



NORGES HØYESTERETT

Den 29. mars 2016 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2016-00644-A, (sak nr. 2015/1868), straffesak, anke over kjennelse,

Den offentlige påtalemyndighet

(statsadvokat Trond Høvik)

mot

A

(advokat Jørgen Løvdal – til prøve)

Partsrett i saken:

C

(advokat John Christian Elden)

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

- (1) Dommer **Matheson**: Saken gjelder krav om at materiale fra kommunikasjonskontroll av telefonsamtale mellom to brødre skal nektes brukt som bevis i en straffesak og tilintetgjøres.
- (2) Etter et narkotikabeslag ved Svinesund 20. februar 2013 ble det iverksatt kommunikasjonskontroll mot et telefonnummer som tilhørte A.
- (3) Kommunikasjonskontrollmaterialet inneholder opptak av en samtale 21. februar 2013 mellom den mistenkte og broren B. Der kommer det frem opplysninger som påtalemyndigheten mener gjelder narkotikavirksomhet i Trondheimsområdet. Mistenkte sier dessuten til broren at "jeg skal putte deg i grava", "jeg kan senke deg i sjøen" og "jeg skal stoppe kjeften og på deg".
- (4) Åtte måneder senere, den 24. oktober 2013, ble B innkalt til politiavhør og fortalt at det pågikk etterforskning mot broren A i en større narkotikasak. Han ble gjort kjent med sin rett etter straffeprosessloven §§ 122 og 123 til å nekte å forklare seg. B var villig til å

forklare seg. Han besvarte en rekke spørsmål om sin kontakt med broren og om innholdet av samtalen 21. februar 2013, som ble avspilt under avhøret.

- (5) Statsadvokatene i Hordaland satte 27. august 2014 A under tiltale for blant annet narkotikaforbrytelse etter straffeloven 1902 § 162 første ledd jf. tredje ledd (post I), og § 162 første ledd (post II), og for trusler etter § 227 mot broren B (post III). I bevisoppgaven av samme dato var B oppgitt som vitne. Også kommunikasjonsskontrollsamtalet som var foretatt 21. februar 2013 og som var brukt i avhøret av ham, var påberopt som bevis.
- (6) B hadde i en skriftlig erklæring datert 12. januar 2015 gitt samtykke til at kommunikasjonsskontrollsamtalet kunne avspilles i retten. Han møtte 21. januar 2015 som vitne under hovedforhandlingen i straffesaken mot tiltalte. Også da ble han gjort kjent med sine rettigheter etter straffeprosessloven §§ 122 og 123, men avga forklaring.
- (7) Tiltalte begjærte samtalen avskåret som bevis. Ved Bergen tingretts beslutning 29. januar 2015 ble beviset tillatt ført.
- (8) Tiltalte anket til Gulating lagmannsrett, som i kjennelse 2. februar 2015 avviste anken med grunnlag i at beslutninger under hovedforhandlingen ikke kan ankes. Avgjørelsen ble anket videre til Høyesterett. Saken innkom til Høyesterett 3. februar 2015, og hovedforhandlingen i Bergen tingrett ble avsluttet dagen etter. Ankesaken ble etter dette hevet ved kjennelse 9. februar 2015 da tiltalte ikke lenger hadde rettslig interesse i å få overprøvd tingrettens beslutning.
- (9) A ble ved Bergen tingretts dom 19. februar 2015 dømt for narkotikalovbrudd og trusler. Straffen – som var en fellesstraff med resttiden etter prøveløslatelse for tidligere forhold – ble satt til fengsel i 10 år og 6 måneder. Tingretten dømte samtidig to medtiltalte, C og D, til lengre fengselsstraffer for deltakelse i deler av samme sakskompleks.
- (10) Dommen er anket til Gulating lagmannsrett. Ankeforhandlingen er berammet. A har motsatt seg at kommunikasjonsskontrollmaterialet fra samtalen med broren benyttes som bevis. Saksbehandlingsspørsmålet er skilt ut til egen avgjørelse og behandlet av lagmannsretten i eget rettsmøte.
- (11) Gulating lagmannsrett avsa 30. september 2015 kjennelse med slik slutning:
 - "1. **Kommunikasjonsskontrollmaterialet mellom A og B, tillates ikke brukt som bevis i Gulating lagmannsretts sak 15-057757.**
 2. **Kommunikasjonssmaterialet og utskrift av samtaler innhentet ved kommunikasjonsskontroll der B deltar, skal tilintetgjøres."**
- (12) Påtalemyndigheten har anket kjennelsen til Høyesterett. Det ble angitt at anken gjelder lovanvendelsen og saksbehandlingen. Gulating lagmannsrett ga 9. oktober 2015 anken oppsettende virkning. Ankeutvalgets behandling ble ved beslutning 20. oktober 2015 utsatt inntil endelig avgjørelse forelå i to andre saker som også gjaldt

kommunikasjonskontroll. Disse ble avgjort 17. desember 2015, se Rt. 2015 side 1435 (Lime II) og Rt. 2015 side 1456 (Lime III).

- (13) Høyesteretts ankeutvalg besluttet at ankesaken skulle avgjøres i avdeling med fem dommere, jf. domstoloven § 5 første ledd andre punktum.
- (14) *Påtalemyndigheten* har i korte trekk anført at kommunikasjonskontrollmaterialet er lovlig innhentet. Selv om trusselinformasjonen er såkalt overskuddsinformasjon etter straffeprosessloven § 216 a jf. § 216 i, kan informasjonen i henhold til rettspraksis lovlig brukes som bevis i saken her. Påtalemyndigheten hadde ikke plikt til å slette materialet før eventuell mistanke mot B for hans rolle i saken mot den hovedmistenkte var brakt på det rene. Det forelå heller ikke sletteplikt før det var avklart om B, som fornærmet i den avlyttede samtalen, ville samtykke i at opptaket ble brukt som bevis i saken mot den tiltalte broren. Nærstående har etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8, jf. artikkel 1 krav på strafferettslig vern. Dette tilsier at broren som fornærmet må kunne samtykke i at beviset føres. Det er ikke tiltalte, men den nærstående, som er vernet av § 216 g første ledd bokstav b, jf. § 122.
- (15) Påtalemyndigheten har nedlagt slik påstand:
- "1. Kommunikasjonskontrollmaterialet mellom A og B tillates avspilt og dokumentert som bevis i Gulating lagmannsretts sak 15-057757AST-GULA/AVD1.
 2. Kommunikasjonskontrollmaterialet skal ikke tilintetgjøres."
- (16) *Tiltalte A* har tatt til motmæle. Han har i korte trekk anført at lovkravet for å benytte materialet ikke er oppfylt. Broren B har ikke vært mistenkt i saken. Materialet skulle uansett vært slettet straks han var utenfor eventuell mistanke. Lovgiver har i forarbeidene til straffeprosessloven § 216 g uttrykkelig tatt avstand fra at kommunikasjonskontrollmateriale omfattet av første ledd bokstav b, skal kunne benyttes som bevis etter samtykke. Opptaket av truslene har status som overskuddsinformasjon og kan, etter de gjeldende reglene, uansett ikke benyttes. EMK kan ikke danne grunnlag for å tillate beviset ført.
- (17) A har nedlagt slik påstand:
- "Anken forkastes."
- (18) Medtiltalte Cs forsvarer har vært gitt rett til å møte under Høyesteretts behandling. C har nedlagt slik påstand:
- "Prinsipalt: Kommunikasjonskontrollmaterialet mellom A og B kan brukes som bevisstilbud fra C i Gulating lagmannsretts sak 15-057757AST-GULA/AVD1.
- Subsidiært: Anken forkastes."
- (19) *Mitt syn på saken*
- (20) Jeg er kommet til at anken fører frem.

- (21) Spørsmålet om bevisavskjæring er avgjort av lagmannsretten i første instans. Høyesterett har derfor full kompetanse i saken.
- (22) Saksbehandlingsanken er ikke fulgt opp under behandlingen for Høyesterett og må anses frafalt. Høyesterett har uansett full kompetanse, slik som allerede nevnt.
- (23) Politiets innhenting, oppbevaring og bruk av kommunikasjonskontrollmateriale er integritetsinngrep som krever hjemmel i lov, se eksempelvis Rt. 2014 side 1105 avsnitt 24 (Acta).
- (24) Det er ikke bestridt at mistanken mot A for narkotikalovbrudd etter straffeloven 1902 § 162 ga hjemmel for telefonavlytting, jf. straffeprosessloven § 216 a første ledd. Avlyttingen av samtalen med tiltaltes bror avdekket også hva påtalemyndigheten mener er bevis for trusler. Loven, slik den lød på avlyttingstidspunktet, ga ikke grunnlag for å *iverksette* kommunikasjonskontroll ved mistanke om trusler. Jeg kommer straks tilbake til betydningen av dette.
- (25) Det sentrale spørsmålet er om avlyttingsmaterialet kan føres som bevis når dette stammer fra en samtale mellom to brødre, jf. straffeprosessloven § 216 g første ledd bokstav b.
- (26) Før jeg går nærmere inn på dette spørsmålet, finner jeg det hensiktsmessig å ta stilling til om kommunikasjonskontrollmaterialet etter sitt *innhold* kan tillates brukt som bevis.
- (27) Straffeprosessloven § 216 i første ledd tredje punktum bokstav b bestemmer, slik loven lød i februar 2013, at innhentede opplysninger kan brukes "som bevis for et straffbart forhold som kan begrunne den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra". Det er etter dette ikke tvilsomt at hele den avlyttede samtalen – hvis man ser bort fra at den var mellom nærstående – kan brukes som bevis i narkotikasaken, også den delen der tiltalte uttaler seg truende. Disse uttalelsene fremstår som en reaksjon på hva broren har sagt om narkotikavirksomhet og vil inngå i bedømmelsen av det broren sier om dette.
- (28) Spørsmålet er så om kommunikasjonskontrollmaterialet også kan brukes som bevis for trusler som et selvstendig straffbart forhold. Lovgivningen om bruk av overskuddsinformasjon ble endret i perioden mellom avlyttingen i februar 2013 og avhøret i oktober samme år, jf. nå § 216 i første ledd tredje punktum bokstav d, i kraft fra 13. september 2013. For så vidt gjelder adgangen til å anvende nye straffeprosessuelle bestemmelser uten hinder av tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97, viser jeg til Rt. 2014 side 1105 (Acta) avsnitt 64 med videre henvisninger. Ettersom ingen av partene har anført at de nye reglene kommer til anvendelse, går jeg ikke inn på om disse kunne vært anvendt i foreliggende sak. Jeg tar ved løsningen derfor utgangspunkt i rettstilstanden slik § 216 i lød på avlyttingstidspunktet.
- (29) Som nevnt, kan innhentede opplysninger etter § 216 i første ledd tredje punktum bokstav b bare brukes som bevis for straffbare forhold som kan begrunne kommunikasjonskontroll. Trusler er ikke omfattet av kontrollhjemmelen i § 216 a. Den

del av avlyttingsmaterialet som gjelder trusler, vil isolert sett derfor ikke kunne tjene som bevis for et tiltalepunkt om dette.

- (30) Det er imidlertid ikke utelukket at slik overskuddsinformasjon kan benyttes som bevis i et tilfelle som det foreliggende hvor beviset lovlig kan føres for en annen tiltalepost i samme sak, jf. Rt. 2005 side 1200 avsnitt 16. Førstvoterende slutter seg der til tingrettens uttalelse i den underliggende dommen hvor det heter:

"Retten ser det slik at når et bevis først er ført på lovlig måte, kan den ved sin bevisvurdering ikke ha plikt til å se bort fra informasjon den rent faktisk har fått. Selv om det kan sies at bevisforbudsregelen i § 216i i seg selv er i strid med prinsippet om fri bevisførsel, [...], må det etter rettens oppfatning skilles mellom det å føre beviset og det å ta beviset med i rettens vurdering når det lovlig er ført under hovedforhandlingen. Når beviset rent faktisk er ført på lovlig vis, kan retten ikke se at det skal legges noen begrensninger på rettens frie bevisvurdering."

- (31) Jeg har allerede slått fast at tiltaltes truende uttalelser mot B inngår i bevismaterialet for tiltalepunktet om narkotikavirksomhet. Et slikt lovlig ført bevis må da i tråd med Rt. 2005 side 1200 også kunne påberopes og vektlegges som bevis for trusler som et selvstendig straffbart forhold. En plikt til å se bort fra et bevis som er lovlig ført i tilknytning til et annet tiltalepunkt, vil være fremmed innenfor norsk prosessordning.
- (32) Skjerpingen av lovkravet siden 2005 kan etter mitt syn ikke endre dette. Hjemmelen for å føre samtalen som bevis er som allerede nevnt, lovfestet, klar og ubestridt. At retten i trusselsaken ikke plikter å se bort fra bevis som er lovlig ført i narkotikasaken, beror på en allerede etablert rettsstilstand som lovgiver dessuten har bekreftet ved at den rettsoppfatningen Høyesterett bygget på i Rt. 2005 side 1200, nå er lovfestet i den nye bestemmelsen i § 216 i første ledd tredje punktum bokstav d andre punktum, jf. Prop. 147 L (2012-2013) side 82.
- (33) Min foreløpige konklusjon er etter dette at kommunikasjonsmaterialet etter sitt innhold kan brukes som bevis både for narkotikatalen og trusseltalsten.
- (34) Jeg går så over til spørsmålet om kommunikasjonskontrollmaterialet likevel må nektes brukt fordi det er hentet fra en samtale mellom *nærstående* og derfor skulle vært slettet, jf. straffeprosessloven § 216 g første ledd bokstav b. Der heter det at påtalemyndigheten skal sørge for at opptak eller notater som er gjort under kommunikasjonskontrollen,

"snarest 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."

- (35) I § 122 som det er vist til, heter det i første ledd første punktum:

"Siktedes ektefelle, slektninger i rett opp- eller nedstigende linje, søsken og like nær besvogrede er fritatt for vitneplikt."

- (36) De personer bestemmelsen nevner, omtales gjerne som nærstående.
- (37) Påtalemyndigheten skal altså etter § 216 g sørge for å slette uttalelser som er omfattet av blant annet § 122, herunder uttalelser mellom søsken. Sletteplikten gjelder imidlertid ikke dersom den nærstående mistenkes for en straffbar handling som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kommunikasjonskontroll. Påtalemyndigheten har anført at denne unntaksregelen i innledningsfasen av etterforskningen ga grunnlag for ikke å slette kommunikasjonsmaterialet.
- (38) Ved den nærmere vurderingen av om og eventuelt når sletteplikten inntreffer, er det naturlig å ta utgangspunkt i den adgang påtalemyndigheten etter rettspraksis har til å undersøke kommunikasjonskontrollmaterialets innhold.
- (39) Høyesteretts avgjørelser i Rt. 2015 side 1435 (Lime II) sammenholdt med Rt. 2014 side 1105 (Acta) gir en nokså vid ramme – både i tid og rom – for slike undersøkelser. I denne forbindelse nevner jeg at det i Lime II-avgjørelsen avsnitt 74 slås fast at det for adgangen til å høre gjennom samtaler som er omfattet av § 122, ikke kreves at det på forhånd er etablert noen mistanke mot den nærstående. I avsnitt 75 heter det dernest at uttrykket "snarest mulig" i § 216 g første ledd "ikke kan forstås som en henvisning til det som kunne være teknisk mulig". Det er altså ikke slik at sletteplikt inntreffer umiddelbart etter gjennomhøringen. I fortsettelsen heter det nemlig:

"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."

- (40) Det er følgelig et nokså vidt handlingsrom for hva påtalemyndigheten kan foreta av undersøkelser før den eventuelt må sørge for at materialet tilintetgjøres. Dette begrenser seg ikke bare til hva som kreves av undersøkelser "for å etablere en slik mistanke at sletteplikt ikke inntreffer", jf. formuleringen "herunder" i Rt. 2015 side 1435 avsnitt 75, men gir adgang til "å bruke den tid som er nødvendig for å klarlegge om vilkårene for å beholde materialet er til stede".
- (41) B er i dag ikke under mistanke for det narkotikaforholdet broren er tiltalt for. Det har imidlertid på bakgrunn av kommunikasjonskontrollmaterialets innhold under etterforskningen vært behov for å avklare hans stilling i saken. Dette behovet forelå i alle fall frem til avhøret av ham i oktober 2013.
- (42) Saken gir ikke foranledning til å vurdere om mistankeunntaket også ga hjemmel for å oppbevare samtalen etter avhøret. Påtalemyndigheten har anført at det fra dette tidspunktet uansett var grunnlag for å oppbevare kommunikasjonskontrollmaterialet fordi B som fornærmet i den avlyttede samtalen, hadde samtykket i at opptaket ble brukt som bevis i saken mot broren.
- (43) Her vil jeg innledningsvis nevne at § 216 g første ledd bokstav b ikke inneholder andre unntak fra plikten til å sørge for tilintetgjøring enn mistanke mot den nærstående. Det er i

Acta-kjennelsen avsnitt 56 lagt til grunn at materiale som omfattes av bestemmelsen, "ikke under noen omstendighet [kan] benyttes som bevis". Selv om denne uttalelsen er absolutt i sin form, kan den etter min oppfatning likevel ikke tas til inntekt for at betydningen av samtykke til bevisføring er overveid og tatt stilling til.

- (44) Spørsmålet er drøftet i Prop. 147 L (2012–2013) på side 103 flg. Det er der pekt på at vitneforbuds- og vitnefritaksreglene i straffeprosessloven §§ 117–120 og 122 ikke er absolutte ved at beviset kan avgis etter samtykke eller ved at den nærstående kan velge å forklare seg. På den bakgrunn reises spørsmålet om unntaksmulighetene "bør reflekteres også i reglene om oppbevaring og sletting av materiale innhentet ved skjult tvangsmiddelbruk". Drøftelsen tar utgangspunkt i høringsuttalelser til Metodekontrollutvalgets utredning, jf. NOU 2009: 15. Det ble fra flere hold nevnt at hensynet til konsekvens i regelverket kunne tale for en slik løsning og av Kripos særskilt pekt på at det kunne være grunn til at "kommunikasjon der nære slektninger, som har vitnefritak etter strpl. § 122 eller som selv er fornærmet i saken ikke slettes". I drøftelsen nevner departementet at det "etter omstendighetene [vil] kunne være uheldig dersom et vitneprov fra noen som er omfattet av §§ 117 til 120 og 122 ikke kan underbygges eller motgås med tilsvarende materiale som er innhentet under etterforskningen". Jeg oppfatter departementet slik at det i utgangspunktet mente at gode grunner kunne tale for å gjøre unntak fra sletteplikten ved samtykke.
- (45) Departementet har likevel ikke villet tilrå at innhentet materiale som er omfattet av reglene om vitneforbud eller vitnefritak i straffeprosessloven §§ 117 til 120 og 122, tillates ført som bevis "i den utstrekning det følger av forbuds- eller fritaksreglene selv". Standpunktet var begrunnet i to forhold: For det første hensynet til innsynsretten, for det annet betydningen av at et samtykke til bruk av slikt materiale vil måtte gis "etterskuddsvis".
- (46) For så vidt gjelder innsynsretten, peker departementet på side 103-104 på at "[d]et er lite trolig at synspunktet om at materialet ikke er omfattet av innsynsrett, vil kunne opprettholdes dersom det åpnes for å bruke materiale omfattet av §§ 117 til 120 og 122 som bevis i den grad det følger av vitneforbuds- og vitnefritaksreglene selv". Under henvisning til det unntaket som i dag gjelder for materiale som er omfattet av straffeprosessloven § 216 g bokstav b, jf. Rt. 2005 side 1137 (Nokas) avsnitt 76, fortsetter departementet:
- "Konsekvensen blir at siktede som utgangspunkt må gis innsynsrett også i materiale som inneholder informasjon som er vernet etter straffeprosessloven §§ 117 til 120 og 122."**
- (47) Om begrunnelsen for ikke å ville åpne for en slik bred innsynsrett, pekes det i proposisjonen på side 104 på konfidensialitetshensyn:

"Vitneforbuds- og vitnefritaksreglene er som nevnt hovedsakelig begrunnet i konfidensialitetshensyn, noe som tilsier at gruppen av personer som får tilgang til materialet bør begrenses så langt som mulig. Dersom det er tale om opplysninger som av hensyn til siktede selv holdes hemmelig, eksempelvis korrespondanse mellom siktede

og hans advokat, er det lite som tilsier at siktede bør nektes innsyn i materialet. Mer betenkelig er det om innsynsretten skal omfatte opplysninger som av hensyn til andre enn siktede er taushetsbelagt. Dette kan for eksempel være legesamtaler som involverer noen andre som er mistenkt i saken, eller annen kommunikasjon som andre enn siktede har hatt med personer underlagt lovbestemt taushetsplikt. Etter departementets syn taler dette mot at det åpnes for at innhentet materiale skal kunne benyttes som bevis i den utstrekning det følger av reglene i straffeprosessloven §§ 117 til 120 og 122."

- (48) Når det gjelder hensynet til at et samtykke til bruk av slikt materiale vil måtte gis "etterskuddsvis", heter det i proposisjonen på side 104:
- "Slik departementet ser det, er det dessuten en ikke ubetydelig forskjell mellom det å gjøre unntak fra vitneforbuds- og vitnefritaksreglene, og det å føre slikt innhentet materiale som bevis for retten etter samtykke. Når det er tale om å avgi muntlig forklaring for retten, kan samtykke innhentes før den aktuelle informasjonen formidles. Er vernet informasjon allerede innhentet gjennom bruk av skjulte tvangsmidler, er det derimot tale om et etterskuddsvis samtykke. For den som har krav på hemmelighold vil det da kunne være vanskeligere å nekte beviset ført, ettersom vedkommende vet at informasjonen allerede er innhentet og har kommet til påtalemyndighetens og siktedes kunnskap."**
- (49) Det er ikke helt klart hva departementet har bygget på når det i samtykkespørsmålet tas utgangspunkt i at den aktuelle informasjonen "allerede ... har kommet til ... siktedes kunnskap". Denne uklarheten lar jeg imidlertid ligge. Jeg nøyer meg med å konstatere at lovgiver særlig under henvisning til de konfidensialitetshensyn som begrunner vitneforbuds- og vitnefritaksreglene, ikke har villet gå inn for en løsning der kommunikasjonskontrollmateriale generelt sett skal kunne benyttes som bevis etter samtykke.
- (50) Det er på denne bakgrunnen klart at samtykke ikke generelt kan føre til at sletteplikten faller bort. Spørsmålet er om dette gjelder også der den mistenkte begår en straffbar handling mot den nærstående i samtalen, og den nærstående samtykker i at opptaket brukes som bevis.
- (51) Departementets generelle standpunkt i samtykkespørsmålet har, som fremhevet, særlig vært begrunnet i de konfidensialitetshensyn som ligger til grunn for blant annet vitnefritaksreglene. Man har imidlertid med dette ikke tatt stilling til om den nærstående burde kunne samtykke til bevisføring i en situasjon der den tiltalte i samtalen begår en straffbar handling overfor den nærstående, eller kan mistenkes for det. Riktignok hadde en av høringsinstansene trukket frem situasjonen hvor den nærstående selv er fornærmet i saken. Men høringsuttalelsen er generell, og kan ikke forstås slik at den gjelder tilfeller der lovbruddet skjer i samtalen. Den problemstillingen er hverken fremhevet under høringen eller drøftet i proposisjonen.
- (52) Etter mitt syn taler svært gode grunner for at en nærstående i et slikt tilfelle må kunne samtykke i at beviset føres. For det første gjør de konfidensialitetshensyn som er blitt tillagt stor vekt i departementets vurdering, seg ikke tilsvarende gjeldende for nærståendesamtaler der den tiltalte selv deltar. Videre vil bevisavskjæring som følge av at et samtykke ikke kan gis rettsvirkning, innebære at den nærstående ikke oppnår det

samme strafferettslige vern som andre fornærmede. Dette vil kunne bryte med den alminnelige rettsfølelse. Jeg viser også til det strafferettslige vernet for nærstående som kan utledes av EMK etter de standarder som blant annet er lagt til grunn for avgjørelsen i Rt. 2013 side 588, se dommens avsnitt 43 flg.

- (53) En annen løsning vil etter mitt syn heller ikke være forenlig med at fritaksretten etter § 122 er gitt til vern av vitnet og ikke til vern av tiltalte, jf. Rt. 2013 side 469 avsnitt 14. Plikten etter § 216 g til å sørge for tilintetgjøring er i så måte ment å ivareta sammenhengen i regelverket og gjøre fritaksretten etter § 122 effektiv: Vitnet skal slippe mot sin vilje å måtte bidra til domfellelsen av en nærstående person.
- (54) Jeg mener etter dette at det må oppstilles et meget begrenset unntak fra utgangspunktet om at samtykke ikke medfører at sletteplikten faller bort, nemlig når den mistenkte i samtalen begår en straffbar handling mot den nærstående. Jeg tilføyer at når samtalen på denne måten likevel kan brukes som bevis, må konsekvensen bli at den eller de siktede får krav på innsyn; slik tiltalte også har hatt i denne saken.
- (55) B hadde allerede i det første avhøret erklært seg villig til å forklare seg om innholdet av kommunikasjonskontrollmaterialet og hadde også gitt slik forklaring. Selv om det ved avhøret ikke ble innhentet en formell erklæring fra B, hadde påtalemyndigheten grunn til å tolke hans villighet og forklaring som et konkludent samtykke til at materialet kunne oppbevares og brukes som bevis. Påtalemyndigheten skulle ha spurt uttrykkelig om han samtykket i at materialet kunne brukes som bevis. Slik situasjonen var, finner jeg imidlertid at dette ikke kan tillegges avgjørende betydning. Jeg viser her særlig til at B har hatt en fast holdning gjennom hele straffesaksbehandlingen og til at han etter at tiltale ble tatt ut både har avgitt et skriftlig samtykke til at opptaket kan brukes som bevis, og har fulgt dette opp med å avgi forklaring for tingretten. Jeg mener på denne bakgrunnen at påtalemyndigheten ikke hadde plikt til slette kommunikasjonskontrollmaterialet.
- (56) Kommunikasjonskontrollmaterialet inneholder dels bevis for narkotikavirksomhet, dels bevis for truende uttalelser mot den nærstående. Jeg kan i en situasjon der de to bevisene, slik jeg tidligere har redegjort for, er uløselig knyttet sammen, ikke se at det for adgangen til å føre beviset skal være avgjørende at narkotikabeviset bedømt alene ikke kunne vært tillatt ført. I motsatt fall oppnår ikke B et tilstrekkelig strafferettslig vern som fornærmet.
- (57) Anken må etter dette tas til følge.
- (58) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

1. Kommunikasjonskontrollmaterialet mellom A og B tillates avspilt og dokumentert som bevis i Gulating lagmannsretts sak 15-057757AST-GULA/AVD1.

2. Kommunikasjonskontrollmaterialet skal ikke tilintetgjøres.

- | | | |
|------|--|--|
| (59) | Dommer Arntzen: | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. |
| (60) | Dommer Ringnes: | Likeså. |
| (61) | Dommar Utgård: | Det same. |
| (62) | Justitiarius Øie: | Likeså. |
| (63) | Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne | |

K J E N N E L S E :

1. Kommunikasjonskontrollmaterialet mellom A og B tillates avspilt og dokumentert som bevis i Gulating lagmannsretts sak 15-057757AST-GULA/AVD1.
2. Kommunikasjonskontrollmaterialet skal ikke tilintetgjøres.

Riktig utskrift bekreftes: