



NORGES HØYESTERETT

K J E N N E L S E

avsagt 7. desember 2023 av Høyesterett i avdeling med

dommer Kristin Normann
dommer Wenche Elizabeth Arntzen
dommer Borgar Høgetveit Berg
dommer Erik Thyness
dommer Are Stenvik

HR-2023-2312-A, (sak nr. 23-060257STR-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts beslutning 3. mars 2023

A	(advokat Mette Yvonne Larsen)
B	
C	
D (partshjelper)	(advokat Morten Kjensli)
mot	
Påtalemyndigheten	(førstestatsadvokat Lars Erik Alfheim ass. sjef for spesialenheten Guro Glærum Kleppe)
E	(advokat Bernt Heiberg)
F	(advokat Kaja de Vibe Malling – til prøve)

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

(1) Dommer **Arntzen:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder spørsmål om Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker skal få tilgang til deler av lydopptakene i en avsluttet straffesak. Lydopptakene inneholder forklaringer som to tiltalte i en annen sak ga for lukkede dører med pålegg om at de tilstedeværende skulle holde opplysningene hemmelig for bestandig.
- (3) Gjenopptakelseskomisjonen utreder for tiden krav om gjenåpning fra flere domfelte i den såkalte flydroppsaken. Flydroppsaken er et kompleks av saker som gjaldt innførsel til Norge av 13 kilo amfetamin med småfly fra Nederland i 1993. Hovedanførselen i gjenåpningsbegjæringene er at innførselen ble fremprovosert av daværende polititjenestemann E i samarbeid med F, og at de domfelte derfor skulle vært frifunnet på grunn av ulovlig metodebruk.
- (4) Den grunnleggende avgjørelsen om ulovlig provokasjon er Rt-1984-1076, der det på side 1080 heter at det «ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått». At slik provokasjon etter omstendighetene kan føre til frifinnelse, er fulgt opp i senere rettspraksis.
- (5) Spørsmålet om ulovlig provokasjon ble tatt opp av forsvarerne i flydroppsaken allerede i 1994. Flere av de domfelte har senere påberopt dette som grunnlag for begjæring om gjenåpning, men uten at det har ført frem.
- (6) I tidsrommet november 2019 til mars 2020 holdt Borgarting lagmannsrett felles ankeforhandling i straffesakene mot E og F. Begge de tiltalte forklarte seg.
- (7) Lagmannsretten avgjorde i kjennelse 8. november 2019 at de delene av Es forklaring som omhandlet informanter, skulle gå for lukkede dører, jf. domstoloven § 125 første ledd bokstav b, som sier at dørene kan lukkes «når hensynet til privatlivets fred eller hensynet til ærbarhet krever det». Lagmannsretten påla samtidig de tilstedeværende taushetsplikt om disse delene av Es forklaring for bestandig, jf. domstoloven § 128. I kjennelsen er behovet for klausuleringen begrunnet slik:

«Lagmannsretten mener at det foreligger konkrete holdepunkter for at F og andre risikerer forfølgelse og/eller represalier hvis innholdet av deler av forklaringen til E blir kjent.

E skal forklare seg om sitt arbeid med etterretning rettet mot blant annet alvorlig narkotikakriminalitet. Lagmannsretten mener at det foreligger klar og konkret risiko for at personer i slike miljøer kan reagere sterkt overfor informanter. Selv om deler av forklaringen til E vil gjelde arbeid som ligger relativt langt tilbake i tid, mener lagmannsretten at det ikke er grunnlag for å konkludere med at det knyttet til opplysninger om slikt arbeid ikke lenger foreligger en klar og konkret risiko for forfølgelse og/eller represalier. Dette gjelder også selv om deler av dette arbeidet har vært omtalt offentlig tidligere. Det er anført fra Spesialenheten, med støtte fra forsvarerne til F, at E også knyttet til omtale av slike hendelser kan komme til å

forklare seg om detaljer som utløser en konkret fare for forfølgelse og/eller represalier. Lagmannsretten legger dette til grunn.»

- (8) Den 5. desember 2019 avsa lagmannsretten tilsvarende kjennelse for Fs forklaring og viste til begrunnelsen i kjennelsen vedrørende E. Lagmannsretten fant i tillegg at det var grunn til å frykte at F ellers bare ville avgi en begrenset forklaring, jf. domstoloven § 125 første ledd bokstav c, som sier at dørene kan lukkes «når særlige forhold gir grunn til frykt for at offentlighet vil vanskeliggjøre sakens opplysning og lukkede dører derfor er påkrevd».
- (9) Oslo statsadvokatembeter tok lydopptak av hele ankeforhandlingen, herunder Es og Fs forklaringer for lukkede dører. Lydopptakene og sakens øvrige dokumenter er arkivert hos Spesialenheten for politisaker, som aktorerte saken mot E.
- (10) I oktober 2021 ba Gjenopptakelseskommisjonen om utlån av dokumenter og lydopptak i E/F-saken. Kommisjonen presiserte at den bare hadde behov for informasjon og opplysninger om flydroppsaken. I svarbrev 24. mai 2022 opplyste Spesialenheten at den ikke hadde etterforsket tjenestehandlinger knyttet til flydroppsaken, og at den følgelig ikke var kjent med saken «utover det som framgår spredt, lite detaljert og ikke-verifisert i saken mot F/E». Om lydopptakene heter det:
- «På møtet 10. desember 2021, informerte Spesialenheten kommisjonen om at det er E og F sine forklaringer under Borgarting lagmannsretts andre behandling av saken som framstår for oss som mest relevante for kommisjonens arbeid. Det er også det stedet i straffesaken hvor opplysningene om saken kommer mest samlet.»
- (11) Spesialenheten fant at den ikke hadde adgang til å gi kommisjonen innsyn i lydopptak av forklaringene gitt for lukkede dører og med rettens pålegg om taushetsplikt for bestandig.
- (12) I brev 19. desember 2022 fremmet Gjenopptakelseskommisjonen begjæring til Borgarting lagmannsrett om utskrift av de delene av lydopptakene fra Es og Fs forklaringer for lukkede dører som gjelder flydroppsaken. Etter å ha innhentet uttalelser fra berørte parter og instanser, avsa lagmannsrettens leder i E/F-saken enedommerbeslutning 3. mars 2023 med slik slutning:
- «Krav om innsyn i lydopptak blir ikke tatt til følge.»
- (13) Lagmannsretten fant at utleveringsforbudet i straffeprosessloven § 28 fjerde ledd andre punktum i utgangspunktet er absolutt. Unntaket i straffeloven § 226 første ledd kommer bare til anvendelse dersom lydopptakene «godtgjør» at en person er uskyldig dømt, noe som ikke er tilfelle. Lagmannsretten viste også til at de hensyn som lå bak avgjørelsene om å lukke dørene med pålegg om taushetsplikt, fremdeles gjør seg gjeldende «med styrke».
- (14) B, C og A har anket lagmannsrettens beslutning til Høyesterett. De ble alle dømt i flydroppsaken og har fremsatt gjenåpningsbegjæringer som kommisjonen nå har til behandling. Det presiseres i støtteskrivene at lydopptakene kreves utlevert til Gjenopptakelseskommisjonen. Kommisjonen har ikke anket lagmannsrettens beslutning.
- (15) I forbindelse med oversendelsen av saken til Høyesterett vurderte lagmannsretten omgjøring, jf. straffeprosessloven § 53. Lagmannsretten uttalte blant annet at de hensynene som ligger bak pålegget om taushetsplikt, også gjør seg gjeldende for sekvensene om flydroppsaken, og fastholdt avslaget på innsynsbegjæringen.

- (16) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 30. juni 2023 at ankene skulle avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd andre punktum. Domfelte i flydroppsaken, D, har også begjært gjenåpning og opptrer som partshjelper til fordel for de ankende parter.
- (17) Under saksforberedelsen innhentet Høyesteretts ankeutvalg opplysninger om Gjenopptakelseskommisjonens saksbehandling, blant annet om hvordan det etterspurte materialet eventuelt vil bli håndtert. I kommisjonens brev av 16. oktober 2023 heter det blant annet:

«Dersom kommisjonen får innsyn i lydopptakene og innsyn for eksempel gis i form av utlevering av en kryptert minnepinne, vil denne låses inn i et brannsikkert skap. Kun oversendelsesbrevet vil legges inn i saksbehandlingssystemet. Det vil være én til to personer som har tilgang til skapet, men disse personene vil ikke ha tilgang til minnepinnens passord. Det vil kun være de to personene som arbeider med saken som har tilgang til innholdet på minnepinnen. For å kunne benytte aktuell informasjon som en del av beslutningsgrunnlaget i sakene, tenker jeg det er mest hensiktsmessig at de faste kommisjonsmedlemmene også får lytte til opptakene, men jeg er lydhør i dette spørsmålet.»

Partenes syn på saken

- (18) De ankende partene, A, B og C, og partshjelperen, D, har sammenfallende syn og har i korte trekk gjort gjeldende:
- (19) Ankene gjelder Gjenopptakelseskommisjonens rett til innsyn i de delene av lydopptakene fra E/F-saken som omhandler flydroppsaken.
- (20) Det er pålitelige holdepunkter for at det under den lukkede delen av straffesaken mot F og E kom frem opplysninger som underbygger at de domfelte ble utsatt for ulovlig provokasjon fra politiets side. Kravet om innsyn er følgelig ingen «fisketur» i jakten på nye bevis.
- (21) Plikten til å utlevere lydopptakene følger av straffeprosessloven § 398 første ledd. Det er opp til Gjenopptakelseskommisjonen å avgjøre hvilke dokumenter og lydopptak den trenger tilgang til for å utføre sitt samfunnsoppdrag. Det er viktig for tilliten til kommisjonen at alle tilgjengelige bevismidler innhentes før den tar stilling til om sakene skal gjenåpnes. Det er grunnleggende i en rettsstat å avklare om noen er uriktig dømt.
- (22) Selv om lydopptakene er underlagt taushetsplikt, er utleveringsforbudet i straffeprosessloven § 28 fjerde ledd andre punktum ikke absolutt. Taushetsplikten etter domstolloven § 128 må vike for opplysningsplikten i straffeloven § 226 første ledd, som gjelder uten hensyn til grunnlaget for taushetsplikten. Det er kommisjonen som må ta stilling til om de aktuelle lydopptakene «godtgjør» at de domfelte er uskyldige, slik denne bestemmelsen krever. Kommisjonen har hjemmel i straffeprosessloven § 398 fjerde ledd til å forby innsyn i lydopptakene.
- (23) Både ved lovtolkningen og en eventuell interesseavveining må det legges betydelig vekt på at en uriktig domfellelse implisitt også innebærer en krenkelse av de domfeltes rett til

rettferdig rettergang, jf. Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6 og Grunnloven § 95. Også Grunnloven § 100 taler for å gi kommisjonen innsyn i lydopptakene.

(24) A har lagt ned slik påstand:

- «1. Prinsipalt:
Gjenopptakelseskommisjonen gis tilgang til de aktuelle lydopptakene fra Borgarting lagmannsretts sak nr. 17-170785 A/B/02.
2. Subsidiært:
Lagmannsrettens beslutning i sak 17-170785 A/B/02 oppheves.»

(25) B og C har lagt ned slik påstand:

«Lagmannsrettens beslutning av 3. mars 2023 oppheves.»

(26) Ankemotparten, *Oslo statsadvokatembeter*, har i korte trekk gjort gjeldende:

(27) Spørsmålet om ulovlig provokasjon i flydroppsaken er tidligere behandlet av domstolene og i flere gjenåpningssaker. Det er ikke funnet holdepunkter for at politiet har fremkalt en ulovlig handling som ellers ikke ville blitt begått. Lagmannsrettens vurderinger tiltres. Det er ikke grunnlag for å konstatere at lydopptakene «godtgjør» at de domfelte i flydroppsaken er uskyldige, slik opplysningsplikten etter straffeloven § 226 første ledd er betinget av.

(28) Hensynene bak lagmannsrettens kjennelser om å lukke dørene med pålegg om taushetsplikt for bestandig, gjør seg fortsatt gjeldende. Det vil derfor være straffbart å gi kommisjonen innsyn i lydopptakene. Straffeprosessloven § 398 første ledd er ingen selvstendig innsynshjemmel uavhengig av taushetsplikt. En slik hjemmel ville være i strid med straffeprosesslovens system, og undergrave de taushetsreglene som finnes der. Dersom kommisjonen først gis tilgang til lydopptakene, er det ikke grunnlag for å hindre videre spredning av dem.

(29) Oslo statsadvokatembeter har nedlagt slik påstand:

«Ankene forkastes.»

(30) Ankemotparten, *Spesialenheten for politisaker*, har i korte trekk gjort gjeldende:

(31) Det er ikke tvilsomt at lydopptakene er underlagt taushetsplikt, og at de i utgangspunktet ikke kan gjøres tilgjengelig for andre enn sakens parter. Først når det godtgjøres at opplysningene er egnet til frifinnelse, går opplysningsplikten foran taushetsplikten, jf. straffeloven § 226 første ledd. Gjenopptakelseskommisjonens viktige rolle kan likevel tilsi at kommisjonen bør få tilgang til de relevante delene av lydopptakene med pålegg om taushet. Lagmannsretten har imidlertid foretatt en samlet vurdering av de ulike hensyn, som Spesialenheten slutter seg til.

(32) Spesialenheten for politisaker har nedlagt slik påstand:

«Ankene forkastes.»

- (33) Ankemotparten, *E*, har i korte trekk gjort gjeldende:
- (34) Selv om det ikke fant sted ulovlig provokasjon i flydroppsaken, bør Gjenopptakelseskommisjonen gis tilgang til lydopptakene basert på den lovtolkning de ankende parter gjør gjeldende. Dersom kommisjonen gis innsyn, fritas den enkelte som var til stede under de klausulerte forklaringene fra vanskelige avveininger mellom taushetsplikten etter domstolloven § 128 og opplysningsplikten etter straffeloven § 226 første ledd. Normen for kommisjonens innsyn bør være den samme som etter politiregisterforskriften § 27-2 annet ledd siste punktum, det vil si når «særlige grunner» taler for det. Slike grunner foreligger i saken her.
- (35) Ankemotparten, *F*, har i korte trekke gjort gjeldende:
- (36) *F* samtykker ikke i at Gjenopptakelseskommisjonen gis tilgang til lydopptakene. Det foreligger fortsatt en klar og konkret risiko for forfølgelse og/eller represalier dersom det gjøres unntak fra rettens pålegg om hemmelighold. Dette gjelder også opplysningene om flydroppsaken.
- (37) Ordlyden i straffeprosessloven § 28 fjerde ledd andre punktum gir ikke rom for unntak, og det er ikke grunnlag for å sette taushetsplikten til side i medhold av straffeloven § 226 første ledd. Forarbeidene til § 28 og reelle hensyn gir støtte for at innsyn likevel kan gis etter en interesseavveining. Lagmannsrettens konkrete vurdering av de ulike hensynene tiltres.
- (38) *F* har nedlagt slik påstand:
- «Ankene forkastes.»

Mitt syn på saken

Innledning

- (39) Lagmannsrettens beslutning om ikke å gi Gjenopptakelseskommisjonen tilgang til lydopptakene er truffet i første instans, og Høyesterett har full kompetanse.
- (40) Spørsmålet om beslutningen «rammer» de ankende parter slik at de har ankerett etter straffeprosessloven § 377, ble berørt, men ikke bestridt under ankeforhandlingen. I og med at Gjenopptakelseskommisjonen og de ankende parter synes å ha sammenfallende interesser i at lydopptakene gjøres tilgjengelig for kommisjonen, finner jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på dette her. Jeg kommer avslutningsvis tilbake til betydningen av at kommisjonen ikke er part i ankesaken.

Rettslige utgangspunkter

- (41) Straffeprosessloven § 28 første ledd gir blant annet Gjenopptakelseskommisjonen og andre med «rettslig interesse» krav på utskrift av rettsbøker og andre dokumenter i en avsluttet straffesak. Det er enighet om at lydopptakene i vår sak inngår som en del av rettsboken i E/F-saken, jf. straffeprosessloven § 23 sjette ledd. Spørsmålet er om forbudet i § 28 fjerde

ledd andre punktum er til hinder for at kommisjonen får tilgang til lydopptakene med de taushetsbelagte delene av Es og Fs forklaringer om den såkalte flydroppsaken.

(42) Forbudet i fjerde ledd første og andre punktum lyder slik:

«Utskrift skal nektes når det av hensyn til rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat ville være betenkelig å gi utskrift, eller når det er grunn til å frykte at utskriften vil bli nyttet på urettmessig vis. Overfor andre enn partene gjelder det samme når retten har gitt pålegg om hemmelighold.»

(43) Andre punktum inneholder etter sin ordlyd et absolutt forbud mot å gi andre enn sakens parter utskrift av materiale underlagt rettens pålegg om taushetsplikt.

(44) Det er ingen holdepunkter i forarbeidene for at forbudet er ment å være relativt. Forbudets rekkevidde i gjenopptakelsessaker ser ikke ut til å ha blitt vurdert.

(45) De ankende parter har pekt på at straffeloven § 226 pålegger opplysningsplikt uavhengig av taushetsplikten i tilfeller som vårt. I første ledd heter det:

«Med bot eller fengsel inntil 1 år straffes den som unnlater å opplyse om omstendigheter som godtgjør at en som er tiltalt eller domfelt for en straffbar handling som kan medføre fengsel i mer enn 1 år, er uskyldig. Opplysningsplikten gjelder uten hensyn til taushetsplikt.»

(46) Bestemmelsen viderefører straffeloven av 1902 § 172, som i 2010 fikk et nytt annet punktum for å klargjøre «at taushetsplikt, uansett rettslig grunnlag, må vike for opplysningsplikt», jf. Prop. 116 L (2009–2010) side 20. Dette innebærer at også taushetsplikt pålagt av retten etter domstolloven § 128 må forstås med forbehold om at det likevel kan være opplysningsplikt etter straffeloven § 226 første ledd.

(47) For at taushetsplikten skal settes til side, kreves det at opplysningene «godtgjør» at noen er uskyldig. Det er ikke tilstrekkelig at opplysningene taler mot at vedkommende er skyldig, men det kreves ikke at opplysningen i *seg selv* er avgjørende for domfeltes uskyld, se Magnus Matningsdal, *Straffeloven kommentarutgave*, Juridika revidert 1. januar 2023, § 226 punkt 2.4.

(48) Utfordringen i vår sak er at vi i dag ikke vet om lydopptakene gir opplysninger om omstendigheter som godtgjør at noen av de dømte i flydroppsaken er uskyldige. En *pretensjon* om at lydopptakene inneholder slike opplysninger er ikke tilstrekkelig. Så lenge opplysningsplikten ikke er godtgjort, står taushetsplikten ved lag. Spørsmålet er da om dette er til hinder for å gi utskrift av lydopptakene til Gjenopptakelseskommisjonen, hvis samfunnsoppdrag nettopp er å undersøke om noen kan være uskyldig dømt.

Gjenopptakelseskommisjonens rolle – hensyn for å gi innsyn

(49) Gjenopptakelseskommisjonen er et uavhengig forvaltningsorgan, som har «klare likhetstrekk med en særdomstol», jf. Rt-2012-519 avsnitt 50. I Ot.prp. nr. 70 (2000–2001) side 28 oppsummerer departementet formålet med å overføre gjenopptakelsessakene fra domstolene til en egen kommisjon slik:

«Departementet har lagt avgjørende vekt på at behandlingen av gjenopptakelsesbegjæringer bør innrettes på en måte som er mest mulig tillitvekkende, som i størst mulig utstrekning leder frem til materielt riktige avgjørelser, og som gjør det til et samfunnsansvar å avdekke urett som kan ha blitt begått.»

- (50) Hensynet til at gjenåpningssaken blir fyllestgjørende opplyst, står sentralt i departementets vurderinger. Ved å flytte hovedansvaret fra partsprosessen i domstolene til en uavhengig kommisjon ville lovgiver gå «atskillig lenger i å gjøre det til et offentlig ansvar å opplyse saken» før det tas stilling til gjenåpningsbegjæringen, jf. proposisjonen side 21.
- (51) Denne målsettingen er nedfelt i straffeprosessloven § 398 første ledd, som pålegger kommisjonen «av eget tiltak ... [å] sørge for at saken er så godt opplyst som mulig før den avgjør om begjæringen skal tas til følge». I proposisjonen side 75 heter det om denne bestemmelsen:
- «Kommisjonen er gitt vide fullmakter til å innhente opplysninger på den måten den selv finner hensiktsmessig, se forslagene til §§ 398 a og 398 b. Plikten til å opplyse saken favner atskillig videre enn den plikten som påhviler domstolene etter § 294. Den mest vesentlige forskjellen er at kommisjonen skal ta initiativ og gå aktivt til verks for å belyse sakens faktiske og rettslige sider.»
- (52) Forskjellen fra tidligere er altså at kommisjonen skal ha en langt mer selvstendig og aktiv rolle i å undersøke og opplyse saken.
- (53) Selv om kommisjonen er gitt vide fullmakter, er informasjonsinnhenting etter blant annet §§ 398 a og 398 b underlagt de alminnelige begrensningene i straffeprosessloven.
- (54) Etter § 398 a kan kommisjonen innkalle vitner til avhør etter reglene om bevisopptak utenfor hovedforhandling. Lovens kapittel 10 gjelder tilsvarende og innebærer at kommisjonen ikke kan ta imot opplysninger som vitnet har taushetsplikt om. På samme måte som domstolene kan kommisjonen fritta vitner fra forvaltningsmessig taushetsplikt etter straffeprosessloven § 118.
- (55) Det følger av straffeprosessloven § 120 at kommisjonen ikke kan ta imot vitneforklaring «om innholdet av forhandlinger eller forklaringer som en domstol med hjemmel i lov har pålagt de tilstedeværende taushet om», med mindre den som har krav på taushet samtykker. Den samme begrensningen følger av henvisningen i § 398 b til § 210, som innebærer at kommisjonens adgang til å pålegge utlevering av bevis, må rettes mot en som «plikter å vitne i saken».
- (56) Kommisjonen kan følgelig ikke avhøre de tilstedeværende om hva som ble sagt om flydroppsaken bak lukkede dører, eller gi dem pålegg om å utlevere andre bevis om dette, for eksempel notater eller lydopptak. Bevisforbudene gjør at vitnenes taushetsplikt ikke undergraves, men begrenser samtidig kommisjonens mulighet til å opplyse saken på fyllestgjørende måte.
- (57) Hensynet til en mest mulig tillitvekkende behandling av gjenåpningsbegjæringene som i størst mulig utstrekning leder frem til materielt riktige avgjørelser, taler med styrke for å gi kommisjonen tilgang til det klausulerte materialet. Det vil kunne være en vedvarende kime til uro og spekulasjon dersom et tilgjengelig bevis i en avsluttet straffesak ikke skal kunne fremlegges for kommisjonen. Gjenåpning er et ekstraordinært rettsmiddel, og

kommisjonens ansvar for å avdekke urett som kan ha blitt begått, står i en særstilling. Det er kommisjonen som er nærmest til å vurdere behovet for å innhente det aktuelle materialet.

- (58) Så langt mener jeg gode grunner taler for å tolke forbudet i straffeprosessloven § 28 fjerde ledd andre punktum innskrenkende til ikke å gjelde overfor Gjenopptakelseskommisjonen. Det er på den annen side også hensyn som taler mot en innskrenkende tolkning.

Rettsens pålegg om hemmelighold – hensyn mot å gi innsyn

- (59) Vi er på prosessrettens område, der de enkelte bestemmelser inngår i et helhetlig system. Det vil ofte være vanskelig å overskue konsekvensene av selv mindre domstolskapte justeringer. I vår sammenheng kan det for eksempel oppstå lignende innsynsproblemstillinger knyttet til de andre utskriftsforbudene i § 28 fjerde ledd, noe jeg ikke har foranledning til å gå inn på.
- (60) Videre har også domstolene som sin overordnede oppgave å legge til rette for en tillitvekkende saksbehandling som leder til materielt riktige avgjørelser. Hensynet til sakens opplysning i Gjenopptakelseskommisjonen må følgelig veies opp mot hensynet til en betryggende domstolsbehandling.
- (61) Vår sak illustrerer at en innskrenkende tolkning av forbudet i straffeprosessloven § 28 fjerde ledd andre punktum vil kunne svekke tilliten til straffesaksbehandlingen, og da særlig til at forklaringer kan gis under forutsetning av hemmelighold uten risiko for at de senere blir kjent.
- (62) Verken E eller F hadde forklaringsplikt i sine egne straffesaker. De forklarte seg likevel om politiets informanter med en berettiget forventning om at de tilstedeværende ville ha taushetsplikt for bestandig. Påleggene var begrunnet i «konkrete holdepunkter for at F og andre risikerer forfølgelse og/eller represalier» dersom innholdet av disse delene av forklaringene blir kjent. For Fs del er pålegget også forankret i domstolloven § 125 bokstav c om «sakens opplysning» fordi det ellers var grunn til å frykte at han bare ville avgi en begrenset forklaring.
- (63) Jeg har ikke grunnlag for å overprøve lagmannsrettens vurderinger av behovet for fortsatt hemmelighold. Dersom opplysningene skulle bli kjent i kriminelle miljøer, vil det kunne få alvorlige konsekvenser. Spredning av opplysningene har også en side til Fs vern mot selvinkriminering, idet han uten pålegget om hemmelighold trolig ville avgitt en mer begrenset forklaring.
- (64) Tyngden av argumentene som taler mot å gi innsyn, varierer likevel med hvem og hvor mange som vil få tilgang til de taushetsbelagte opplysningene. Avgjørende for meg blir derfor om taushetsplikten vil bli ivaretatt på betryggende måte dersom Gjenopptakelseskommisjonen gis tilgang til lydopptakene. Spørsmålet er om kommisjonen har en plikt til å hindre videre spredning av det klausulerte materialet.

Gjenopptakelseskommisjonens taushetsplikt

- (65) Jeg peker innledningsvis på at kommisjonens «medlemmer og andre som handler på vegne av den», har samme taushetsplikt som dommere og personale som utfører tjeneste eller arbeid for et dommerkontor, jf. straffeprosessloven § 396 som viser til domstolloven § 63 a. Bestemmelsen suppleres av blant annet taushetsplikten etter domstolloven § 128, jf. Ot.prp. nr. 55 (1997–1998) side 67, noe jeg straks kommer tilbake til.
- (66) Det følger av straffeprosessloven § 398 tredje ledd at partene i gjenåpningssaken skal gjøres kjent med «opplysninger av betydning for avgjørelsen». Dette er et utslag av det kontradiktoriske prinsipp, som innebærer at partene må få anledning til å kommentere og imøtegå det faktiske grunnlaget for avgjørelsen. Kommisjonens plikt til å informere siktede og forsvarer gjelder likevel ikke opplysninger som er unntatt fra innsyn etter straffeprosessloven §§ 264, jf. 267. Unntaket gjelder på tilsvarende måte som under en domstolsbehandling og inneholder henvisninger til andre bestemmelser som hjemler unntak fra innsynsretten. Jeg kan ikke se at disse unntakene regulerer vårt innsynsspørsmål.
- (67) De ankende partene har pekt på unntakshjemmelen i § 398 fjerde ledd. Gjenopptakelseskommisjonen fikk ved lovendring 30. juni 2006 en egen adgang til å nekte domfelte og forsvareren innsyn i opplysninger når dette er strengt nødvendig for å unngå fare for «en alvorlig forbrytelse mot noens liv, helse eller frihet». Bestemmelsen er en snever «kan-regel», og den innebærer slik sett ikke noe absolutt forbud mot innsyn, jf. Ot.prp. nr. 54 (2005–2006) side 16. I vår sammenheng mener jeg dette ikke er tilstrekkelig til å sikre det klausulerte materialet mot videre spredning.
- (68) Spørsmålet om Gjenopptakelseskommisjonen har plikt til å hindre at andre får tilgang til lydopptakene eller opplysninger om dem, må på denne bakgrunn løses etter dokumentinnsynsbestemmelsen i § 398 femte ledd, der det heter:
- «Om dokumentinnsyn gjelder §§ 28, 242, 242 a, 264, 264 a og 267 tilsvarende. Kommisjonen kan unnta fra innsyn dokumenter som den selv har utarbeidet for sin interne saksforberedelse.»
- (69) De nevnte bestemmelsene, herunder straffeprosessloven § 28, gjelder både rett til og forbud mot dokumentinnsyn. Forbudsbestemmelsene er dels skjønnsmessige og dels absolutte.
- (70) Dersom kommisjonen først gis tilgang til lydopptakene i medhold av straffeprosessloven § 28 første ledd, finner jeg det klart at forbudet i bestemmelsens fjerde ledd andre punktum kommer til anvendelse på begjæringer om dokumentinnsyn rettet til kommisjonen.
- (71) Det følger av domstolloven § 199 at «den som bevirker at noe som er forhandlet i rettsmøte for lukkede dører, og som skal holdes hemmelig, blir kjent for uvedkommende» kan straffes. Straffebudet retter seg også mot den som ikke selv har vært tilstede under det lukkede rettsmøtet med pålegg om hemmelighold etter domstolloven § 128. Dette innebærer at kommisjonens medlemmer og sekretariat vil ha en straffsanksjonert plikt til ikke å gjøre opplysningene kjent for uvedkommende.

- (72) Etter mitt syn vil partene i gjenåpningssaken være «uvedkommende» i relasjon til § 199. Bestemmelsen må tolkes i lys av domstoloven § 128, jf. § 125, som hjemler pålegget om taushetsplikt. Utskriftforbudet i § 28 fjerde ledd andre punktum gjør bare unntak for den aktuelle sakens parter, det vil i vår sammenheng si partene i E/F-saken. Slik sett kan kommisjonen sammenlignes med andre profesjonelle som ut fra sitt tjenstlige behov får rettmessig tilgang til opplysningene.
- (73) Henvisningen i straffeprosessloven § 398 femte ledd til blant annet § 28 innebærer altså at kommisjonen ikke har adgang til å gi partene i gjenåpningssaken eller andre tilgang til lydopptakene om flydroppsaken. Forbudet gjelder alle opplysningene i de klausulerte avhørene, og går følgelig også foran partenes rett til å gjøre seg kjent med sakens opplysninger etter § 398 tredje ledd.
- (74) Innvendingen mot å gi Gjenopptakelseskommisjonen tilgang til klausulert materiale under slike forutsetninger, er at det samtidig gjøres inngrep i det kontradiktoriske prinsipp. I forbindelse med vedtakelsen av § 398 fjerde ledd, som jeg allerede har omtalt, drøftet lovgiver forholdet mellom hensynet til gjenåpningssakens opplysning og partenes rett til innsyn. I Ot.prp. nr. 54 (2005–2006) side 8 og 9 heter det:
- «Departementet legg stor vekt på dei omsyna som tilseier at den domfelte skal ha innsyn i alle dei opplysningane som kommisjonen får. Dette må framleis vere den dominerande hovudregelen. Samstundes ser departementet at det – heilt unnataksvis – kan oppstå behov for ikkje å formidle ei opplysning til den domfelte eller forsvararen av omsyn til den som har kome med opplysninga eller andre som ho rører ved. [...] I vurderinga legg departementet mellom anna vekt på at kommisjonen har eit eige undersøkingsapparat, og såleis høve til å gjere eigne undersøkingar om det eit vitne fortel. Dette reduserer den faren for manglande opplysning som alltid ligg i at ein part ikkje får innsyn i alt. Med eit eige undersøkingsapparat står kommisjonen i ei noko anna stilling enn domstolane. Vidare legg departementet vekt på at kommisjonen – sjølv om han høyrer blant dei som skal sikre rettstryggleiken i det norske straffesaksapparatet – ikkje dømmer nokon til straff. Sakshandsamingsreglane må vere tilpassa til den funksjonen kommisjonen har.»
- (75) Disse avveiningene har etter mitt syn overføringsverdi til innsynsspørsmålet i vår sak. Sett på bakgrunn av kommisjonens utredningsansvar og spesielle rolle i straffesaksapparatet må et snevert unntak fra partsinnsyn i dokumenter som er klausulert etter domstoloven § 128 i en annen straffesak, være forsvarlig.
- (76) Så langt mener jeg at lydopptakene er beskyttet mot videre spredning ved en eventuell utlevering til kommisjonen. Kommisjonen har ikke adgang til å gi andre, heller ikke partene i gjenåpningssaken, tilgang til eller opplysninger om innholdet i lydopptakene før det eventuelt godtgjøres at materialet omfattes av opplysningsplikten etter straffeloven § 226 første ledd.
- (77) Dersom saken ikke gjenåpnes, vil en etterfølgende domstolskontroll være begrenset til den generelle lovtolkningen og overholdelse av grunnleggende saksbehandlingsregler. Bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen og kommisjonens vurderinger av hvilke utredninger som er nødvendige, kontrolleres ikke, jf. storkammerdommen i Rt-2012-519 avsnittene 74 til 77. Det vil da heller ikke være aktuelt å påberope lydopptakene som bevis i en sak om rettslig prøving av kommisjonens vedtak.

- (78) Behovet for å fremlegge lydopptakene vil kunne stille seg annerledes dersom straffesaken irrettes etter en eventuell gjenåpning. Utgangspunktet vil da være at lydopptakene fortsatt er underlagt taushetsplikt med tilhørende bevisforbud. Skulle det vise seg at lydopptakene «godtgjør» at noen av de domfelte er uskyldige, slik straffeloven § 226 første ledd forutsetter, vil kommisjonen etter omstendighetene kunne ha opplysningsplikt om dette. I så fall kan materialet fremlegges under en ny straffesak, eventuelt bak lukkede dører med pålegg om taushetsplikt.
- (79) Selv om det ikke kan utelukkes at materiale som har stått sentralt i Gjenopptakelseskommisjonens vurderinger, likevel ikke kan brukes som bevis i en eventuell ny straffesak, har jeg vanskelig for å se at det bør være et avgjørende argument mot å gi kommisjonen innsyn.

Oppsummering og konklusjon

- (80) Gjenopptakelseskommisjonens spesielle ansvar i straffesaksapparatet bidrar til å ivareta det materielle sannhetsprinsipp, som er grunnleggende i en rettsstat. Det er samtidig strenge vilkår for å gjenåpne en sak, og motstykket bør da være at et tilgjengelig klausulert bevis fra en avsluttet straffesak kan gjøres kjent for kommisjonen. Ved avveiningen av de ulike interessene legger jeg særlig vekt på kommisjonens plikt til å hindre videre spredning ved selv å håndheve innsynsforbudet i straffeprosessloven § 28 fjerde ledd andre punktum. Hensynet til taushetsplikten er da ivaretatt på en betryggende måte.
- (81) Min konklusjon er etter dette at straffeprosessloven § 28 fjerde ledd andre punktum må tolkes innskrenkende til ikke å omfatte Gjenopptakelseskommisjonens begjæring om «utskrift» av lyd- og eller billedopptak. Jeg holder det åpent om løsningen må bli en annen der rettens pålegg om hemmelighold har sitt utspring i andre alternativer i domstolloven § 125 første ledd, typisk når «hensynet til statens forhold til en fremmed makt krever det», jf. bokstav a.
- (82) Gjenopptakelseskommisjonen anket ikke lagmannsrettens beslutning, og den er da ikke part i ankesaken. Under saksforberedelsen for Høyesterett har kommisjonen tilkjennegitt at den fortsatt har behov for lydopptakene. Jeg finner det likevel riktig å begrense avgjørelsen til å oppheve lagmannsrettens beslutning. Kommisjonen vil da måtte ta stilling til om den vil begjære lydopptakene fremlagt i lys av den rettsoppfatning jeg nå har redegjort for. I så fall har kommisjonen krav på lydopptakene uten at lagmannsretten foretar en nærmere interesseavveining.
- (83) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

Lagmannsrettens beslutning oppheves.

- (84) Dommar **Høgetveit Berg:** Eg er i hovudsak og i resultatet samd med fyrstvoterande.
- (85) Dommer **Stenvik:** Likeså.
- (86) Dommer **Thyness:** Likeså.
- (87) Dommer **Normann:** Likeså.
- (88) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Lagmannsrettens beslutning oppheves.