettet og er lagret i strid med nasjonale og internasjonale menneskerettsbestemmelser, er det imidlertid riktig å nekte materialet brukt som bevis.

(16) Verken Grunnloven § 97, straffeloven § 3, hensynet til domstolenes uavhengighet eller andre prinsipper er til hinder for at de nye reglene som tillater å bruke overskuddsmateriale som bevis, også gis virkning for verserende saker. Ingen berettiget innrettelsesinteresse er krenket ved at saken irettesføres etter de nye reglene.

(17) Ds rettigheter etter straffeprosessloven § 122, jf. § 216g bokstav b er ivaretatt ved at det hun sier i de avlyttede samtaler, er "sladdet" og ikke vil bli spilt av under behandlingen i lagmannsretten. At dette vil etterlate et mer fragmentarisk bevisbilde enn om samtaler i sin helhet spilles av, tilsier ikke at Es rett til en rettfærdig rettergang er krenket.

(18) Påtalemyndigheten har lagt ned slik påstand:

"Ankene forkastes."

(19) *B* har sluttet seg til påtalemyndigheten, og for egen del spesielt fremhevet at overskuddsmaterialet bør føres for lagmannsretten fordi dette kan ha betydning for avgjørelsen av hans straffeskyld, og eventuelt også for reaksjonsspørsmålet. Når man har for hånden materiale som kan bidra til et mer fullstendig og riktig faktisk avgjørelsesgrunnlag, bør det ikke avskjæres.

(20) *B* har lagt ned slik påstand:

"Ankene forkastes".

(21) *Jeg er kommet* til at ankene fører frem.

(22) Ankene gjelder en beslutning etter straffeprosessloven § 272 første ledd bokstav c som lagmannsretten har avsagt som første instans. Høyesterett har full kompetanse.

- (23) Før jeg tar stilling til om overskuddsmaterialet som ble ervervet ved kommunikasjonskontroll i 2008, skulle ha vært slettet, og derfor må nektes ført som bevis i straffesaken som nå går for Gulating lagmannsrett, finner jeg grunn til å presisere hvilke krav til *hjemmelsgrunnlag* som gjelder på dette området.
- (24) Politiets innhenting, oppbevaring og bruk av materiale som er ervervet ved kommunikasjonskontroll, er integritetsinngrep som bare er tillatt dersom, og utelukkende i den utstrekning, dette har hjemmel i lov, direkte eller ved forskrift med hjemmel i lov. Dette følger allerede av det alminnelige legalitetsprinsippet som er etablert ved konstitusjonell sedvanerett, og som nå kommer til uttrykk i Grunnloven § 113, som sier:

"Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov."

- (25) Paragrafen var ny ved grunnlovsreformen 2014. Den svarer til forslaget fra det stortingsoppnevnte *Lønning-utvalget* som utredet spørsmålet om en generell utvidelse av Grunnlovens menneskerettsvern. Utvalget understreket at man ikke tok sikte på noen endring av rettstilstanden, sammenlignet med den som fulgte av konstitusjonell sedvanerett, jf. Dok. 16 (2011–2012) side 248. Formålet med § 113 var å "synliggjøre prinsippet og samtidig vise at det fungerer som en reell skranke for makthavernes myndighetsutøvelse". Konstitusjons- og kontrollkomiteen var enig i at legalitetsprinsippet burde grunnlovsfestes, og viste til at dette er "grunnlaget for forståelsen av rettsstaten" og dermed utgjør en av "de sentrale deler av vår statskikk", jf. Innst. 186 S (2013–2014) side 31.
- (26) Lovkravet fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg. Det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, jf. også Grunnloven § 98 første ledd som slår fast at "[a]lle er like for loven". Lovkravet støtter Stortingets lovgiverfunksjon etter Grunnloven § 75a og den demokratiske ideen som ligger bak ordningen med at lovgivningskompetansen er hos en folkevalgt nasjonalforsamling: Den utøvende makt kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for.
- (27) Grunnloven § 102 lyder:

"Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller.

Statens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integritet."

- (28) Også denne paragrafen er ny ved grunnlovsreformen 2014. For så vidt gjelder personlige opplysninger, hadde *Lønning-utvalget* foreslått at det rettslige vernet burde omtales direkte og mer utførlig i selve grunnlovsbestemmelsen, for å "sikre at all systematisk innhenting, oppbevaring og bruk av andres personlige opplysninger (trenger hjemmel i) lov", jf. Dok. 16 (2011–2012) side 179. Flertallet i kontroll- og konstitusjonskomiteen ønsket en mer komprimert ordlyd. Komiteen ga samtidig, i Innst. 186 S (2013–2014) side 27, uttrykk for at § 102 "skal leses som at systematisk innhenting, oppbevaring og bruk av opplysninger om andres personlige forhold bare kan finne sted i henhold til lov, benyttes i henhold til lov eller informert samtykke og slettes når formålet ikke lenger er til stede". Jeg legger dette til grunn, men føyer til at hvorvidt en lov som griper inn i privat- og familielivet, hjemmet, kommunikasjonen eller den personlige integritet, er forenlig med § 102, også beror på om loven ivaretar et legitimt formål og er forholdsmessig. At

materialet "slettes når formålet ikke lenger er til stede", slik kontroll- og konstitusjonskomiteen ga uttrykk for i tilknytning til § 102, er nettopp en konsekvens av den alminnelige forholdsmessighetsbegrensningen som gjelder også for lovhjemlede og saklig begrunnede inngrep i rettighetene og frihetene fastsatt i Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.

- (29) Også EMK artikkel 8 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 forstås slik at kommunikasjonskontroll i etterforskningsøyemed er en innblanding i privat- og familielivet og i den personlige integritet som bare kan foretas så langt den er "in accordance with the law" og forholdsmessig. Dette gjelder også den rene lagring av materiale innhentet ved slik kontroll, uavhengig av den senere bruken, jf. dommer av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) i *Leander mot Sverige* (26. mars 1987) avsnitt 48, *Amann mot Sveits* (16. februar 2000) avsnitt 69 og *S. og Marper mot Storbritannia* (4. desember 2008) avsnitt 67. Jeg viser også til Prop. 147 L (2012–2013) side 95, hvor departementet på tilsvarende måte legger til grunn at "selve oppbevaringen innebærer en behandling av personopplysninger og utgjør et inngrep i personvernet".
- (30) Oppbevaring av materiale som er innhentet ved kommunikasjonskontroll, kan altså, i henhold til Grunnloven og det internasjonale menneskerettighetsvernet, bare skje i den utstrekning det er hjemmel for dette i lov eller i forskrift gitt med hjemmel i lov. For å gi en slik hjemmel som Grunnloven og menneskerettskonvensjonene krever, holder det ikke at loven er formelt sett i orden, og at den etter alminnelige tolkningsprinsipper gir grunnlag for lagringen. Det gjelder også *kvalitative* krav: Loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater. Den må dessuten – i lys av den forhøyede risikoen for misbruk og vilkårlighet som erfaringsmessig kan foreligge når myndigheter tillates å operere i hemmelighet – gi rimelige garantier knyttet til blant annet formen for lagring, bruken av materialet, mulighetene for innsyn, sikkerhet og sletting. For så vidt gjelder tolkningen av EMK artikkel 8 på dette punktet, viser jeg til EMDs dommer i *Malone mot Storbritannia* (2. august 1984) avsnitt 66, *Kopp mot Sveits* (25. mars 1998) avsnitt 72, *Amann mot Sveits* (16. februar 2000) avsnitt 56, *S. og Marper mot Storbritannia* (4. desember 2008) avsnitt 99 og *Kennedy mot Storbritannia* (18. mai 2010) avsnitt 152.
- (31) Med dette som bakgrunn ser jeg nå på de konkrete bestemmelsene om oppbevaring og sletting som er aktuelle for det overskuddsmaterialet som foreligger i saken her. De særskilte innvendinger som D har fremsatt, kommer jeg tilbake til.
- (32) Før endring i 2014 bestemte påtaleinstruksen § 2-2 første ledd at alle dokumenter i straffesaker skulle "oppbevares ... ved politikammeret på det sted hvor saken har vært behandlet eller hvorfra etterforskningen har vært ledet". Bestemmelsen ble med virkning fra 1. juli 2014 flyttet til politiregisterforskriften § 25-3. Disse helt generelle hjemlene for oppbevaring av dokumenter i straffesaker må sammenholdes med de spesielle reglene i straffeprosessloven med tilhørende forskrifter om oppbevaring og sletting av materiale innhentet ved kommunikasjonskontroll.
- (33) Straffeprosessloven § 216g lyder:

"Påtalemyndigheten skal sørge for at opptak eller notater som er gjort under kommunikasjonskontrollen, snarest mulig blir tilintetgjort i den utstrekning de

- a) er uten betydning for forebyggelsen eller etterforskningen av straffbare forhold, eller
- b) gjelder uttalelser som retten etter reglene i §§ 117 til 120 og 122 ikke vil kunne kreve vedkommendes vitneforklaring om, med mindre vedkommende mistenkes for en straffbar handling som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen."

(34) For så vidt gjelder overskuddsmaterialet, er det alternativ a – at materialet "snarest mulig blir tilintetgjort" i den utstrekning dette er "uten betydning for etterforskningen av straffbare forhold" – som er det aktuelle slettingsgrunnlag.

(35) Etter straffeprosessloven § 216k kan det gis forskrifter til nærmere utfylling og gjennomføring av blant annet slettingsreglene. I kommunikasjonskontrollforskriften 31. mars 1995, som er gitt med hjemmel i § 216k, heter det i § 9:

"De deler av et opptak eller en annen gjengivelse av en kontrollert telefonsamtale eller annen kommunikasjon som er uten betydning for forebyggingen eller etterforskningen av straffbare forhold, skal snarest mulig tilintetgjøres. Det samme gjelder opplysninger som retten etter reglene i straffeprosessloven §§ 117 til 120 og § 122 ikke vil kunne kreve vedkommendes vitneforklaring om, med mindre vedkommende mistenkes for overtredelse av straffebud som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen. Opptak eller gjengivelser som gjelder overtredelse av andre straffebud enn dem som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen, skal også tilintetgjøres hvis det har gått mer enn 3 måneder etter at opptaket ble gjort og videre etterforskning ikke er satt i gang.

Andre opptak og gjengivelser oppbevares etter reglene i beskyttelsesinstruksen så lenge dette anses nødvendig av hensyn til forebyggingen eller etterforskningen. Når det er særskilt bestemt, skal materialet oppbevares på en mer betryggende måte.

Politimesteren skal forvise seg om at opptak og gjengivelser straks blir tilintetgjort når de ikke lenger skal oppbevares etter reglene i de foregående ledd."

(36) Forskriften er ikke så lett å forstå. Jeg leser den slik at i tilfeller der det innenfor tremåneders-fristen i første ledd siste punktum er iverksatt etterforskning for et annet straffbart forhold enn det som begrunnet kommunikasjonskontrollen, så foreligger det hjemmel for fortsatt lagring av dette materiale som er innhentet – det såkalte overskuddsmaterialet – "så lenge dette anses nødvendig ... av hensyn til etterforskningen", jf. § 9 andre ledd første punktum. Når forskriften bruker "etterforskningen" i bestemt form, antar jeg at den refererer til den fristavbrytende etterforskningen etter første ledd siste punktum. Straks overskuddsmaterialet ikke lenger er nødvendig av hensyn til denne etterforskningen, skal det tilintetgjøres, jf. tredje ledd.

(37) Språklig sett innebærer straffeprosessloven § 216g bokstav a og kommunikasjonskontrollforskriften § 9 at materialet skal slettes, selv om § 216i gir adgang til å benytte dette som bevis under den senere *irretteføringen*, så sant det ikke lenger er behov for materialet i forbindelse med selve *etterforskningen*. En slik tolkning er imidlertid meningsløs. Mangelen på sammenheng skyldes at § 216g bokstav a og forskriften § 9 er utformet med utgangspunkt i de tidligere regler som innebar at materiale innhentet ved kommunikasjonskontroll ikke kunne benyttes som bevis. Bestemmelsene om sletting kan derfor ikke lenger tas helt på ordet. De må suppleres med § 216i, som *forutsetningsvis* gir hjemmel for fortsatt lagring av materiale innhentet ved kommunikasjonskontroll, i den utstrekning dette skjer med sikte på senere bruk av

materialet innenfor rammen av § 216i, jf. til sammenligning Rt. 1991 side 1018. Regelen om sletting i § 216g bokstav a og forskriften § 9 må dessuten ses i sammenheng med innsynsretten etter straffeprosessloven § 264 første ledd, som inntreffer når tiltale tas ut, og som omfatter det samlede materialet som er fremkommet ved kommunikasjonskontrollen. Materialet kan av hensyn til tiltaltes rett til en rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 første ledd og EMK artikkel 6 nr. 1 derfor først slettes etter at forsvaret er gitt anledning til innsyn, jf. Rt. 2005 side 1137 avsnitt 73 og EMDs dommer i *Natunen mot Finland* (31. mars 2009) og *Janatuinen mot Finland* (8. desember 2009).

- (38) Det er ikke til å komme utenom at reglene for oppbevaring, innsyn og sletting er vanskelig tilgjengelige og temmelig uklare – og derfor også problematiske i lys av det lovkravet jeg redegjorde for innledningsvis. Usikkerhet omkring reglens innhold har etter det opplyste også resultert i en praksis der politiet i stor utstrekning *ikke* sletter materiale fra kommunikasjonskontroll i saker som kan bli eller har blitt irettført, heller ikke etter rettskraftig avgjørelse. Jeg viser til Metodekontrollutvalgets innstilling i NOU 2009: 15 på side 253, hvor det gis uttrykk for at reglene om sletting ikke praktiseres etter sin ordlyd, og hvor det vises til følgende uttalelse fra Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll:

"Lovendringen som tillot bruk av opplysninger fra kommunikasjonskontroll som bevis, har ført til regelverket om sletting og rettsstilstanden har kommet i utakt. Etter avgjørelsen i Rt. 2005 side 1137, har dette blitt forsterket. Det rår usikkerhet i politidistriktene omkring makuleringsreglene. Praksis i politidistriktene synes likevel gjennomgående å være at alt materiale i saker som kan bli eller har blitt irettført ikke makuleres, heller ikke etter rettskraftig avgjørelse. Muligheten for gjenopptakessak ligger bak denne praksisen."

- (39) Jeg nevner også at det i Prop. 147 L (2012–2013) side 93 fremgår at departementet fant det "påkrevet" å revurdere bestemmelsene om sletting, av hensyn til å få sammenheng i loven.
- (40) Påtalemyndigheten har gjort gjeldende at § 216g, sammenholdt med forskriften § 9, i dag må forstås slik at det er hjemmel for lagring inntil rettskraftig dom og trolig også lenger, ettersom det alltid er en mulighet for at materialet kan få betydning for etterforskningen også mens saken står for retten, eventuelt ved en senere begjæring om gjenåpning.
- (41) Det er ikke vanskelig å se at en slik løsning kan ha gode reelle grunner for seg. De endringer i § 216g som ble vedtatt 21. juni 2013, men som ikke er trådt i kraft, innebærer da også at materiale som ikke har vært benyttet som bevis for retten, tidligst skal slettes etter at det foreligger rettskraftig dom. Materiale som har vært brukt som bevis, skal derimot oppbevares også etter dette. Det samme gjelder materiale som ikke "åpenbart er uten betydning for saken". Jeg viser til de overveielser som ligger bak endringene, slik de fremgår av Prop. 147 L (2012–2013) side 95–97. Det fremgår der at når man nå har foretrukket å knytte slettingen til tidspunktet for rettskraftig dom, er dette i første rekke for å ivareta tiltaltes rett til innsyn. Og departementet fremhever videre at tidspunktet for rettskraftig dom utgjør "en klarere og mer praktikabel angivelse av tidspunktet for sletting enn etter dagens løsning, hvor sletting skal skje 'snaest mulig'."
- (42) Hensynet til hensiktsmessige og praktikable løsninger, praksis i politidistriktene og lovgivers nåværende syn på lagrings- og slettingsspørsmålet, trekker uten tvil i retning av å tolke også dagens regler slik at sletting i hvert fall ikke skal skje før det foreligger

rettskraftig dom. Jeg er også fullt klar over at materiale som er innhentet ved kommunikasjonskontroll, kan ha verdi for politiet under iretteføringen, selv om dette materialet ikke brukes som bevis i retten. Ofte gjennomføres det etterforskningskritt etter at tiltalen er tatt ut. Skillet mellom "etterforskning" og "iretteføring" er verken i teorien eller praksis entydig eller skarpt.

- (43) Den gjeldende § 216g bokstav a og kommunikasjonskontrollforskriften § 9 gir imidlertid *ikke* uttrykk for at slettingen kan vente til det foreligger rettskraftig dom. Tvert imot bestemmer loven at materiale som er uten betydning for etterforskning av straffbare forhold, "snarest mulig blir tilintetgjort". Forskriften presiserer dette slik at materialet bare kan oppbevares "så lenge dette anses nødvendig av hensyn til ... etterforskningen", og bestemmer at materialet deretter "straks blir tilintetgjort". Et bærende prinsipp bak disse reglene er – slik jeg forstår dem – at materialet bare skal lagres så lenge det foregår en målrettet og aktiv etterforskning. Jeg viser til NOU 1997: 15 punkt 4.2.5.8, hvor det blir spesielt poengtert at "[l]agring av opplysninger til eventuell fremtidig bruk må ikke finne sted". Jeg viser også til Prop. 147 L (2012–2013) side 95, hvor departementet fremhever følgende:

"Ved forberedelse av hovedforhandling i en straffesak har begge parter anledning til å gjennomgå innhentet materiale, og vurdere hvilke opplysninger de anser relevant for siktetes straffeskyld og som derfor skal legges frem for retten. Materiale som etter denne gjennomgåelsen ikke påberopes som bevis i saken, er følgelig opplysninger som verken påtalemyndigheten eller forsvarer har funnet å ha bevisverdi. Videre oppbevaring av materialet er således som utgangspunkt ikke nødvendig for det formål opplysningene er innhentet, nemlig etterforskning og iretteføring av straffbare forhold. Som Metodekontrollutvalget påpeker tilsier derfor personvern hensyn at materiale som ikke er påberopt som bevis, bør slettes."

- (44) Spranget til en ordning som tillater rutinemessig lagring av materiale som ikke skal brukes som bevis, helt frem til rettskraftig dom, slik påtalemyndigheten argumenter for, er på denne bakgrunn ganske stort – det er i realiteten tale om et annet system enn det loven og forskriften bygger på og gir uttrykk for. I lys av de hjemmelskrav som her gjelder, forstår jeg ikke hvordan en slik omlegging kan foretas uten at loven og forskriften endres. Lovgiver later til å være av samme oppfatning, ettersom loven nå *er* vedtatt endret.
- (45) Hovedtyngden i den aktive og målrettede etterforskningen skal være avsluttet når tiltale tas ut, jf. straffeprosessloven § 226 første ledd bokstav a. Det er derfor etter mitt syn naturlig å knytte slettingsplikten til dette tidspunktet. Ordlyden i loven og forskriften, og hensynet til personvernet, trekker riktignok i retning av at i hvert fall deler av materialet bør kunne slettes også før dette, etter en fortløpende konkret vurdering. Men her kommer andre hensyn inn, spesielt den tiltaltes rett til innsyn i det samlede materialet som er innhentet ved kommunikasjonskontrollen, jf. Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6. Denne retten inntreffer først når tiltale tas ut, jf. § 264 første ledd og Rt. 2005 side 1137. Plikten til å slette materialet vil av hensyn til sammenhengen mellom reglene om sletting og innsyn derfor ikke kunne inntre før innsyn er gitt og forsvaret også har fått nødvendig tid til å gjennomgå materialet og til å avgjøre om dette for eksempel gir et grunnlag for å begjære iverksatt ytterligere etterforskningskritt.
- (46) Som tidligere nevnt fikk de tiltalte i denne saken innsyn i alt materialet ganske tidlig under etterforskningen, den 12. januar 2009. Tiltale ble tatt ut 15. august 2011. Den omfattet ikke straffeloven § 60a, og det var derfor etter dette tidspunkt på det rene at det

ikke var aktuelt å benytte noe av materialet som bevis under straffesaken. Etter mitt syn skulle derfor materialet ha vært slettet senest da tiltale ble tatt ut.

- (47) Når politiets besittelse av materialet er ulovlig, må adgangen til å benytte det som bevis, avgjøres etter de samme regler som for ulovlig ervervede bevis. Begrensninger i adgangen til å benytte ulovlig ervervede bevis bygger på rettspraksis. Ved vedtakelsen av tvisteloven ble begrensningene lovfestet for sivile saker, se tvisteloven § 22-7, som bestemmer:
- "Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte."**
- (48) Selv om utfallet kan bli forskjellig i straffesaker og sivile saker, er vurderingstemaet det samme, jf. Rt. 2013 side 1282 avsnitt 42. Løsningen beror på en bred avveining, jf. Rt. 1999 side 1269.
- (49) Jeg peker på at fra 13. september 2013, da endringen av straffeprosessloven § 216i bokstav d trådte i kraft, har loven gitt en forutsetningsvis hjemmel for lagring av overskuddsinformasjon med sikte på å benytte denne som bevis. Den uhjemlede lagringen i perioden fra 15. august 2011 til 13. september 2013 har ikke hatt betydning for materialets pålitelighet. Hensynet til sakens opplysning, konkretisert ved Bs uttrykkelig ønske om at materialet tillates ført, taler for at materialet tillates.
- (50) Disse forholdene er imidlertid ikke avgjørende: Lagringen var etter 15. august 2011 og frem til 13. september 2013 i strid med loven, og dermed også i strid med EMK artikkel 8 og med SP artikkel 17. Politiet hadde i mer enn to år en lovbestemt plikt til å tilintetgjøre materialet. Hadde plikten vært overholdt, ville spørsmålet om å bruke dette som bevis ikke kunnet oppstå i ettertid. I dette ligger ikke bare et visst tilbakevirkningselement. Tillates materialet nå benyttet som bevis i straffesaken, vil denne bruken utgjøre en gjentatt rettskrenkelse, jf. nå også Grunnloven § 102 og § 113. Jeg viser til Rt. 1999 side 1269 som slår fast at beviset i slike tilfeller normalt skal avskjæres.
- (51) Min konklusjon blir etter dette at overskuddsmaterialet ikke kan tillates ført som bevis i straffesaken for Gulating lagmannsrett. Det er da ikke nødvendig for meg å gå inn på de særskilte innvendinger som er fremsatt av E.
- (52) Jeg behandler nå den særlige innvending som er fremsatt av D, ektefellen til "hovedtiltalt" A. D er ikke part i straffesaken. Men fem telefonsamtaler hun har deltatt i fra 9. til 15. juni 2008, har vært avlyttet – to med C, én med ektefellen A og to med E. Også disse samtalene er etter det aktor har opplyst i skranken for Høyesterett, i sin helhet fremdeles lagret.
- (53) Det følger av straffeprosessloven § 216g bokstav b, som jeg har sitert tidligere, at opptak snarest mulig skal tilintetgjøres for så vidt gjelder uttalelser som retten etter reglene i straffeprosessloven §§ 117 til 120 og 122 ikke vil kunne kreve vedkommendes vitneforklaring om, med mindre vedkommende selv mistenkes for en straffbar handling som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen. D er gift med A, og kan derfor helt nekte å avgi forklaring, jf. § 122.
- (54) I anketilsvaret gjorde påtalemyndigheten gjeldende at D ikke hadde ankerett, ettersom lagmannsrettens beslutning ikke rammer henne, jf. straffeprosessloven § 377 første ledd.

Det ble vist til at hun ikke er part i straffesaken, og at det D selv sier i samtalene, vil være "sladdet". Under de muntlige forhandlingene for Høyesterett har aktor ikke kommentert dette, og påstanden om avvising av Ds anke er ikke opprettholdt. Da Høyesterett av eget tiltak må ta stilling til spørsmål om avvising, bemerker jeg følgende:

- (55) Samtaler D har deltatt i, har vært avlyttet. Anken hennes gjelder bruken av dette materialet som bevis i straffesaken mot blant andre hennes ektefelle. D gjør gjeldende at de fem samtalene hvor hun deltar, i sin helhet skulle ha vært slettet etter den særlige bestemmelsen om ektefellers rett til å nekte forklaring i straffeprosessloven § 216g bokstav b og § 122, jf. kommunikasjonskontrollforskriften § 9 første ledd andre punktum. Dette er regler som nettopp tar sikte på å ivareta Ds egne interesser, jf. til sammenligning Rt. 2012 side 12. Selv om D ikke er part i straffesaken som sådan, har hun utvilsomt ankerett etter straffeprosessloven § 377 første ledd.
- (56) Materiale som omfattes av straffeprosessloven § 216g bokstav b og kommunikasjonskontrollforskriften § 9 første ledd andre punktum, kan ikke under noen omstendighet benyttes som bevis. Slikt materiale inngår heller ikke i det forsvaret har rett til innsyn i etter straffeprosessloven § 264. Jeg viser til Rt. 2005 side 1137 avsnitt 76. Det ligger i dette at materialet skal slettes så snart det er brakt på det rene at det er omfattet av denne særlige slettingsregelen, jf. Rt. 2005 side 196, Rt. 2009 side 396 og Prop. 147 L (2012–2013) side 10 og side 109. Jeg viser også til NOU 2009: 15 side 260, hvor Metodekontrollutvalget peker på at slikt materiale "heller ikke [kan] brukes i etterforskningen eller i annet etterretningsøyemed", og at utvalget forutsatte "at det skapes notoritet rundt at sletting har funnet sted i politiets datasystemer". I Prop. 147 L (2012–2013) side 104, gir departementet på samme måte uttrykk for at dette materialet ikke kan benyttes av politiet "til andre formål, slik som etterforskning eller etterretning". Informasjonen skal "slettes fra politiets systemer". På side 107 i proposisjonen er det også forutsatt at materialet heller ikke skal kunne brukes om "inngangsupplysninger i andre saker, eller som ren informasjon om visse kriminelle miljøer".
- (57) Påtalemyndigheten har anført at sletteplikten ikke omfatter samtalene i sin helhet, men bare det D selv sier. Det samtalepartneren sier, kan da – etter påtalemyndighetens syn – lagres uhindret av sletteplikten, og eventuelt brukes under etterforskningen og som bevis så langt § 216i tillater. Det er vist til at ordlyden i § 216g bokstav b åpner for en slik løsning, når det som skal slettes, er "uttalelser" som retten etter reglene i §§ 117 til 120 og 122 ikke vil kunne kreve vedkommendes vitneforklaring om. Høyesteretts ankeutvalg ga dessuten i Rt. 2009 side 396 uttrykk for at slettingsregelen i § 216g bokstav b ikke innebærer at det aldri kan foretas avlytting av en samtale en siktet har med noen som faller inn under unntaket i bokstav b, ettersom det den siktede selv sier i en slik samtale, "i utgangspunktet" ikke vil måtte slettes. Metodekontrollutvalget og departementet har lagt kjennelsen fra 2009 til grunn, jf. NOU 2009: 15 side 258 og Prop. 147 L (2012–2013) side 178.
- (58) Til dette vil jeg si: I Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse i Rt. 2009 side 396 konkluderte utvalget med at romavlytting i utgangspunktet kan gjennomføres selv om én av de tilstedeværende er omfattet av persongruppen i § 216g bokstav b, såfremt det ikke nettopp er det vedkommende forventes å si, som begrunner avlyttingen. Det politiet i den saken var ute etter, var eventuelle beskjeder fra vedkommende familiemedlem til den siktede, som satt fengslet. Romavlytting var da, som et utgangspunkt, ikke aktuelt. Lagmannsrettens kjennelse ble imidlertid opphevet fordi lagmannsretten ikke hadde

vurdert om vedkommende familiemedlem selv kunne mistenkes, og dermed likevel ikke var vernet, jf. § 216g bokstav b *in fine*. Sletteplikten rekkevidde ble ikke nærmere drøftet i ankeutvalgets kjennelse, som etter mitt syn ikke kan tolkes slik at den – som en alminnelig regel – bygger på at det kun er det som den beskyttede personen selv sier, som skal slettes. Når Høyesterett i avdeling nå har fått spørsmålet prosedert i en større bredde, vil en enkeltstående kjennelse fra ankeutvalget uansett kun ha en avdempet prejudikatverdi. Jeg kan heller ikke se at en eventuell lovgiveroppfatning i tråd med påtalemyndighetens tolkning av kjennelsen fra 2009, er så festnet eller har fått slike konsekvenser at denne i seg selv har noen spesiell vekt.

- (59) Jeg er for min del blitt stående ved at sletteplikten må gjelde samtaler som sådanne og i sin helhet, ikke bare det den beskyttede personen selv sier. Slettingsregelen i § 216g bokstav b er en forlengelse av blant annet straffeprosessloven § 122, som – gjennom et generelt unntak for vitneplikten – beskytter én ektefelle fra å inkriminere den andre. Det er bred enighet om verdien av en slik regel, som har vært gjenstand for grundig lovgivervurdering ved flere korsveier, senest i Prop. 147 L (2012–2013) side 102–104. I motsetning til en monolog innebærer en samtale typisk at den ene deltakeren responderer på det den andre sier, enten samtalen har preg av for eksempel informasjonsutveksling, rådgivning, dialog, diskusjon, krangel eller småprat. Det vil trolig bare helt unntaksvis være slik at man ved å "sladde" det den ene samtalepartneren sier, også effektivt forhindrer at det kan trekkes slutninger om hva som blir sagt, ut fra den andre samtalepartnerens reaksjoner og svar. Den lovforståelse påtalemyndigheten tar til orde for, ville altså undergrave slettingsregelens formål og også representere et innhugg i vernet etter § 122. En mellomløsning – hvor politiet skulle vurdere konkret om også samtalepartnerens bidrag må slettes fordi vedkommendes reaksjoner og svar gir grunnlag for å trekke slutninger om hva den beskyttede personen sier – virker for meg aldeles upraktisk.
- (60) Min konklusjon er etter dette at materiale innhentet gjennom kommunikasjonskontroll av samtaler der D deltar, skulle ha vært slettet i sin helhet allerede da politiet ble kjent med at materialet var omfattet av straffeprosessloven § 216g bokstav b, jf. kommunikasjonskontrollforskriften § 9 første ledd andre punktum. Det følger av det jeg allerede har sagt, at det da er uaktuelt å tillate noe av dette brukt som bevis i straffesaken for Gulating lagmannsrett.
- (61) D har for Høyesterett lagt ned påstand om at politiet må slette materialet. Materielt sett er sletteplikten helt på det rene. Ankegjensstanden for Høyesterett er imidlertid spørsmålet om bevisavskjæring, ikke om materialet også må slettes. Ut fra vanlige prosessuelle prinsipper må kravet om sletting avvises, og eventuelt fremmes som særskilt sak. Forholdet er imidlertid at den fortsatte lagringen, som for øvrig fremdeles også omfatter det D selv sier i disse samtaler, innebærer et pågående brudd på Grunnloven § 102, EMK artikkel 8 og SP artikkel 17. Dette må bringes til opphør. Jeg viser til Grunnloven § 92 og til at D har rett til et effektivt reparasjonsmiddel, jf. EMK artikkel 13 og SP artikkel 2 nr. 3 bokstav b, sml. også Rt. 2012 side 12. Høyesterett bør etter mitt syn derfor avsi kjennelse for at materialet nå tilintetgjøres.
- (62) D har vunnet frem med sin anke og skal, ut fra analogisk anvendelse av tvistelovens regler, tilkjennes erstatning for sine sakskostnader. Kravet utgjør 171 500 kroner med tillegg av merverdiavgift. Påtalemyndigheten har ikke hatt innvendinger mot

kostnadsoppgaven, som legges til grunn. Det er staten v/Justis- og beredskapsdepartementet som står ansvarlig, jf. Rt. 2014 side 645.

- (63) Mitt syn på hovedspørsmålet – at overskuddsinformasjonen skulle ha vært slettet og av den grunn heller ikke kan tillates brukt som bevis i straffesaken for lagmannsretten – innebærer at det heller ikke er behov for å avgjøre om bevisførselen må avskjæres fordi den nye regelen i straffeprosessloven § 216i bokstav d ikke kan få anvendelse på saker som allerede står for domstolene. Jeg vil likevel – helt kort – gi uttrykk for noen hovedsynspunkter:
- (64) Det er ikke tvilsomt at nye straffeprosessuelle bestemmelser, som utgangspunkt og hovedregel, uhindret av tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 kan få anvendelse på eldre forhold, selv om det medfører at stillingen for den personen det gjelder, blir mindre gunstig. Jeg viser til Rt. 2010 side 1445 avsnitt 95 og Rt. 2012 side 519 avsnitt 89. Førstvoterende i saken fra 2012 holdt åpent "at det må gjøres visse reservasjoner i dette der de prosessuelle endringene skjer mens en sak står for domstolene". Og jeg kan være enig i at blant annet endringer i reglene om bevis og bevisavskjæring står så nær de materielle regler at tilbakevirkningsspørsmål kan aktualiseres. Men vidtrekkende begrensninger er det i tilfelle ikke tale om. Dersom politiets besittelse av kommunikasjonskontrollmaterialet hadde vært lovlig, ville det ikke foreligget noen rettsstridig tilbakevirkning, ettersom tilbakevirkningen under denne forutsetning ikke er uforholdsmessig tyngende eller inngripende. Vi står ikke ovenfor såkalt singular lovgivning, som vår konstitusjon ikke tillater. Heller ikke på andre måter er domstolenes uavhengighet etter Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 trådt for nær.
- (65) Straffeloven § 3, som er begrenset til straffelovgivningen, har liten interesse i en sammenheng som dette, med mindre en straffeprosessuell endring i realiteten også innebærer en materiell omlegging. Etter omstendighetene vil derimot prinsippet i Grunnloven § 97 kunne få betydning som tolkningsmoment, dersom det er tvil om nye regler skal få anvendelse på eldre forhold, jf. Rt. 1991 side 1439, Rt. 1992 side 1511 og Rt. 2010 side 718. Men rettskildene gir ikke grunnlag for å oppstille en alminnelig presumsjon for at endringer i prosesslovene bare får virkning for senere saker. Jeg viser til Rt. 2005 side 279, hvor det fremgår at dersom loven selv ikke inneholder overgangsregler, vil løsningen bero på hva som finnes rimelig og hensiktsmessig. Et sentralt moment vil være hvor mye nytt lovendringen inneholder, og spesielt om endringen i realiteten innebærer at det innføres en ny prosessordning, eller det er tale om en større samlereform. I så måte er endringen av straffeprosessloven § 216i uproblematisk.
- (66) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

1. Kommunikasjonsmaterialet tillates ikke brukt som bevis i Gulating lagmannsretts sak 13-052571.
2. Alle opptak og utskrifter av samtaler innhentet ved kommunikasjonskontroll der D deltar, skal tilintetgjøres.

3. I sakskostnader for Høyesterett betaler staten v/Justis- og beredskapsdepartementet til D 214 375 – tohundreogfjortentusentrehundreogsyttifem – kroner innen 2 – to uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.

- (67) Dommer **Noer**: Jeg har kommet til et annet resultat enn førstvoterende.
- (68) Jeg er enig i at lagring av materiale fra telefonkontroll innebærer et inngrep overfor den det gjelder, og at det derfor kreves hjemmel i lov. Men jeg kan ikke se at det stilles andre krav til lovens klarhet enn det som ellers gjelder for regler som gir adgang til å foreta inngrep overfor enkeltpersoner, og jeg mener man her som ellers må følge vanlig rettskildelære. Jeg viser til Rt. 2010 side 956, som nettopp gjelder vårt rettsområde, og hvor det i avsnitt 15 heter:

"Det er i straffeprosessloven kapittel 16a gitt et omfattende regelverk for bruk av kommunikasjonskontroll som ledd i bekjempelsen av alvorlig kriminalitet. Den nærmere regulering bygger på en avveining av behovet for å avdekke slik kriminalitet og retten til respekt for privatliv og familieliv. Enkelte av bestemmelsene, herunder straffeprosessloven § 216i, er blitt ytterligere presisert ved avgjørelser i Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg. På bakgrunn av prosedyren understreker jeg at dette ikke skaper noen usikkerhet i forhold til lovkravet i EMK artikkel 8 nr. 2. Det følger i denne relasjon ikke av konvensjonsbestemmelsen noe krav om at rettstilstanden skal være avklart ved formell lov, og det er ikke grunnlag for å oppstille et krav om «klar» lovhjemmel. Det er ikke tvilsomt at nødvendig avklaring i rettstilstanden kan skje for eksempel ved domstolenes praksis. At det i den rettsavgjørelse som avgjør det aktuelle tolkingsspørsmål, uttrykkes tvil, er i denne sammenheng uten betydning."

- (69) Vår sak gjelder reglene for oppbevaring av lovlig innhentet materiale fra telefonavlytting, og reglene for bruken av dette som bevis i den etterfølgende straffesaken. Etter mitt syn er hjemmelsreglene tilstrekkelig klare, og de ga lovlig adgang til oppbevaring av det materiale som påtalemyndigheten nå ønsker ført som bevis i straffesaken. Jeg er ikke enig i at Grunnloven, Den europeiske menneskerettskonvensjonen eller Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter må lede til en innskrenkende fortolkning. Det er i denne saken motstridende hensyn, og ikke minst hensynet til en materielt riktig avgjørelse har stor vekt.
- (70) *Straffeprosessloven § 216g bokstav a – overskuddsinformasjon*
- (71) Det følger av straffeprosessloven § 216g bokstav a at opptak som er gjort under kommunikasjonskontroll, snarest mulig skal tilintetgjøres "i den utstrekning" materialet er "uten betydning for ... etterforskningen av straffbare forhold". Dette er nærmere presisert i kommunikasjonskontrollforskriften § 9. Jeg legger til grunn at det i vår sak har vært kontinuerlig etterforskning, og at vilkårene for oppbevaring etter forskriften § 9 første ledd siste punktum er oppfylt.
- (72) Spørsmålet er hva som ligger i begrepet "etterforskningen" i § 216g bokstav a. Dersom etterforskningen er *avsluttet*, sier det seg selv at materialet ikke lenger er av betydning.
- (73) Førstvoterende konkluderer med at etterforskningen må anses avsluttet når det tas ut tiltale. Jeg kan ikke se at ordlyden i bestemmelsen eller forarbeidene gir støtte for en slik avgrensning. Heller ikke i rettspraksis er det lagt til grunn at etterforskningen kan anses

avsluttet når tiltale er tatt ut, jf. Rt. 2013 side 530 avsnitt 19 med videre henvisninger og Rt. 1978 side 725 (728) og Rt. 1978 side 1556. Etter mitt syn gir bestemmelsen hjemmel for å oppbevare materialet så lenge det rent faktisk er nødvendig for etterforskningen, og dessuten der avlyttingsmaterialet skal benyttes som bevis under straffesaken.

- (74) I praksis fortsetter etterforskningen ofte etter at tiltale er tatt ut. Dette er klart forutsatt i straffeprosessloven, jf. for eksempel § 226 bokstav b, som sier at et av formålene med etterforskningen er å tjene som forberedelse for rettens behandling av spørsmålet om straffeskyld og eventuelt spørsmålet om fastsettelse av reaksjon. I henhold til straffeprosessloven kapittel 21 om forberedelse til hovedforhandling, har tiltalte og fornærmede rett til å be om supplerende etterforskningsskritt etter at tiltale er tatt ut, jf. §§ 264a, 265 og 267. Dette gjelder også under ankeforhandlingen, jf. § 327.
- (75) Tiltalespørsmålet er dessuten ikke endelig avgjort når tiltale tas ut første gang. Straffeprosessloven §§ 253, 254 og 331 gir adgang til endring av tiltalen både før og under hovedforhandlingen og under ankebehandlingen for lagmannsretten. Slike endringer kan nettopp skyldes informasjon innhentet som ledd i etterforskning etter tiltaletidspunktet.
- (76) Førstvoterende underbygger i avsnitt 43 sitt syn blant annet ved å vise til NOU 1997: 15 punkt 4.2.5.8, hvor det sies at etterforskning forutsetter en målrettet aktivitet fra politiets side, og at lagring av opplysninger til eventuell fremtidig bruk ikke må finne sted. Men dette gjelder spørsmålet om når etterforskningen skal anses *iverksatt*. Det er ikke problemstillingen i vår sak.
- (77) Heller ikke henvisningen i avsnitt 41 til Prop. 147 L (2012–2013) side 95 mener jeg er treffende. Det som omtales der er KK-materiale som *ikke* skulle fremlegges som bevis for retten. Vår sak gjelder imidlertid KK-materiale som er påberopt som bevis i saken.
- (78) Paragraf 216g om sletteplikt må dessuten leses i lys av § 216i om hva KK-materialet lovlig kan brukes til, noe også førstvoterende legger til grunn.
- (79) Paragraf § 216i sier at samtaledata kan brukes for eksempel ved avhør av de mistenkte (bokstav a) eller for å forebygge at noen uskyldig blir straffet (bokstav e). Om det er bruk for materialet til dette, kan vanskelig avgjøres allerede på tiltaletidspunktet. Departementet har selv forutsatt at så lenge det er behov for KK-materialet til disse formålene, anses materialet for å ha betydning for etterforskningen, jf. Ot.prp. nr. 64 (1998–1999) i spesialmerknadene til § 216g:
- "Departementet foreslår i utkastet § 216i at overskuddsinformasjon skal kunne brukes for å avverge at noen uskyldig blir straffet. Etter departementets syn er det ikke behov for å endre § 216g for å hindre at slike opplysninger blir slettet. Enten det gjelder å bevise at en person er skyldig eller å avkrefte at en mistenkt person er skyldig, er opplysningene "av betydning for etterforskningen av straffbare forhold."**
- (80) Endelig peker jeg på siktedes rett til innsyn i og bruk av overskuddsinformasjon til forberedelse av hovedforhandlingen. I saken Natunen mot Finland fra 30. juni 2009 kom Den europeiske menneskerettsdomstolen til at artikkel 6 – equality of arms – var krenket ved at påtalemyndigheten hadde slettet KK-materiale før siktede hadde fått tilgang til dette. Om materialets betydning for forberedelsen til hovedforhandlingen sies det i

avsnitt 42:

"More specifically, Article 6 § 3 (b) guarantees the accused 'adequate time and facilities for the preparation of his defence' and therefore implies that the substantive defence activity on his behalf may comprise everything which is 'necessary' to prepare the main trial. The accused must have the opportunity to organise his defence in an appropriate way and without restriction as to the possibility to put all relevant defence arguments before the trial court and thus to influence the outcome of the proceedings."

- (81) Når det så gjelder spørsmålet om vilkårene for oppbevaring av KK-materialet var til stede i vår sak, viser jeg til at ingen av de tiltalte har erkjent straffeskyld. Saken kan følgelig ikke anses oppklart. Aktor har gitt en detaljert beskrivelse av etterforskningsskritt foretatt helt fram til ganske nylig, hvor også KK-opptakene er brukt. Behovet for å bruke materialet under denne delen av etterforskningen beror på en politifaglig vurdering som jeg ikke har grunnlag for å overprøve.
- (82) Som nevnt av førstvoterende, mener dessuten tiltalte B at avlyttingsmaterialet vil underbygge at han ikke er skyldig etter tiltalen. Han ønsker derfor telefonsamtalene avspilt i retten for å vise dette.
- (83) Når situasjonen er denne, har jeg vanskelig for å se at KK-materialet skulle ha vært slettet.
- (84) Min konklusjon er at § 216g bokstav a ga påtalemyndigheten hjemmel til å oppbevare KK-materialet også etter at tiltale var tatt ut.
- (85) *Straffeprosessloven § 216g bokstav b – ektefelle Ds uttalelser*
- (86) Jeg er enig med førstvoterende i at siktedes ektefelle D har ankerett. Men jeg er uenig i at § 216g bokstav b pålegger sletting av alt KK-materiale som inneholder samtaler hvor hun deltar.
- (87) Sletteplikten gjelder "uttalelser som retten etter reglene i §§ 117 til 120 og 122 ikke vil kunne kreve vedkommendes vitneforklaring om". Straffeprosessloven § 122 – som er den relevante her – omfatter bare ektefellens egen forklaring. Ordlyden i § 216g tilsier derfor at det bare er disse delene som må slettes.
- (88) Dette er også lagt til grunn i rettspraksis, jf. Rt. 2009 side 396, som førstvoterende omtaler i avsnitt 57 og 58. Også Metodekontrollutvalget la til grunn dette som gjeldende rett, jf. NOU 2009:15 på side 258.
- (89) Det samme sies i forarbeidene til de nye slettepliktsreglene i § 216g, jf. Prop. 147 L (2012–2013), i spesialmerknadene til bestemmelsen:
- "Bestemmelsen viderefører gjeldende § 216 g bokstav b. I motsetning til første og annet ledd, gjelder sletteplikten i utgangspunktet den enkelte opplysning, og ikke den større enhet som opplysningene inngår i. Dette skyldes at reglene i §§ 117 til 120 og 122 ikke nødvendigvis omfatter en hel samtale, men kan gjelde kun enkeltdele, jf. Rt. 2009 side 396."**
- (90) KK-materialet i vår sak inneholder en samtale mellom hovedtiltalte og hans ektefelle D. I tillegg er det gjort opptak av samtaler mellom henne og C og E. Det er uklart for meg

om de to sistnevnte var siktet da samtalen ble avlyttet, noe jeg uansett mener ikke er avgjørende. Dersom de ikke var siktet, ville retten kunne kreve deres vitneforklaring også om innholdet i samtalen med D, hva enten det var gjort opptak av samtalen eller ikke.

- (91) Det er derfor, etter mitt syn, bare den del av samtalen hvor Ds stemme høres, som skulle vært slettet etter § 216g bokstav b.
- (92) Jeg går ikke inn på sletteplikten for så vidt gjelder fortrolig informasjon som omfattes av bevisforbudene i straffeprosessloven §§ 117 til 120, hvor lovgrunnlaget er et annet.
- (93) Førstvoterende går inn for at det avsies egen kjennelse for at samtalen der D deltar, *skal slettes*. Som påpekt av førstvoterende, er slettespørsmålet ikke en del av ankegjensstanden. Ankegjensstanden er gyldigheten av lagmannsrettens beslutning om ikke å avskjære bevisførselen. Påtalemyndigheten har dessuten erkjent at materialet skal slettes.
- (94) Etter mitt syn er det i en slik situasjon ikke grunnlag for å avsi kjennelse for sletting. Det er heller ikke et krav etter EMK artikkel 13, jf. Kjølbros, Den europeiske menneskerettighetskonventionen, 3. utgave, kapittel 21.4.
- (95) *Tilbakevirkningsforbudet og Grunnloven § 97*
- (96) Når det gjelder spørsmålet om de nye reglene – som gir utvidet adgang til føring av bevis innhentet ved kommunikasjonskontroll – kan få anvendelse på en sak som allerede står for domstolene, er jeg enig med førstvoterende. Jeg er også enig i hans syn på forståelsen av straffeloven § 3. Etter mitt syn er det ikke tvilsomt at Grunnloven § 97 ikke er til hinder for at de nye bestemmelsene får anvendelse også på igangværende saker.
- (97) *Om avspilling av KK-materialet i retten*
- (98) Lagmannsrettens avgjørelse i vår sak gjaldt spørsmålet om bevisavskjæring på prinsipielt grunnlag. Jeg er enig med lagmannsretten i at bevisene ikke kan kreves avskåret i utgangspunktet, og at sakens alvor og hensynet til en materielt riktig dom taler for å tillate bevisførsel om de tilgjengelige bevis.
- (99) Spørsmålet om de nærmere vilkårene for avspilling av KK-materialet etter § 216i bokstav d er oppfylt, må imidlertid den dømmende rett avgjøre, sett i sammenheng med det øvrige bevismaterialet. Ved denne vurderingen må det også tas stilling til anførselene fra tiltalte E om at avspilling av det han sier i samtalen med D, uten at hennes stemme høres, vil gi et misvisende bilde.
- (100) Selv om jeg mener det ikke kan oppstilles et prinsipielt forbud mot å føre de fragmenterte samtalen med D som bevis, vil den konkrete forholdsmessighetsvurderingen og subsidiaritetsvurderingen som skal foretas i henhold til § 216i bokstav d, likevel kunne føre til bevisavskjæring. I Prop. 147 L (2012–2013) side 80 står det blant annet følgende:

"Fremstår bevisverdien av overskuddsinformasjonen som usikker, tilsier det en viss tilbakeholdenhet med å benytte informasjonen som bevis."

- (101) Jeg stemmer etter dette for at ankene forkastes.

- (102) Dommer **Arntzen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Noer.
- (103) Dommer **Bergsjø:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Bårdsen.
- (104) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (105) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. Kommunikasjonsmaterialet tillates ikke brukt som bevis i Gulating lagmannsretts sak 13-052571.
2. Alle opptak og utskrifter av samtaler innhentet ved kommunikasjonskontroll der D deltar, skal tilintetgjøres.
3. I sakskostnader for Høyesterett betaler staten v/Justis- og beredskapsdepartementet til D 214 375 – tohundreogfjortentusentrehundreogsyttifem – kroner innen 2 – to uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.

Riktig utskrift bekreftes: