



# NORGES HØYESTERETT

Den 17. desember 2015 avsa Høyesterett kjennelse i

**HR-2015-02526-A, (sak nr. 2015/1559), straffesak, anke over kjennelse,**

I.

A

(advokat Morten Furuholmen – til prøve)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(statsadvokat Geir Evanger)

II.

B

(advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet

(statsadvokat Geir Evanger)

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

- (1) Dommer **Kallerud**: Saken gjelder politiets adgang til å gå gjennom opptak av samtaler en mor har hatt med sin sønn innhentet ved kommunikasjonskontroll (KK) rettet mot sønnen. Det sentrale spørsmålet i saken er forståelsen av straffeprosessloven § 216 g bokstav b som blant annet fastsetter at opptak av samtaler med nærstående "snarest mulig" skal slettes med mindre vedkommende selv "mistenkes for en straffbar handling som kunne gitt selvstendig grunnlag for kommunikasjonskontrollen".
- (2) B var undergitt kommunikasjonskontroll fra slutten av februar 2014 og frem til han ble pågrepet høsten samme år. Kommunikasjonskontroll har også vært rettet mot Bs bror og søster. Det er etter det opplyste gjort opptak av i alt 161 samtaler de siktede hadde med sin mor, A, fra begynnelsen av mars og til kontrollen ble avsluttet.

- (3) A ble første gang siktet i september 2014. Siktelsen gjaldt da grovt heleri. Hun ble så 23. februar 2015 siktet for medvirkning til grov menneskehandel. Bare mistanke om overtredelse av den siste bestemmelsen kan gi grunnlag for kommunikasjonskontroll, jf. straffeprosessloven § 216 a. Mistanken om grov menneskehandel ble først etablert ved gjennomgangen av materialet fra kommunikasjonskontrollen. Ved siktelse 23. februar 2015 ble mistanken formalisert for dette lovbruddet.
- (4) B er nylig, sammen med sin mor, far, bror og søster, tiltalt i den såkalte Xsaken. Hovedforhandling i tingretten er berammet fra 19. januar til 1. juli 2016. Aktor har gitt uttrykk for at materialet fra den omstridte delen av kommunikasjonskontrollen er "et viktig støttebevis" for påtalemyndigheten.
- (5) Moren, A, begjærte sletting av opptakene av telefonsamtalene der hun deltok. Nedre Romerike tingrett tok i kjennelse 27. mars 2015 ikke begjæringen til følge.
- (6) A anket kjennelsen til Eidsivating lagmannsrett. Hennes sønn B fikk etter anmodning partsrettigheter for lagmannsretten. Lagmannsretten kom i kjennelse 1. juli 2015 til samme resultat som tingretten.
- (7) A og B har anket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett. Det er anført at fordi A ikke var mistenkt for et forhold som kunne gi grunnlag for kommunikasjonskontroll mens avlyttingen pågikk, må opptakene hvor hun deltar slettes, jf. straffeprosessloven § 216 g bokstav b. Påtalemyndigheten har tatt til motmæle.
- (8) Høyesteretts ankeutvalg besluttet at ankesaken skulle avgjøres i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd andre punktum. Saken er behandlet i sammenheng med sak 2015/1558 som gjelder samtaler hvor det er gjort opptak blant annet av Bs advokat. Også avgjørelsen inntatt i Rt. 2015 side 81 gjaldt kommunikasjonskontrollen mot B, men reiste andre spørsmål enn dem som nå er til behandling.
- (9) *Jeg er kommet til at ankene ikke fører frem.*
- (10) Ankene gjelder lagmannsrettens avgjørelse av anke over beslutning, og Høyesteretts kompetanse er begrenset etter straffeprosessloven § 388.
- (11) Straffeprosessloven § 216 g har denne ordlyden:

**"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.**

**§ 216 a annet ledd gjelder tilsvarende."**

- (12) En tilsvarende bestemmelse er tatt inn i § 9 i forskrift om kommunikasjonskontroll av 31. mars 1995 nr. 281.
- (13) Spørsmålet i saken er som nevnt først og fremst hva som ligger i at samtaler som omfattes av bestemmelsens bokstav b skal slettes snarest mulig.
- (14) Før jeg går nærmere inn på forståelsen av bestemmelsen finner jeg grunn til å se på lovhistorikken og lovforarbeidene, som gir viktige premisser for tolkingen.
- (15) Straffeprosesslovkomiteen foreslo at det ble gitt generelle bestemmelser om telefonkontroll i straffeprosessloven i tillegg til de gamle reglene om telefonkontroll i saker om rikets sikkerhet, se Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra 1969 side 257 under omtalen av utkastet til ny § 218. Etter komiteens utkast til tredje ledd i denne bestemmelsen skulle påtalemyndigheten "snarest mulig" sørge for at opptak mv. ble "tilintetgjort i den utstrekning de er uten betydning for etterforskningen, eller gjelder uttalelser som retten etter reglene i §§ 118-121 ikke ville kunne motta vedkommendes vitneforklaring om".
- (16) Sletteplikten omfattet etter forslaget bare taushetspliktstilfellene, ikke opptak av samtaler med nærstående. I spesialmotivene er dette begrunnet ut fra en sammenligning med reglene komiteen foreslo om dokumentbeslag mv. Komiteens forslag gikk her ut på at det i utgangspunktet ikke kan tas beslag i taushetsbelagte dokumenter. Derimot ble det ikke foreslått å videreføre det dagjeldende forbudet mot beslag av dokumenter hvis innhold siktedes pårørende kan nekte å forklare seg om. Det heter om dette i innstillingen på side 253 blant annet:
- "Komiteen antar at den fritagelse for vitneplikt som gjelder for siktedes pårørende ... ikke bør begrunne et tilsvarende forbud mot beslag, slik som tilfellet er i dag .... Om siktede har skrevet et brev til sin mor, bør nok denne være fritatt for å vitne i den anledning, men dette bør ikke utelukke at brevet beslaglegges og brukes som bevis. ... Det er de pårørendes aktive medvirkning til å få saken opplyst som ikke bør kunne kreves."**
- (17) Komiteens forslag ble på dette punktet vedtatt. Det er heller ikke etter någjeldende rett forbudt å beslaglegge dokumenter som inneholder informasjon siktedes pårørende kan nekte å forklare seg om, se straffeprosessloven § 204 som ikke viser til § 122.
- (18) I Ot.prp. nr. 10 (1976–77) gikk departementet inn for at reglene om telefonkontroll ikke skulle tas inn i straffeprosessloven, men gis i en midlertidig lov. Departementet fulgte opp Straffeprosesslovkomiteens forslag til slettebestemmelse. Men det ble foreslått vesentlige utvidelser. Blant annet skulle også fritaksregelen etter departementets forslag for nærstående tas inn i slettebestemmelsen. Bakgrunnen for dette fremgår på side 7 i proposisjonen:
- "Det har vært kritisert at forslaget om tilintetgjøring av opptak og notater ikke går langt nok når det gjelder opplysninger av personlig natur. Man har foreslått en utviding i forhold til komiteutkastet ved også å vise til [bestemmelsen om] fritak for vitneplikt på grunn av slektskap m.m."**
- (19) Noen ytterligere begrunnelse for utvidelsen er ikke gitt, og det er ikke sagt noe om forholdet til beslagsreglene som Straffeprosesslovkomiteen la vesentlig vekt på.

- (20) Ved behandlingen i Stortinget sluttet justiskomiteen seg til at loven ble gjort midlertidig, se Innst. O. nr. 21 (1976–77). Også utvidelsen av sletteplikten til å omfatte opplysninger fra nærstående ble godtatt. Men som et motstykke til dette etablerte komiteen et viktig unntak: Sletteplikten skulle likevel ikke gjelde dersom "vedkommende" – blant annet pårørende og advokater – selv "mistenkes for en straffbar handling som går inn under denne lov". Begrunnelsen fremgår av innstillingen side 2:
- "Tilføyelsen er gjort for å gjøre det klart at det ikke er nødvendig å ødelegge opptak av en telefonsamtale hvor eksempelvis siktede ringer sin far som i telefonsamtalen avslører seg som bakmannen. Også personer underlagt taushetsplikt – leger, advokater, prester m.m. – kan tenkes innblandet i straffbare handlinger i strid med denne lov, og komiteen finner derfor ikke grunn til å unnta disse."**
- (21) Med dette var det unntaket fra sletteplikten som står sentralt i vår sak introdusert.
- (22) Rettstilstanden var altså at sletteplikten ikke var absolutt, verken i taushetspliktilfellene eller ved opptak av samtaler med pårørende. Ut fra det eksempel komiteen bruker – faren "avslører seg" i samtale med en siktet sønn – må komiteen ha ment at politiet skulle ha anledning til å høre på opptak av samtalen og også kunne bruke opplysningene som bevis mot den nærstående. Hvis ikke gir det liten mening når komiteen sier at "det ikke er nødvendig å ødelegge opptak" av en slik samtale. Som jeg skal påvise, har det etter min mening ikke senere skjedd noen rettsutvikling som endrer dette bildet når det gjelder pårørendesamtaler. For advokatsamtaler er derimot bildet et annet. Jeg kommer tilbake til dette.
- (23) Etter mange forlengelser ble den midlertidige loven erstattet av et nytt kapittel 16 a i straffeprosessloven ved lov 5. juni 1992 nr. 52. Ved dette lovvedtaket ble det innført forbud mot å bruke materiale fra kommunikasjonskontroll som bevis ved irettføringen. Bakgrunnen fremkommer av Ot.prp. nr. 40 (1991–1992) side 6 og side 43 og avgjørelsene inntatt i Rt. 1991 side 1018 og Rt. 1991 side 1142. Det innhentede materialet skulle heretter bare kunne brukes som hjelpemiddel under etterforskningen, blant annet ved avhør av mistenkte og ved etterforskningen av andre saker, se § 216 i slik den ble lydende etter lovrevisjonen i 1992. Sletteregelen ble videreført i § 216 g. Så vidt jeg kan se, ble det ikke gjort noen endringer i den adgangen til å høre gjennom opptak for å avklare eventuell mistanke mot andre som jeg mener ble etablert ved stortingsbehandlingen i 1976.
- (24) Ved lov 3. desember 1999 nr. 82 – som gjeninnførte adgangen til å bruke materiale fra kommunikasjonskontroll som bevis – ble § 216 g noe omformulert, men uten at det har betydning for vår sak.
- (25) Avgjørelsen i Rt. 2005 side 1137 (Nokas) danner en viktig bakgrunn for det videre lovarbeidet. Av særlig betydning for den videre praksis er at flertallet her kom til at sletteplikten – til tross for at sletting etter § 216 g skal skje "snarest mulig" – ikke kunne inntre før forsvarerne var gitt innsyn i materialet fra kommunikasjonskontrollen, se avsnitt 73 og 74. I avsnitt 76 minnes om bevisforbudet for blant annet samtaler mellom de tiltalte og deres forsvarere, og at det ikke kan gis innsyn i dette materialet. I saken fra 2005 var det imidlertid ikke spørsmål om forsvarerne selv kunne mistenkes for straffbare forhold og det kan etter min mening ikke utledes noe av betydning for vår sak av påminnelsen i avsnitt 76.

- (26) Metodekontrollutvalget har i NOU 2009: 15 "Skjult informasjon – åpen kontroll" en grundig gjennomgang av spørsmålene knyttet til oppbevaring og sletting av materiale innhentet ved skjult tvangsmiddelbruk, se kapittel 24. Jeg vil fremheve en del uttalelser fra utvalget som kaster lys over spørsmålene i vår sak.
- (27) På side 253 redegjøres det for at det under utvalgets arbeid hadde fremkommet at § 216 g "ikke praktiseres etter sin ordlyd", og at dette særlig skyldes Høyesteretts kjennelse i Rt. 2005 side 1137. Utvalget refererer blant annet til et notat fra Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll som beskriver en praksis med unnlatt sletting i politidistriktene og årsakene til dette. Det samme fremgår for øvrig av Bjerke, Keiserud og Sæthers kommentar til straffeprosessloven, 4. utgave side 757.
- (28) Utvalgets flertall – alle unntatt advokat Elden – legger til grunn at § 216 g bokstav b ikke forbyr politiet å lytte gjennom KK-materiale som er omfattet av bestemmelsen, se side 257 hvor det uttales:
- "Utvalgets flertall, medlemmene Dalseide, Husabø, Nylund, Pedersen, Schartum, Schea, Schou og Sælør, kan ikke se at slettingsreglene i § 216g bokstav b i seg selv innebærer et forbud mot at politiet hører gjennom opptak av denne typen kommunikasjon. Dette følger av bestemmelsens ordlyd, som kun krever at sletting skal skje «snarest mulig», og av bestemmelsens oppbygning, som påbyr sletting der vilkårene i vitneforbuds- og fritaksreglene er oppfylt, og åpner for unntak dersom samtaleparten mistenkes for en straffbar handling som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen."**
- (29) Flertallet kommer tilbake til dette på side 258 hvor det heter at det etter deres oppfatning "... verken [er] ulovlig eller til å unngå at samtaler som omfattes av vitnefritaksreglene etter omstendighetene gjennomhøres av politiet".
- (30) Om adgangen til å etablere mistanke basert på opplysninger fra opptak av samtaler med nærstående og advokater uttaler flertallet samme sted:
- "Etter flertallets oppfatning vil opptakene i slike situasjoner i dag kunne brukes til å etablere mistanke mot en person som er omfattet av § 216g bokstav b dersom mistanken gjelder et forhold som kunne gitt selvstendig grunnlag for kontrollen."**
- (31) Etter å ha gitt noen henvisninger til tidligere forarbeider, konkluderte utvalget med at det etter gjeldende rett var adgang til å høre gjennom KK-materiale som er omfattet av § 216 g bokstav b for å avdekke mistanke mot de involverte, se nederst på side 258:
- "At overskuddsinformasjon kan brukes til å etablere mistanke mot personer som hittil ikke har vært mistenkt, og ikke bare mot noen som allerede er mistenkt for straffbare forhold, følger av gjeldende rett. Dette må etter flertallets oppfatning også gjelde selv om vedkommende person i utgangspunktet er omfattet av vitnefritaksreglene."**
- (32) Utvalgets flertall fremhever også på side 258 at det i mange tilfeller vil "... kunne ta tid å fastslå om den aktuelle kommunikasjonen omfattes av vitnefritaksreglene. Det er for eksempel ikke slik at enhver samtale med en advokat er vernet".
- (33) Etter min oppfatning har det atskillig vekt – både for lovforståelsen og for konsekvensen av eventuelle feil fra påtalemyndighetens side – at et tungt sammensatt offentlig utvalg så sent som i 2009 utvetydig både slo fast at gjeldende rett ga adgang til gjennomhøring av opptak som i utgangspunktet omfattes av sletteregelen i § 216 g bokstav b, og at dette kan danne basis for mistanke blant annet mot nærstående. Utvalget hadde til oppgave nettopp

å se på disse spørsmålene.

- (34) Justis- og beredskapsdepartementet drøfter Metodekontrollutvalgets forslag i Prop. 147 L (2012–2013).
- (35) Før jeg går inn på innholdet i proposisjonen, skyter jeg inn at lovendringene basert på proposisjonen – lov 21. juni 2013 nr. 86 – ble satt i kraft fra 13. september 2013. Dette gjaldt likevel ikke endringen av § 216 g som fortsatt ikke er satt i kraft. Etter mitt syn har dette liten betydning for vekten av forarbeidene i vår sammenheng. Proposisjonen inneholder en grundig drøftelse av sentrale problemstillinger, og den viser hvordan lovgiveren nylig har vurdert disse kompliserte spørsmålene.
- (36) I kapittel 5 går departementet inn for å utvide adgangen til å bruke overskuddsinformasjon. Dette er blant annet nedfelt i § 216 i bokstav d, hvor det bestemmes at opplysningene fra en gjennomført kommunikasjonskontroll på visse vilkår kan brukes som bevis for et annet straffbart forhold enn det kontrollen gjaldt, selv om dette forholdet ikke kunne ha gitt grunnlag for slik kontroll. I spesialmotivene uttales det på side 178 at bestemmelsen "... innebærer en ikke ubetydelig utvidelse av adgangen til å benytte overskuddsinformasjon som bevis". Bestemmelsen er som nevnt vedtatt og satt i verk. Jeg kommer tilbake til betydningen av bestemmelsen. Her nøyer jeg meg med å peke på den nære sammenhengen det er mellom reglene om sletting og adgangen til å bruke overskuddsinformasjon som bevis.
- (37) I kapittel 6.1 gjennomgår departementet gjeldende rett når det gjelder oppbevaring og sletting av materiale innhentet ved skjult tvangsmiddelbruk. Det nevnes på side 85 at bakgrunnen for at materiale som omfattes av vitneforbuds- eller vitnefritaksreglene ordinært ikke skal oppbevares er at det "... i utgangspunktet ikke kan brukes som bevis".
- (38) I kapittel 6.4 om behovet for lovendringer nevner departementet Metodekontrollutvalgets opplysning om at slettereglene ikke ble praktisert etter sin ordlyd og den usikkerhet som gjorde seg gjeldende om forståelsen. Departementet slutter seg til at det er behov for lovrevisjon, se side 92–93.
- (39) Departementet går – i tråd med Metodekontrollutvalgets forslag – generelt inn for at materiale fra kommunikasjonskontroll i alle fall ikke skal slettes før saken er avgjort ved rettskraftig dom. Dette fremgår nå av den vedtatte, men ikke ikraftsatte, § 216 g første ledd første punktum. Det heter om dette blant annet at rettskraftig dom utgjør "... en klarere og mer praktikabel angivelse av tidspunktet for sletting enn dagens løsning, hvor sletting skal skje 'snarest mulig'", se side 97. Endringen innebærer at den praksis som i lang tid ble fulgt nå langt på vei er lovfestet.
- (40) Departementets vurdering når det gjelder sletting av materiale som omfattes av regler om vitneforbud eller vitnefritak fremgår av kapittel 6.8.
- (41) I kapittel 6.8.1 tar departementet opp hva som skal slettes. Det som drøftes er først og fremst om materiale som omfattes av straffeprosessloven §§ 117 til 120 og 122 bør kunne føres som bevis i den utstrekning det følger av disse reglene at vedkommende person kan forklare seg i retten. Praktiske eksempler her er at en nærstående selv ønsker å gi forklaring, eller at en siktet løser sin advokat fra taushetsplikten. Etter en inngående drøftelse av de motstridende hensyn, avviser departementet en slik ordning. Det vises

særlig til at en "samtykkeordning" ville reise vanskelige spørsmål knyttet til innsyn for andre impliserte i saken. Departementets drøftelse er imidlertid ikke knyttet til situasjonen der det er, eller oppstår, mistanke mot dem som er beskyttet etter §§ 117 til 120 og 122. Jeg kan for min del vanskelig se at den løsningen departementet her valgte har overføringsverdi til de problemstillinger vår sak reiser.

- (42) Avsnitt 6.8.2 i proposisjonen om politiets adgang til å høre gjennom innhentet materiale gir derimot etter mitt syn viktige avklaringer.
- (43) Departementet refererer her innledningsvis uttalelsene fra Metodekontrollutvalgets flertall blant annet om at politiet må ha anledning til å høre gjennom materiale innhentet ved kommunikasjonskontroll for å avgjøre om det skal slettes, og at opptakene vil kunne brukes til å etablere mistanke mot en person som er omfattet av § 216 g bokstav b dersom mistanken gjelder et forhold som kunne gi selvstendig grunnlag for kontrollen. Fra høringsuttalelsene er det verdt å merke seg at Advokatforeningen og Forsvarergruppen av 1977 etterlyste "et lovfestet forbud mot at politiet hører gjennom opptak som er gjort av samtaler mv. mellom personer som omfattes av straffeprosessloven § 119", se side 107.
- (44) I departementets vurdering heter det blant annet på samme side:
- "Som flere høringsinstanser på politi- og påtalesiden fremhever, kan det være nødvendig å høre gjennom materialet for å avgjøre om de innhentede opplysningene skal slettes eller om de kan beholdes, eventuelt hvilke deler av materialet som skal slettes. Dette tilsier at politiet bør ha adgang til å gjennomhøre materiale som er innhentet, for slik å kunne vurdere om informasjonen i avlyttingsmaterialet gjelder uttalelser som retten etter straffeprosessloven §§ 117 til 120 og 122 ikke vil kunne kreve å motta vitneforklaring om."**
- (45) Uttalelsen er kanskje ikke helt klar. Men ut fra den tidligere drøftelsen – hvor det altså slås fast at det er adgang til å høre gjennom også med tanke på bevissikring – må meningen, så vidt jeg kan forstå, være at alle forhold som har betydning for sletteplikten kan avklares gjennom å høre gjennom opptakene.
- (46) Det redegjøres deretter for at mindretallet i Metodekontrollutvalget, og noen av høringsinstansene, mente at "gjennomhøring av materiale omfattet av vitnefritak ikke er noen praktisk nødvendighet". Departementet var ikke enig i dette, og uttalte at det synes "... nødvendig at politiet i en viss utstrekning må ha mulighet til å høre gjennom materiale som potensielt kan være omfattet av regler om vitneforbud eller -fritak". Hva som ligger i "potensielt", kan muligens være usikkert. Jeg antar departementet også her har i tankene at materialet ikke er omfattet av fritaks- eller forbudsreglene dersom vedkommende selv er mistenkt, eller blir det ved gjennomhøring.
- (47) Fra den videre drøftelsen fremhever jeg at departementet øverst på side 108 slår fast at det i Norge i prinsippet ikke gjelder "... noe forbud mot å avlytte kommunikasjon som kan være omfattet av vitneforbuds- eller vitnefritaksreglene i straffeprosessloven §§ 117 til 120 og 122". Slikt materiale må "normalt ... anses ervervet på lovlig måte". Departementet uttaler også samme sted at det "... i prinsippet ikke kan være ulovlig å høre gjennom materiale som er innhentet ved skjult tvangsmiddelbruk".
- (48) Jeg forstår det jeg så langt har gjengitt fra forarbeidene slik at departementet, i likhet med Metodekontrollutvalgets flertall, mente at gjeldende rett ikke satte forbud mot

gjennomhøring av vernet informasjon, og at også slikt materiale i utgangspunktet kan danne mistankegrunnlag mot andre enn dem kommunikasjonskontrollen er rettet mot. Jeg oppfatter det videre slik at dette er en rettstilstand som i det vesentlige ønskes opprettholdt. En enkel illustrasjon av dette er at forslaget fra Advokatforeningen og Forsvarergruppen om et lovfestet forbud mot gjennomhøring ikke ble fulgt opp av departementet.

- (49) Departementet går så over til å vurdere opplysninger som er omfattet av "kallsmessig taushetsplikt" og understreker at advokatkorrespondanse nyter et særlig vern etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8. Etter å ha referert avgjørelsen *Michaud mot Frankrike* avsagt av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) 6. desember 2012 heter det i de to påfølgende avsnittene som begynner nederst på side 108:

**"Etter dette er det grunn til å tro at korrespondanse mellom advokat og klient er særlig sterkt beskyttet av artikkel 8, og at det skal gode grunner til for å kunne gjøre inngrep i denne. Det er likevel usikkert nøyaktig hvor langt dette vernet rekker. Etter departementets forståelse kan det ikke utledes av EMK artikkel 8 et forbud mot at politiet hører gjennom opptak av samtaler som potensielt kan inneholde vernet informasjon, for å finne ut om materialet skal slettes eller ikke. Dette gjelder hva enten det er tale om advokatkorrespondanse eller om annen informasjon som er omfattet av vitneforbuds- eller vitnefritaksregler.**

**Departementet legger likevel til grunn at dersom det på forhånd er på det rene at avlyttingsmaterialet består i advokatkorrespondanse eller tilsvarende, vil slik gjennomhøring neppe være berettiget. Gjennomhøring vil her medføre at politiet med viten trenger inn i fortrolig informasjon, som nyter vern etter EMK artikkel 8 og de norske reglene om vitneforbud og -fritak. For så vidt må det samme gjelde for gjennomhøring av materialet, som det Høyesteretts ankeutvalg la til grunn i Rt-2009-396 med hensyn til selve avlyttingen av informasjonen. Dette er etter departementets syn en naturlig konsekvens av regelen om sletting av materiale som er omfattet av reglene om vitneforbud eller -fritak i straffeprosessloven §§ 117 til 120 og 122."**

- (50) Det departementet skriver i det sist siterte avsnittet innebærer en viktig modifikasjon – basert på EMD-praksis – av det som tidligere er uttalt for så vidt gjelder det som for enkelhets skyld kan omtales som § 119-samtaler. Så langt har de to gruppene – § 122-samtaler og § 119-samtaler – blitt behandlet likt. Men, slik jeg leser dette, velger departementet på grunn av usikkerhet om rekkevidden av EMDs praksis å særbehandle klientsamtaler. Jeg viser her til førstvoterendes gjennomgang i Rt. 2015 side 81. Hun uttaler i avsnitt 23 at hun tolker det avsnittet jeg sist har sitert slik at "... dersom det på forhånd er klart at det i materialet inngår samtaler som faller inn under straffeprosessloven § 119 – typisk klientsamtaler med advokat – har påtalemyndigheten ikke adgang til å påbegynne gjennomhøring av disse samtalene. Slike samtaler skal uten videre sorteres ut og slettes".
- (51) Jeg leser departementets uttalelse på samme måte. Det departementet her er opptatt av, er beskyttelse av advokatfortroligheten i tilfeller hvor det *før* eventuell gjennomlytting er *på det rene* at det dreier seg om en klientsamtale. Det gjør imidlertid uttalelsen noe uklart at departementet, til tross for at drøftelsen gjelder "advokatkorrespondanse eller tilsvarende", i det siterte også viser til reglene om vitnefritak i § 122. Etter mitt syn må det ut fra sammenhengen legges til grunn at departementet ikke ved den ubegrunnede henvisningen til § 122 mente å gå fra den rettstilstanden Metodekontrollutvalget la til grunn når det gjelder adgangen til gjennomhøring av samtaler med pårørende, og som departementet ellers er enig i. Dersom meningen her var å gjøre vesentlige endringer



måtte en kunne forvente klarere tale.

- (52) Når det gjelder tidspunktet for sletting, uttaler departementet på side 109 at fordi materiale som er omfattet av reglene om vitneforbud eller vitnefritak "normalt" ikke kan brukes av politiet, bør dette slettes så raskt som mulig "etter at det er fastslått at materialet omfatter slike opplysninger". En lignende formulering er benyttet av Metodekontrollutvalget, se utredningen side 260 og gjengivelsen i proposisjonen side 102. Det kan være noe usikkert hva som ligger i forbeholdet "normalt". Ut fra det som ellers er uttalt i forarbeidene, antar jeg reservasjonen nettopp tar sikte på at politiet og påtalemyndigheten i spesielle situasjoner kan bruke også slike opplysninger, nemlig hvor den beskyttede selv kan mistenkes. Jeg kan vanskelig se at uttalelsen sier noe om adgangen til gjennomhøring utover det jeg allerede har gjengitt.
- (53) I den nye § 216 g tredje ledd videreføres innholdet i slettereglene, men med en vesentlig utvidelse når det gjelder innholdet i mistankeregelen. Etter gjeldende lov må mistanken gjelde "en straffbar handling som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen", i praksis typisk lovbrudd med høyere strafferamme enn 10 år eller narkotikalovbrudd, se § 216 a. Etter den nye loven vil det være tilstrekkelig at "vedkommende kan mistenkes for en straffbar handling som opplysningene kan ha betydning for".
- (54) Når denne bestemmelsen trer i kraft, vil det altså ikke lenger være noe krav knyttet til handlingens alvor. Heleri, som A var siktet for på et tidligere stadium av etterforskingen, kan eksempelvis være tilstrekkelig. Endringen har sammenheng med den utvidelsen av adgangen til bruk av overskuddsinformasjon som bevis som jeg allerede har berørt, se proposisjonen side 178. Siden endringen i § 216 g ennå ikke har trådt i kraft, er det dårlig sammenheng i reglene: Det er etter § 216 i generelt svært vid adgang til å benytte overskuddsinformasjon som bevis, samtidig som det etter gjeldende § 216 g bokstav b fortsatt er et strengt krav til handlingens alvor. Som jeg straks kommer tilbake til, tillegger jeg denne utilfredsstillende regelsituasjonen en viss vekt ved vurderingen av konsekvensen av et eventuelt brudd på slettebestemmelsen.
- (55) I Innst. 445 L (2012–2013) fra justiskomiteen gjengis på side 3 departementets forslag om å videreføre regelen i 216 g bokstav b. Det nevnes her at regelen "... som utgangspunkt ikke [er] til hinder for at politiet gjennomgår innhentet materiale, for å avgjøre om dette skal slettes", og at sletting skal gjennomføres "umiddelbart etter at det er brakt på det rene at materialet inneholder vernede opplysninger". Komiteen slutter seg på side 4 uttrykkelig til departementets forslag om utvidet adgang til bruk av overskuddsinformasjon. Spørsmålet om adgang til gjennomgang av materiale som nevnt i § 216 g bokstav b kommenteres ikke spesielt, men det er intet som tyder på at komiteen skulle ha noe annet syn enn departementet på dette.
- (56) Det foreligger to avgjørelser av betydning fra Høyesterett avsagt etter det lovarbeidet som jeg nå har gjennomgått, Rt. 2014 side 1105 og Rt. 2015 side 81.
- (57) Avgjørelsen fra 2014 gjelder, slik jeg leser den, først og fremst lovskravet, særlig knyttet til EMK artikkel 8. Den nærmere bakgrunn for den første, nokså spesielle, problemstillingen Høyesterett tok stilling til fremgår av avsnittene 2–5 i dommen. Under dissens 3–2 kom Høyesterett til at de uklare og tungt tilgjengelige reglene – riktig forstått – måtte føre til at det omstridte materialet ikke kunne oppbevares helt fram til rettskraftig dom slik påtalemyndigheten argumenterte for. Drøftelsen er knyttet til bestemmelsen i

§ 216 g bokstav a om "snarest mulig" sletting av materiale som er "uten betydning for ... etterforskningen". Om en godtok lagring av slikt materiale helt fram til rettskraftig dom, til tross for at loven fastsetter sletting "snarest mulig", ville det "... i realiteten [være] tale om et annet system enn det loven og forskriften bygger på og gir uttrykk for", se avsnitt 44. Derimot ble det godtatt at materialet kunne lagres fram til det var tatt ut tiltale. Den nærmere begrunnelsen for dette gis i avsnitt 45 og 46. Flertallet så det videre slik at det ville innebære en gjentatt rettskrenkelse om materialet ble tillatt brukt. Det måtte derfor slettes.

- (58) Den andre problemstillingen i saken gjaldt et krav fra "hovedtiltaltes" ektefelle om at fem samtaler hvor hun deltok måtte slettes. Hun var ikke part i straffesaken. Påtalemyndigheten anførte at ektefellens rettigheter ikke var krenket fordi det hun selv sa i samtale var "sladdet" og ikke ville bli brukt som bevis under hovedforhandlingen. Flertallet kom til at sletteplikten måtte gjelde opptakene i sin helhet. Problemstillingen i vår sak – mulig mistanke mot den nærstående selv – ser ikke ut til å ha vært oppe i saken.
- (59) Som gjennomgangen av dommen har vist, gjaldt avgjørelsen fra 2014 andre problemstillinger enn i vår sak. Etter min mening har den begrenset betydning for løsningen av spørsmålene i saken her.
- (60) Rt. 2015 side 81 gir viktige avklaringer for håndteringen av opplysninger fra opptak av samtaler med advokater. Avgjørelsen bekrefter for det første det departementet la til grunn i det jeg allerede har gjennomgått fra Prop. 147 L (2012–2013): Dersom det på forhånd er klart at det i materialet inngår klientsamtaler, har ikke politiet adgang til å påbegynne gjennomhøring, se avsnitt 23. Dernest slår avgjørelsen fast det motsatte ytterpunkt; er advokaten selv mistenkt, kan politiet på nærmere vilkår høre gjennom opptakene, se avsnitt 24.
- (61) Deretter kommer drøftelsen av det spørsmålet saken gjaldt: Hvordan skal påtalemyndigheten håndtere samtaler hvor en av partene er advokat, men hvor det er *usikkert* om det dreier seg om en klientsamtale som faller inn under straffeprosessloven § 119? Etter en drøftelse av EMD-praksis kom Høyesterett til at det *i disse tilfellene* var nødvendig å gå noe lenger enn det departementet la opp til i Prop. 147 L (2012–2013). Heller ikke hvor det er usikkert om det dreier seg om klientsamtaler kan påtalemyndigheten tillates å høre gjennom samtale. Er det usikkerhet knyttet til om det er klientsamtaler, må samtale enten slettes eller håndteres på en måte som tilfredsstillende krav som følger av EMK. Førstvoterende peker på at en mulig fremgangsmåte vil være at påtalemyndigheten, i stedet for selv å høre gjennom samtale, sender dem til retten for å få avgjort om det dreier seg om klientsamtaler. Også merknaden i avsnitt 31 om behandlingen av eventuelle ytterligere samtaler med advokat som ikke er mistenkt i saken knytter seg selvsagt til den situasjonen Høyesterett tok stilling til – der det er usikkert om det foreligger en klientsamtale eller en privat samtale som ikke omfattes av straffeprosessloven § 119.
- (62) Etter mitt syn kan det ikke utledes noe av avgjørelsen fra 2015 om hvordan samtaler med nærstående skal håndteres, se avsnitt 10 hvor det presiseres at dette ikke var et tema i saken.
- (63) På denne bakgrunn ser jeg så nærmere på den konkrete tolkingen av gjeldende § 216 g bokstav b.

- (64) Ordlyden gir etter mitt syn begrenset veiledning. Uttrykket "snarest mulig" trekker isolert sett i retning av at sletting skal skje svært raskt. Det er imidlertid klart at loven ikke har vært praktisert slik, jf. min tidligere gjennomgang av lovhistorikken og forarbeidene. Ut fra sammenhengen kan uttrykket "snarest mulig" forstås slik at kravet til hurtighet først inntreffer etter at det er avklart om det foreligger sletteplikt, altså etter at opptakene er gjennomgått blant annet for å undersøke om de gir grunnlag for mistanke. Jeg kan ikke se at Rt. 2014 side 1105 gir anvisning på noen annen forståelse av dette uttrykket; problemstillingen var der en ganske annen enn i vår sak. Etter den vedtatte, men ikke ikraftsatte, loven er som nevnt den generelle hovedregelen endret til at sletting tidligst skal foretas etter rettskraftig dom. Ordlyden er også noe endret uten at jeg kan se at det kaster lys over vårt spørsmål. Det er ikke ment å gjøre innholdsmessige endringer, se Prop. 147 L (2012–2013) side 178.
- (65) Etter ordlyden gjøres det ikke forskjell på § 119-samtaler og § 122-samtaler. Men – som jeg har påvist – kan denne likebehandlingen ikke opprettholdes på bakgrunn av EMD-praksis og Rt. 2015 side 81. For advokatsamtaler gjelder det ytterligere skranker som etter mitt syn altså ikke følger av ordlyden.
- (66) Heller ikke bruken av uttrykket "mistenkes" gir etter min oppfatning noen klar beskjed om når, og på hvilket grunnlag, mistanken må være etablert.
- (67) Lovhistorikken og forarbeidene gir imidlertid klare holdepunkter for at bestemmelsen må forstås slik at politiet har adgang til å gjennomgå opptak av samtaler også med nærstående, og at opplysninger fra samtalene kan brukes som bevis mot for eksempel siktedes mor. Jeg viser til min gjennomgang av dette. Den rettsstilstanden jeg mener ble etablert av Stortinget i 1976 er således, etter min oppfatning, på disse viktige punktene fortsatt gjeldende rett.
- (68) Det er ikke fremlagt avgjørelser fra EMD som endrer bildet for så vidt gjelder nærstående. Som det vil ha fremgått av min gjennomgang er dette på sentrale punkter annerledes for beskyttelsen av fortroligheten mellom advokat og klient.
- (69) Også etter norsk rett er det viktige ulikheter mellom forbudsregelen i straffeprosessloven § 119 og fritaksregelen i § 122. Vitnefritaksregelen – som går lenger enn parallellbestemmelsen i tvisteloven § 22-8 første ledd – tar sikte på å unngå den lojalitetskonflikten som ellers kunne oppstå for en nærstående – for eksempel en mor – ved at hun måtte velge mellom å lyve og å bidra til fellelse av sin sønn, se nærmere blant annet Andenæs, Norsk straffeprosess, 4. utgave ved Tor-Geir Myhrer side 199 flg. Denne lojalitetskonflikten gjør seg ikke på samme måte gjeldende ved innhenting av bevis som ikke krever den nærståendes aktive medvirkning slik som ved kommunikasjonskontroll. Parallellen til beslagsreglene er her nærliggende, slik Straffeprosesslovkomiteen pekte på i det jeg tidligere har referert fra innstillingen. Lovgiveren har imidlertid, til tross for dette, valgt å inkludere også nærstående i sletteregelen i § 216 g bokstav b.
- (70) Dersom man skulle sammenligne vår sak med hva situasjonen ville vært ved bruk av andre tvangsmidler er det naturlig å nevne tilfeller hvor det ved lovlig ransaking mot en siktet kommer frem opplysninger mot en av hans nærstående. Det er da intet i veien for å beslaglegge og å bruke materialet som bevis mot den nærstående. Det er altså ikke slik at politiet her gjennom kommunikasjonskontroll får tilgang til opplysninger som ellers bare

ville vært tilgjengelige dersom det var etablert skjellig grunn til mistanke mot den nærstående. For dem som er beskyttet etter § 119, er dette ganske annerledes, se regelen om beslagsforbud i § 204 som jeg tidligere har vært inne på.

- (71) Sletteplikten omfatter etter dansk og svensk rett ikke samtaler med nærstående, mens ordningen i Finland er mer sammenlignbar med den norske. Om ordningen her bør være annerledes, er det opp til lovgiveren å vurdere. Som det fremgår blant annet av det danske strafferetsplejeudvalgets betenkning nr. 1023 fra 1984 side 109 gjør det seg gjeldende motstridende hensyn på dette området.
- (72) Jeg oppsummerer det jeg mener så langt kan sies om hva som i dag er gjeldende rett:
- (73) For det første må straffeprosessloven § 216 g bokstav b forstås slik at politiet generelt har adgang til å gjennomgå opptak også av slikt materiale som bestemmelsen omhandler. Dette gjelder likevel ikke opptak som det på forhånd er klart at inneholder samtaler som er omfattet av vitneforbudet etter straffeprosessloven § 119 om yrkesmessig taushetsplikt, eller hvor dette er usikkert. I min videre drøftelse holder jeg disse situasjonene utenfor.
- (74) Dernest mener jeg det fremgår av rettskildene at det er adgang til å benytte informasjon fra gjennomhøringen til å etablere den mistanke som er nødvendig for å kunne beholde materialet. Mistanken mot den nærstående behøver altså ikke være etablert på forhånd.
- (75) For det tredje mener jeg det må legges til grunn at uttrykket "snarest mulig" ikke kan forstås som en henvisning til det som kunne være teknisk mulig. Det må i alle fall være anledning til å bruke den tid som er nødvendig for å klarlegge om vilkårene for å beholde materialet er til stede, herunder om det gir grunnlag for å etablere en slik mistanke at sletteplikt ikke inntreffer. Videre må det gis rom for å sammenholde materialet med andre resultater av den pågående etterforskningen. Det kan også være nødvendig å åpne adgang til dokumentinnsyn for forsvarerne. Hvor lang tid som her kan godtas må nødvendigvis bli skjønnsmessig og kan nok avhenge blant annet av sakens kompleksitet og omfanget av kommunikasjonskontrollen mv. Jeg føyer til at det selvsagt ikke vil være adgang til å opprettholde kommunikasjonskontroll mot en siktet utelukkende i håp om at den skal kunne gi grunnlag for mistanke også mot hans nærstående.
- (76) Jeg tar ikke endelig stilling til hvor lang tid som kan aksepteres. Det er ikke avgjørende for mitt resultat, og nærmere avklaring bør her skje ved lov, forskrift eller retningslinjer fra overordnet påtalemyndighet, eller en kombinasjon av dette.
- (77) Jeg ser så på den konkrete vurderingen av vår sak.
- (78) Ut fra den rettsstilstand jeg har redegjort for, var det adgang til å høre gjennom opptakene med moren, A, også etter at det var klarlagt at hun var deltaker i samtalen. Påtalemyndigheten kan dermed ikke bebreides for at opptakene hvor A var deltaker ikke ble slettet umiddelbart etter at det var klart at hun var siktedes mor. Det var isolert sett heller ingen feil at materialet ble brukt til å etablere mistanken om grov menneskehandel.
- (79) Vanskeligere er vurderingen av den lange tid som gikk fra det var klart at det pågikk samtaler med en nærstående til det ble gjort en formalisert vurdering av om mistankekravet var oppfylt. Jeg konkluderer ikke endelig i dette spørsmålet fordi jeg

mener det uansett ikke er grunnlag for nå å pålegge påtalemyndigheten å slette materialet.

- (80) Selv om det skulle foreligge et brudd på § 216 g bokstav b overfor A, er det etter min oppfatning flere forhold som tilsier at det vil være en for drastisk reaksjon å pålegge sletting nå.
- (81) For det første var rettsstilstanden med hensyn til når sletteplikten inntre usikker, bortsett fra at lovens uttrykk "snarest mulig" i alle fall ikke kunne forstås slik at sletteplikten oppsto umiddelbart etter at det var klart at det ble gjort opptak av samtale med en nærstående. Det er videre på det rene at vilkårene for å unnlate å slette nå klart er oppfylt. Jeg peker også på at i det tidsrom kommunikasjonskontrollen ble gjennomført var det allerede vedtatt en lov som senker kravet til lovbruddets alvor. Etter den vedtatte, men ikke ikraftsatte, loven ville derfor vilkårene for å unnlate sletting vært oppfylt senest da A ble siktet for grovt heleri i september 2014.
- (82) På denne bakgrunn er det i denne saken etter mitt syn lite behov for å markere et eventuelt rettsbrudd overfor politiet og påtalemyndigheten ved å pålegge sletting nå. Betragtninger om at unnlatt sletting "premierer" lovbrudd eller at det foregår en form for fortsatt rettskrenkelse er her ikke treffende.
- (83) Jeg legger også noe vekt på at tiltalen gjelder alvorlige straffbare forhold som det er viktig å opplyse best mulig under den langvarige hovedforhandlingen som påbegynnes om kort tid. Jeg peker særlig på hensynet til de fornærmede i saken som etter tiltalen skal ha vært utsatt for grov menneskehandel.
- (84) Etter en samlet vurdering er jeg etter dette kommet til at det ikke foreligger sletteplikt. Straffeprosessloven § 216 g er således ikke til hinder for at opptakene av samtaler hvor siktedes mor, A, deltar benyttes som bevis under hovedforhandlingen.
- (85) Ankene må etter dette forkastes.
- (86) Jeg stemmer for denne

#### K J E N N E L S E :

Ankene forkastes.

- (87) Dommer **Bergsjø**: Jeg er kommet til at ankene fører frem.
- (88) Saken gjelder altså krav om sletting av opptak av samtaler mellom mor og sønn. Opptakene er gjort i medhold av straffeprosessloven kapittel 16 a om kommunikasjonskontroll. Spørsmålet er særlig om politiet har adgang til å lytte gjennom slike nærståendesamtaler for å avklare om det kan rettes mistanke mot den nærstående selv, jf. straffeprosessloven § 216 g bokstav b jf. § 122. Fordi saken reiser spørsmål om tolkningen av § 216 g bokstav b mer generelt, finner jeg det på samme måte som førstvoterende naturlig å trekke inn også de samtaler som har vern etter vitneforbudsregelen i straffeprosessloven § 119, typisk samtaler mellom advokat og klient.

(89) Utgangspunktet er at kommunikasjonskontroll er en innblanding i privat- og familielivet som etter EMK artikkel 8 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 bare kan foretas så langt den er "in accordance with the law" og forholdsmessig. Jeg viser til Rt. 2014 side 1105 avsnitt 29 med videre henvisninger. I dag er retten til respekt for privatlivet også vernet etter Grunnloven § 102, samtidig som Grunnloven § 113 slår fast at inngrep må ha hjemmel i lov. Straffeprosessloven § 216 a gir adgang til kommunikasjonsavlytting ved skjellig grunn til mistanke. Men når avlyttingen gjelder samtaler med blant annet nærstående og advokater, avhenger hjemmelsspørsmålet av hvordan kravet om sletting "snaest mulig" i § 216 g må forstås.

(90) Jeg ser først på *ordlyden* i § 216 g, som førstvoterende har sitert i sin helhet. For sammenhengens skyld minner jeg om at bestemmelsen pålegger påtalemyndigheten å sørge for at opptak eller notater som er gjort under kommunikasjonskontrollen, "snaest mulig" blir tilintetgjort i den utstrekning de

**"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."**

(91) Førstvoterende har lagt til grunn at ordlyden gir begrenset veiledning, noe jeg ikke uten videre er enig i. Ordlyden viser etter mitt syn at politiet ikke kan fortsette gjennomlyttingen av en samtale når det blir klart at den er omfattet av vitneforbuds- eller vitnefritaksreglene i §§ 117 til 120 og 122, med mindre det *allerede på det tidspunktet* foreligger mistanke mot den som kan nekte å forklare seg.

(92) På dette punktet viser jeg først til uttrykket "snaest mulig". Som førstvoterende også har lagt til grunn, trekker det i retning av at sletting skal skje svært raskt. Uttrykksmåten gir ikke særlig åpning for at politiet skal kunne fortsette avlyttingen for å avdekke et eventuelt grunnlag for mistanke, når det først er brakt på det rene at den siktede snakker med for eksempel en nærstående. Jeg finner videre støtte i bruken av ordet "mistenkes". Dette indikerer etter mitt syn ganske klart at mistanken allerede må foreligge for at videre avlytting av samtale med advokat eller nærstående skal kunne skje.

(93) Som førstvoterende har vært inne på, ble § 216 g endret ved lov 21. juni 2013 nr. 86. Endringen har ikke trådt i kraft, men den nye ordlyden gir etter mitt syn veiledning også ved tolkningen av gjeldende bestemmelse. Endringsloven innebærer at § 216 g tredje ledd ved ikraftsettelsen vil lyde:

**"Opplysninger fra kommunikasjonskontrollen som retten etter §§ 117 til 120 er avskåret fra å motta forklaring om, og opplysninger fra personer som etter § 122 er fritatt fra forklaringsplikt, skal slettes så snart som mulig etter at det er fastslått at materialet omfatter slike opplysninger. Dette gjelder likevel ikke dersom vedkommende kan mistenkes for en straffbar handling som opplysningene kan ha betydning for."**

(94) Her fremgår det klarere enn i gjeldende bestemmelse at sletting skal skje snaest mulig "etter at det er fastslått at materialet omfatter" opplysninger fra blant annet samtaler med nærstående. Det gis i utgangspunktet ikke åpning for avlytting av slike samtaler etter det tidspunktet, med mindre mistankeunntaket kommer til anvendelse. Og omredigeringen av bestemmelsen viser etter mitt syn ganske klart at videre avlytting er betinget av at mistanken mot eksempelvis den nærstående allerede foreligger. I de spesielle motivene til endringsloven fremgår at departementet har ment å videreføre gjeldende rett på dette

punktet, se Prop. 147 L (2012–2013) side 178. Den nye ordlyden belyser dermed hva som er ment også med den som gjelder i dag.

- (95) Før jeg forlater ordlyden, finner jeg grunn til å presisere at den ikke skiller mellom de forskjellige grupper som kan nekte å forklare seg etter §§ 117 til 120 og 122. Den gir følgelig ikke holdepunkter for at eksempelvis samtaler med nærstående skal ha et dårligere vern enn samtaler mellom klient og advokat. Når førstvoterende mener at bestemmelsen om sletting skal forstås forskjellig for disse gruppene, har dette således ingen forankring i ordlyden.
- (96) Førstvoterende har funnet støtte for sitt syn i lovens *forhistorie og forarbeider*. Også jeg mener at det er holdepunkter å finne her, men jeg forstår til dels uttalelsene annerledes enn ham. Slik jeg ser det, viser særlig Prop. 147 L (2012–2013) at politiet ikke har adgang til å lytte gjennom samtaler med nærstående – og mellom advokat og klient – for å avdekke et grunnlag for mistanke.
- (97) Jeg ser først på komitéuttalelsen i Innst. O. nr. 21 (1976–77) side 2, som førstvoterende har lagt stor vekt på. Komiteen innførte her unntaket fra sletteplikten for de tilfellene hvor den som kan nekte å forklare seg etter reglene om vitneforbud og vitnefritak, selv kan mistenkes. Jeg finner grunn til å gjenta de sentrale setningene i innstillingen:
- "Tilføyelsen er gjort for å gjøre det klart at det ikke er nødvendig å ødelegge opptak av en telefonsamtale hvor eksempelvis siktede ringer sin far som i telefonsamtalen avslører seg som bakmannen. Også personer underlagt taushetsplikt – leger, advokater, prester m.m. – kan tenkes innblandet i straffbare handlinger i strid med denne lov, og komiteen finner derfor ikke grunn til å unnta disse."**
- (98) Etter mitt syn legger førstvoterende for mye i denne uttalelsen. Her peker jeg først på at komiteen ikke drøfter spørsmålet om det er adgang til å lytte gjennom samtaler for å etablere en mistanke. Det er imidlertid et poeng at komiteen valgte en ordlyd som trekker i retning av at mistanken måtte foreligge på forhånd. Uttalelsen i innstillingen må videre leses på bakgrunn av hva som var rammebetingelsene rundt kommunikasjonskontroll i 1976. Jeg antar at politiet den gang ikke like enkelt som i dag kunne filtrere ut nærståendesamtaler eller samtaler mellom advokat og klient *før* gjennomlytting. Det var oftere nødvendig å høre gjennom opptak for å bringe på det rene om det var tale om slike samtaler, og dermed også større risiko for å komme over den typen opplysninger som komiteen nevner i sitt eksempel. Komiteen mente altså at det i slike tilfeller ikke var nødvendig å foreta sletting. Allerede av disse årsakene kan jeg ikke legge avgjørende vekt på komitéuttalelsen. Et tyngre argument er den rettsutvikling som har skjedd etterpå, og som jeg nå kommer til.
- (99) I sin drøftelse har førstvoterende lagt betydelig vekt på Metodekontrollutvalgets uttalelser om gjeldende rett i NOU 2009: 15. Jeg forstår uttalelsene på samme måte som ham – flertallet i utvalget la til grunn at det var adgang til å lytte gjennom samtaler med nærstående og advokater for å etablere mistanke mot vedkommende. På grunn av den avklaring av rettstilstanden som har skjedd i ettertid, kan jeg imidlertid ikke se at uttalelsene har betydning i dag.
- (100) Som førstvoterende har redegjort for, drøfter Justis- og beredskapsdepartementet Metodekontrollutvalgets forslag i Prop. 147 L (2012–2013). Selv om endringene i § 216 g ikke har trådt i kraft, er jeg enig i at det må legges betydelig vekt på departementets

uttalelser knyttet til bestemmelsen. Men jeg trekker helt andre konklusjoner fra proposisjonen enn førstvoterende gjør.

- (101) Det har etter mitt syn for det første interesse hvordan departementet i punkt 6.8.1.1 oppsummerer Metodekontrollutvalgets generelle syn på sletteplikten, se side 102:

**"Et samlet utvalg mener at særbestemmelsen for materiale omfattet av vitneforbuds- eller vitnefritaksregler bør opprettholdes, og at materialet normalt skal slettes straks det er klart at det er knyttet til en persongruppe som er omfattet av slike regler. Materialet bør heller ikke kunne brukes i etterforskningen eller i annet etterretningsøyemed."**

- (102) På side 104 avslutter departementet sin drøftelse av sletteplikten på følgende måte:

**"På denne bakgrunn vil departementet ikke tilrå at innhentet materiale som er omfattet av reglene om vitneforbud eller -fritak i straffeprosessloven §§ 117 til 120 og 122, tillates ført som bevis i den utstrekning det følger av forbuds- eller fritaksreglene selv. Som i dag bør slikt materiale heller ikke kunne benyttes av politiet til andre formål, slik som etterforskning eller etterretning. Den vernede informasjonen bør følgelig etter departementets syn slettes fra politiets systemer."**

- (103) Disse uttalelsene danner bakgrunnen når departementet i punkt 6.8.2 går over til å vurdere politiets adgang til å høre gjennom innhentet materiale. Jeg forstår det slik at førstvoterende legger stor vekt på drøftelsen under det punktet i proposisjonen. Som han har påpekt, refereres først Metodekontrollutvalgets forslag. Departementet nevner i den sammenhengen at opptak etter utvalgsflertallets syn vil kunne brukes til å etablere mistanke mot eksempelvis en nærstående eller en advokat, se side 105. Men i departementets *egne* vurderinger i punkt 6.8.2.3 er denne problemstillingen overhodet ikke berørt. Temaet er derimot først og fremst om politiet har adgang til å lytte gjennom samtaler for å *avklare om* de inneholder uttalelser som er vernet etter straffeprosessloven §§ 117 til 120 og 122. For å være mer konkret: Departementet drøfter om politiet kan høre på opptak for å bringe på det rene om siktede snakker med en nærstående, eller om samtalen med advokaten er en klientsamtale. Spørsmålet er *ikke* adgangen til fortsatt gjennomlytting etter at dette er avklart.

- (104) Jeg mener dette fremgår av innledningen i punkt 6.8.2.3 på side 107 i proposisjonen. Departementet presenterer problemstillingen slik:

**"Spørsmålet er om en sletteplikt som her nevnt medfører at politiet heller ikke har anledning til å høre gjennom materiale som potensielt kan være omfattet av vitneforbuds- eller vitnefritaksreglene. Hovedargumentet for en slik adgang til å gjennomgå innhentet materiale, er at den motsatte løsning er lite praktisk. Som flere høringsinstanser på politi- og påtalesiden fremhever, kan det være nødvendig å høre gjennom materialet for å avgjøre om de innhentede opplysningene skal slettes eller om de kan beholdes, eventuelt hvilke deler av materialet som skal slettes. Dette tilsier at politiet bør ha adgang til å gjennomhøre materiale som er innhentet, for slik å kunne vurdere om informasjonen i avlyttingsmaterialet gjelder uttalelser som retten etter straffeprosessloven §§ 117 til 120 og 122 ikke vil kunne kreve å motta vitneforklaring om."**

- (105) Jeg viser særlig til avslutningen og til passusen "materiale som *potensielt* kan være omfattet av vitneforbuds- eller vitnefritaksreglene" (min utheving).



- (106) Uttalelsen på side 108 om at det i Norge i prinsippet ikke gjelder noe "forbud mot å avlytte kommunikasjon som kan være omfattet av vitneforbuds- eller vitnefritaksreglene", må leses på bakgrunn av hva som etter det nevnte var problemstillingen. Og fordi dette først og fremst er et spørsmål som oppstår ved samtaler med personer som omfattes av § 119 – alle samtaler med dem er ikke vernet – er det naturlig at det er dette som vies plass i drøftelsen. Til sammenligning faller *alle* nærstående samtaler inn under § 216 g jf. § 122.
- (107) Uansett hva man måtte mene om departementets vurderinger under dette punktet i proposisjonen, må det avgjørende være hvilken *konklusjon* departementet trakk. Selv om førstvoterende allerede har sitert de to siste avsnittene i punkt 6.8.2.3, finner jeg grunn til å minne om innholdet i dem. Etter først å ha påpekt at samtaler mellom advokat og klient nyter et særlig sterkt vern etter EMK artikkel 8, uttaler departementet:
- "Etter departementets forståelse kan det ikke utledes av EMK artikkel 8 et forbud mot at politiet hører gjennom opptak av samtaler som potensielt kan inneholde vernet informasjon, for å finne ut om materialet skal slettes eller ikke. Dette gjelder hva enten det er tale om advokatkorrespondanse eller om annen informasjon som er omfattet av vitneforbuds- eller vitnefritaksregler.**
- Departementet legger likevel til grunn at dersom det på forhånd er på det rene at avlyttingsmaterialet består i advokatkorrespondanse eller tilsvarende, vil slik gjennomhøring neppe være berettiget. Gjennomhøring vil her medføre at politiet med viten trenger inn i fortrolig informasjon, som nyter vern etter EMK artikkel 8 og de norske reglene om vitneforbud og -fritak. For så vidt må det samme gjelde for gjennomhøring av materialet, som det Høyesteretts ankeutvalg la til grunn i Rt. 2009 side 396 med hensyn til selve avlyttingen av informasjonen. Dette er etter departementets syn en naturlig konsekvens av regelen om sletting av materiale som er omfattet av reglene om vitneforbud eller -fritak i straffeprosessloven §§ 117 til 120 og 122."
- (108) Departementets konklusjon er *ikke* begrenset til det som for enkelhets skyld kan kalles § 119-samtaler, men er helt generell. Dette fremgår av at departementet avslutningsvis i det først siterte avsnittet viser til "vitneforbuds- eller vitnefritaksregler", og det blir enda klarere ved henvisningen til §§ 117 til 120 og 122 avslutningsvis. Endelig gjaldt Rt. 2009 side 396 – som departementet viser til – nettopp en samtale med nærstående. Uttalelsene må forstås slik at politiet ikke kan lytte gjennom opptak når det på forhånd er klart at det er tale om en nærståendesamtale etter § 122 eller en samtale mellom klient og advokat etter § 119. Jeg kan videre ikke forstå departementet annerledes enn at en påbegynt avlytting umiddelbart må stanses når det underveis blir klart at det er tale om en slik samtale. Et slikt utgangspunkt er uforenlig med fortsatt avlytting for å avdekke mistanke. Fortsatt gjennomhøring innebærer at politiet "med viten trenger inn i fortrolig informasjon", og det kan etter departementets syn ikke aksepteres.
- (109) Jeg legger til at departementet nok så for seg at en advokatsamtale kunne høres gjennom for å bringe på det rene om den var vernet etter § 119. Nå følger en annen løsning av Rt. 2015 side 81 avsnitt 25 følgende, noe jeg straks kommer tilbake til. For nærståendesamtaler er dette som nevnt ikke en problemstilling, fordi alle slike samtaler faller inn under vernet i § 216 g jf. § 122.
- (110) Slik jeg ser det, kan ikke Innst. 445 L (2012–2013) tas til inntekt for et annet syn enn det jeg har gjort rede for. Som også førstvoterende har lagt til grunn, er det ikke noe som tyder på at komiteen skulle ha et annet syn enn departementet.

- (111) Når det så gjelder hva som kan utledes av *rettspraksis*, finner også jeg det naturlig å ta utgangspunkt i Rt. 2014 side 1105. Saken gjaldt for det første hva som ligger i at materiale fra kommunikasjonskontroll skal slettes snarest mulig i den utstrekning det "er uten betydning for forebyggelsen eller etterforskningen av straffbare forhold", jf. § 216 g bokstav a. Flertallet kom i avsnitt 46 til at sletting skulle vært foretatt senest da tiltale ble tatt ut.
- (112) I denne sammenhengen er det imidlertid særlig det andre spørsmålet i saken som har interesse, hvor Høyesterett nettopp vurderte samtaler med nærstående. Jeg er enig med førstvoterende i at den konkrete problemstillingen i vår sak ikke var oppe i avgjørelsen fra 2014. Men de mer generelle uttalelsene i kjennelsen – og de forutsetninger resultatet hviler på – har betydelig interesse, og jeg finner støtte for mitt syn i disse.
- (113) Jeg viser først til avsnitt 56, hvor førstvoterende i omtalen av § 216 g bokstav b uttaler at materiale fra kommunikasjonskontroll "skal slettes så snart det er bragt på det rene at det er omfattet av denne særlige slettingsregelen". Etter mitt syn er det naturlig å forstå denne uttalelsen slik at politiet ikke kan høre gjennom samtale med en nærstående, med mindre mistanke mot denne allerede foreligger. På samme måte forstår jeg førstvoterendes konklusjon i avsnitt 60:
- "Min konklusjon er etter dette at materiale innhentet gjennom kommunikasjonskontroll av samtaler der I deltar, skulle ha vært slettet i sin helhet allerede da politiet ble kjent med at materialet var omfattet av straffeprosessloven § 216 g bokstav b, jf. kommunikasjonskontrollforskriften § 9 første ledd andre punktum."**
- (114) Tilsvarende finner jeg støtte for mitt syn i Rt. 2015 side 81. Det er nok så at nærståendesamtaler ikke var tema i saken, se avsnitt 10. Jeg er videre enig med førstvoterende i at advokatsamtaler nyter et særlig vern etter EMK, og at reelle hensyn kan slå forskjellig ut for § 122-tilfellene sammenlignet med § 119-tilfellene. Samtidig er det ikke til å komme unna at lovgiver har likestilt disse tilfellene gjennom § 216 g bokstav b. På den bakgrunn mener jeg at avgjørelsen fra 2015 gir føringer for resultatet også i vår sak.
- (115) I avsnitt 23 i 2015-avgjørelsen uttaler førstvoterende:
- "Jeg tolker dette slik at dersom det på forhånd er klart at det i materialet inngår samtaler som faller inn under straffeprosessloven § 119 – typisk klientsamtaler med advokat – har påtalemyndigheten ikke adgang til å påbegynne gjennomhøring av disse samtaler. Slike samtaler skal uten videre sorteres ut og slettes."**
- (116) Jeg tolker dette slik at politiet ikke kan lytte gjennom klientsamtaler med advokat med det formål å avdekke mistanke. Slik § 216 g bokstav b er utformet, må det samme gjelde nærståendesamtaler.
- (117) Før jeg oppsummerer mitt standpunkt, vil jeg også kommentere førstvoterendes uttalelse om at avgjørelsen i Rt. 2005 side 1137 – Nokas – danner en viktig bakgrunn for det videre lovarbeidet. Jeg vurderer også denne avgjørelsen annerledes enn førstvoterende og viser til at annenvoterende i 2005-avgjørelsen – som representant for flertallet – i avsnitt 76 uttaler:

**"Det er elles grunn til å minne om at det for delar av det omtvista materialet er bevisforbod – til dømes gjeld det opptak av samtalar mellom dei tiltala og forsvararane, jf. straffeprosesslova § 216 g første ledd bokstav b. Det kan ikkje givast innsyn i dette. Dette går fram av lagmannsretten sine avgjerdsgrunnar, utan å vere teke inn i slutninga. Løysinga er her så klar at eg ikkje finn grunn til å utforme ny konklusjon for å få det med."**

- (118) Det var ikke grunnlag for å mistenke noen av forsvarerne for delaktighet i det aktuelle ranet. Jeg forstår dette utsagnet slik at annenvoterende likevel fant det nødvendig å ta inn en uttrykkelig reservasjon ved å understreke at beskyttede samtaler står i en særstilling, slik at de fortsatt skulle slettes "snarest mulig". Dette har også kommet til uttrykk i den nye § 216 g tredje ledd, som fastsetter at § 119- og § 122-samtaler skal slettes "så snart som mulig" når vedkommende ikke kan mistenkes for en straffbar handling som opplysningene kan ha betydning for. Disse samtaler er altså unntatt fra første ledd, som følger opp standpunktet i 2005-avgjørelsen ved at annet materiale først skal slettes "når saken er avgjort ved rettskraftig dom dersom de åpenbart er uten betydning for saken, og ellers sperres".
- (119) Etter dette kan jeg oppsummere mitt syn på følgende måte: Straffeprosessloven § 216 g bokstav b skiller ikke mellom samtaler som omfattes av § 119 og § 122. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at slike samtaler ikke kan høres gjennom med mindre mistanke mot eksempelvis advokaten eller den nærstående allerede foreligger. Prop. 147 L (2012–2013) gir klar støtte til denne tolkningen, og det samme gir kjennelsene i Rt. 2014 side 1105 og Rt. 2015 side 81. I tillegg kommer at det blir lite igjen av det vern som § 216 g er ment å gi nærstående dersom førstvoterendes tolkning legges til grunn. Hans tolkning innebærer også en temmelig skjønnsmessig regel som blir vanskelig å praktisere, og som reiser spørsmål rundt forsvarers innsynsrett og prinsippet om "equality of arms". Ønsket om oppklaring av alvorlige straffesaker trekker i motsatt retning, men formålsbetraktninger kan ikke reparere manglende hjemmel for alvorlige personverninngrep.
- (120) Min konklusjon blir på denne bakgrunn at straffeprosessloven § 216 a, jf. § 216 g og § 122, ikke gir hjemmel for å avlytte samtaler med nærstående for å avdekke mistanke. For at gjennomhøring skal være rettmessig, må mistanken mot den nærstående foreligge på forhånd.
- (121) Spørsmålet er så hva som ligger i at sletting skal skje "snarest mulig". I Prop. 147 L (2012–2013) side 109 uttaler departementet at materialet må slettes så snart som mulig "etter at det er fastslått at materialet omfatter slike opplysninger". En tilsvarende formulering er brukt i Rt. 2014 side 1105 avsnitt 56. På bakgrunn av disse uttalelsene og de hensyn § 216 g skal ivareta, mener jeg at sletting må skje så snart det er praktisk og teknisk mulig. Materialet kan i hvert fall ikke lagres i flere måneder, slik påtalemyndigheten har gjort i denne saken. Jeg nevner i denne forbindelse at avlyttingen foregikk fra mars til september 2014. A ble først siktet 4. september 2014, men da for overtredelse av straffeloven § 317. Siktelse som kunne gitt selvstendig grunnlag for kommunikasjonskontroll, ble ikke utferdiget før 23. februar 2015.
- (122) Det gjenstår å ta stilling til hva som må bli konsekvensen av at påtalemyndigheten har brutt plikten til å slette materialet fra kommunikasjonskontrollen. Vi står her overfor et materiale som ikke skulle eksistert. Hadde påtalemyndigheten overholdt sletteplikten, ville ikke spørsmålet om sletting nå og senere bruk under hovedforhandlingen oppstått.

Jeg mener det vil innebære en fortsatt rettskrenkelse om materialet ikke slettes, men tillates brukt, jf. Rt. 2014 side 1105 avsnitt 50 og 60. Det må gjelde selv om mistankegrunnlag foreligger i dag. Påstanden om sletting må dermed tas til følge.

(123) Jeg stemmer etter dette for at ankene tas til følge

(124) Dommer **Webster:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Kallerud.

(125) Dommer **Noer:** Likeså.

(126) Dommer **Matningsdal:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Bergsjø.

(127) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Ankene forkastes.

Riktig utskrift bekreftes: