



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 24. april 2024 av Høyesterett i avdeling med

dommer Kristin Normann
dommer Henrik Bull
dommer Espen Bergh
dommer Cecilie Østensen Berglund
dommer Are Stenvik

HR-2024-775-A, (sak nr. 23-162792STR-HRET)
Anke over Eidsivating lagmannsretts dom 22. august 2023

A (advokat Kristina Davidsen – til prøve)

mot

Påtalemyndigheten (førstestatsadvokat Thomas Frøberg)

Møter i saken etter analogi
fra tvisteloven § 30-13:

Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet (Regjeringsadvokaten
v/advokat Henriette Lund Busch)

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

(1) Dommer **Stenvik:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder spørsmål om kontroll av private telefonsamtaler under soning i fengsel krenker innsattes menneskerettigheter.
- (3) A ble i 2017 dømt til fengsel i 4 år for grov korrupsjon, hvitvasking og brudd på verdipapirhandelloven. I 2021 ble han dømt til fengsel i 1 år og 6 måneder for grovt bedrageri og markedsmanipulasjon. Handlingene som ble pådømt i den andre saken, var begått før dommen i den første saken, og reaksjonen ble derfor fastsatt etter reglene om tilleggsstraff, nå straffeloven § 82 første og annet ledd.
- (4) Den 4. juli 2022 begjærte A den andre saken gjenåpnet under henvisning til at han under soningen av den første dommen hadde vært utsatt for kroppsvisitasjoner, avlytting av telefonsamtaler og beslag av advokatkorrespondanse, som etter hans mening stred mot Grunnloven og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Han mente at krenkelsene under soningen av den første dommen måtte repareres ved å redusere straffen han var idømt ved den andre dommen.
- (5) Gjenopptakelseskommisjonen besluttet 8. desember 2022 å gjenåpne saken etter straffeprosessloven § 391 nr. 3, som bestemmer at gjenåpning kan kreves blant annet «når det opplyses om en ny omstendighet eller skaffes frem et nytt bevis som synes egnet til å føre til ... anvendelse av en mildere strafferegel eller en vesentlig mildere rettsfølge». Kommisjonen la til grunn at A under soningen av den første dommen hadde vært utsatt for ulovlige kroppsvisitasjoner som kunne ha betydning for straffeutmålingen i den siste saken. Den tok ikke stilling til om det hadde skjedd ulovlig telefonkontroll eller ulovlig beslag.
- (6) Den 13. mars 2023 traff kriminalomsorgen vedtak om fremskutt prøveløslatelse, jf. straffegjennomføringsloven § 42 tredje ledd. A ble prøveløslatt 5. april 2023, da det gjensto 276 dager av fengselsstraffen.
- (7) Eidsivating lagmannsrett – som av Høyesteretts ankeutvalg var utpekt til å behandle den gjenåpnede straffesaken – avsa dom 22. august 2023 med slik slutning:
- «I Borgarting lagmannsretts dom 10. mars 2021, slutningens punkt 2, gjøres den endring at straffen for A reduseres med 158 – etthundreogfemtiåtte – dager.»
- (8) Lagmannsretten la til grunn at A hadde vært utsatt for 308 ulovlige kroppsvisitasjoner, som tilsa en reduksjon i fengselsstraffen på 154 dager. I tillegg hadde det skjedd 5–7 ulovlige urinprøvetakinger, som ga grunnlag for ytterligere 4 dagers reduksjon. Etter lagmannsrettens oppfatning var disse inngrepene i strid med EMK artikkel 3 og Grunnloven § 102. Telefonkontrollen ble derimot ikke ansett å stride mot Grunnloven eller EMK, og den ga derfor ikke rett til straffereduksjon. Det gjorde heller ikke beslaget av advokatkorrespondanse. Dokumentene var blitt beslaglagt på grunn av en intern

kommunikasjonssvikt i fengselet, de var ikke blitt lest, og de ble returnert til A etter kort tid.

- (9) A har anket dommen til Høyesterett. Anken gjelder straffutmålingen. Høyesteretts ankeutvalg har tillatt anken fremmet for så vidt gjelder spørsmålet om kontrollen av As telefonsamtaler krenket EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102. For øvrig er anken ikke tillatt fremmet.
- (10) Saksforholdet er utdypet og supplert under saksforberedelsen i Høyesterett. Det er foretatt nye avhør av ansatte i kriminalomsorgen, og det er gjort henvendelser dit som er besvart skriftlig. Partene har også inngitt en felles faktumfremstilling.
- (11) Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet ble gitt tillatelse til å opptre i saken etter analogi fra tvisteloven § 30-13, som gir staten rett til å opptre i saker for Høyesterett dersom saken reiser spørsmål om å sette til side eller fortolke innskrenkende en lov fordi reglene kan være i konflikt med Grunnloven eller med bestemmelser Norge er bundet av i et internasjonalt samarbeid.
- (12) For øvrig står saken i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.
- (13) A gjør prinsipielt gjeldende at straffen må settes ytterligere ned, subsidiært at lagmannsrettens dom med ankeforhandling må oppheves hva gjelder vurderingen av telefonkontroll. Etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102 må telefonkontroll ha grunnlag i lov, og rettsgrunnlaget må være tilgjengelig, forutberegnelig og omfatte tilfredsstillende rettssikkerhetsgarantier. Hjemmelen for telefonkontroll i straffegjennomføringsloven § 32 annet ledd annet punktum tilfredsstiller ikke disse kravene. Under enhver omstendighet var kontrollen ikke nødvendig og forholdsmessig. I tillegg er det foretatt ulovlige opptak av telefonsamtaler uten hjemmel i lov. For dette må A gis en kompensasjon i form av straffenedsettelse opp mot 6 måneder.
- (14) *Påtalemyndigheten* gjør gjeldende at anken må forkastes. Bestemmelsen i straffegjennomføringsloven § 32 annet ledd annet punktum tilfredsstiller de kvalitative kravene til hjemmelsgrunnlaget for inngrep ved telefonkontroll. Kontrollen var også nødvendig og forholdsmessig. Ettersom kontrollen var lovlig, er det ikke grunnlag for straffenedsettelse. Under enhver omstendighet er det tilstrekkelig å kompensere en eventuell krenkelse ved å konstatere denne i domspremissene. Opptakene av telefonsamtalene erkjennes å mangle hjemmel. Dette er i seg selv tilstrekkelig til å konstatere brudd på EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102 og bør av den grunn konstateres i dommen.
- (15) *Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet* fremholder at det ikke er grunnlag for å sette straffegjennomføringsloven § 32 til side eller tolke den innskrenkende av hensyn til Grunnloven eller EMK. Telefonkontrollen har hjemmel i lov, varetar legitime formål – forebygger uorden og kriminalitet, og beskytter andres rettigheter og friheter – og inngrepet er nødvendig og forholdsmessig.

Mitt syn på saken

De faktiske forholdene

- (16) A påbegynte soningen av den første straffedommen 29. januar 2018 i Romerike fengsel, Ullersmo avdeling. Her ble han først innsatt i avdeling U, som er en mottaksavdeling. Den 19. februar 2018 ble han flyttet til avdeling P, som er en ordinær avdeling for soning. Her ble han sittende frem til 23. mai 2019, da han ble overført til et annet fengsel.
- (17) Det er telefonkontrollen i perioden på Ullersmo under soningen av den første dommen som eventuelt kan gi grunnlag for ytterligere reduksjon av tilleggsstraffen som ble idømt ved den andre dommen.
- (18) Etter straffegjennomføringsloven § 32 annet ledd annet punktum skal telefonsamtaler til og fra innsatte i fengsel med høyt sikkerhetsnivå som hovedregel kontrolleres. Partene er enige om at Ullersmo avdeling er et fengsel med høyt sikkerhetsnivå, og ikke «særlig høyt sikkerhetsnivå», slik lagmannsretten la til grunn.
- (19) Telefonkontrollen på Ullersmo ble gjennomført ved hjelp av et telefonsystem levert av foretaket Wind Communications AS. Hver enkelt innsatt registreres i Wind-systemet med en egen ringekonto. I tillegg registreres de telefonnumre som den innsatte har anledning til å ringe.
- (20) Når telefonnumre legges inn i systemet, fastsettes det samtidig et kontrollnivå. Kontrollnivået er avgjørende for hva som skjer når den innsatte ringer. Ved nivåene *ingen avlytting* og *advokat* er det ikke mulig for fengselet å lytte til opptakene. Benyttes nivået *spontan avlytting*, kan operatøren se at telefonsamtalen gjennomføres, og har mulighet til å lytte til den. Ved nivået *obligatorisk avlytting* må operatøren godkjenne samtalen før den gjennomføres. Når samtalen er godkjent, kan operatøren velge å lytte.
- (21) Partene er enige om at nivået *obligatorisk avlytting* var aktivert for alle As samtaler i avdeling U, mottaksavdelingen. Her ble i utgangspunktet alle samtaler lyttet til, bortsett fra advokatsamtaler og andre samtaler som det etter straffegjennomføringsloven § 32 ikke var adgang til å avlytte.
- (22) I avdeling P skal nivået *spontan avlytting* som hovedregel brukes for alle private telefonnumre, men partene er uenige om dette ble aktivert umiddelbart etter at A ble overført, eller noe senere. Det foreligger ikke skriftlige nedtegnelser om dette. Jeg kommer tilbake til dette i forbindelse med den konkrete vurderingen av om A har vært utsatt for menneskerettighetsbrudd.
- (23) Partene er enige om å legge til grunn at A gjennomførte omtrent 400 telefonsamtaler med familie og venner under soningen på Ullersmo, men er uenige om omfanget av avlyttingen. A mener det er sannsynlig at alle eller de fleste samtalene ble lyttet til. Påtalemyndigheten er av den oppfatning at det bare ble foretatt stikkprøver. Også dette kommer jeg tilbake til ved den konkrete vurderingen.

- (24) I en periode fra november 2018 til mai 2019 ble det i tillegg gjennomført kontroll av et sted mellom 10 og 20 samtaler ved at en betjent satt i samme rom som A ringte fra. Dette var en midlertidig ordning som skyldtes at A var innvilget ekstra telefontid, noe Wind-systemet ikke var i stand til å håndtere.
- (25) Wind-systemet gjør det også mulig å ta opp samtaler. Ved nivået *obligatorisk opptak* foretas automatisk opptak av samtale. Benyttes nivået *opptak kan starte*, kan operatøren starte et lydopptak underveis i samtalen. Ved nivået *ingen opptak* er opptak ikke mulig.
- (26) Partene er enige om at nivået *opptak kan starte* ble brukt i mottaksavdelingen, og om at det i saken her kan legges til grunn at det ikke ble gjort noen opptak i denne perioden. I avdeling P ble nivået *obligatorisk opptak* brukt frem til 24. oktober 2018. Da ble det avvirket på grunn av tvil om lovligheten. Deretter brukte man nivået *opptak kan starte*.
- (27) Det er opplyst at det er to telefonapparater tilgjengelige i avdeling P. De innsatte kan i utgangspunktet benytte disse når som helst, men ringetiden er som hovedregel begrenset til 20 minutter per uke. Når en innsatt ringer et nummer, blir det først lest opp en automatisk talebeskjed, som lyder slik: «Vi gjør oppmerksom på at denne samtalen kan bli avlyttet og/eller tatt opp på bånd.» Før denne beskjeden er lest opp, er det ikke mulig for operatøren å lytte til samtalen.
- (28) Det er videre opplyst at det er mulig for innsatte å søke om unntak fra telefonkontroll. A fikk imidlertid ingen informasjon om denne muligheten, og søkte av den grunn ikke om unntak.
- (29) De som A kunne ringe til, sto også oppført på en liste over personer som han kunne motta besøk fra. Det var ingen kontroll av samtaler under besøkene.

Regelverket for telefonkontroll

- (30) Hjemmelen for telefonkontroll fremgår av straffegjennomføringsloven § 32, som jeg gjengir i sin helhet:

«§ 32. Telefonsamtaler

Innsatte skal kunne telefonere hvis ikke annet følger av denne bestemmelsen.

Kriminalomsorgen skal kontrollere telefonsamtale til og fra innsatte i avdeling med særlig høyt sikkerhetsnivå. Telefonsamtale til og fra innsatte i fengsel med høyt sikkerhetsnivå skal kontrolleres, men kontroll kan unnlates dersom sikkerhetsmessige grunner ikke taler mot det. Telefonsamtale til og fra innsatte i fengsel med lavere sikkerhetsnivå og overgangsbolig skal kontrolleres dersom det fremstår som nødvendig av sikkerhetsmessige grunner.

Kontroll av telefonsamtale kan skje ved at samtalen avlyttes. Samtalepartene skal på forhånd varsles om avlyttingen. Partene kan pålegges å føre samtalen på et språk de tilsatte behersker. Undersøkelse av samtalepartners identitet kan foretas under samtalen.

Kriminalomsorgen kan nekte innsatte å telefonere dersom det er grunn til å anta at telefonsamtalen vil bli misbrukt til planlegging eller gjennomføring av straffbar

handling, unndragelse av gjennomføringen eller handlinger som vil forstyrre ro, orden og sikkerhet. Dersom telefonsamtalen er av stor betydning for innsatte, og kontroll er tilstrekkelig for å avverge at samtalen misbrukes til formål som nevnt i første punktum i dette ledd, bør samtalen kontrolleres og ikke nektes.

Telefonsamtaler kan tas opp på bånd dersom det er sannsynlig at innsatte planlegger å unndra seg gjennomføringen. Samtalepartene skal på forhånd varsles om at opptak vil finne sted.

Telefonsamtale til og fra advokat og offentlig myndighetsrepresentant, herunder diplomatisk eller konsulær representant kan undersøkes etter § 27 sjette ledd før samtalen påbegynnes. Samtalen kan ikke avlyttes eller tas opp på bånd.»

- (31) Utgangspunktet etter første ledd er altså at innsatte skal kunne være i kontakt med omverdenen gjennom telefon.
- (32) Med hensyn til kontroll er det regelen i § 32 annet ledd annet punktum som er aktuell i denne saken, ettersom A sonet i fengsel med høyt sikkerhetsnivå, også kalt «lukket fengsel». Hovedregelen er da at telefonsamtaler «skal kontrolleres», men unntak kan gjøres hvis «sikkerhetsmessige grunner ikke taler mot det». Jeg tilføyer at årsaken til at A ble plassert i lukket fengsel, var at han var idømt straff på fengsel i mer enn 2 år. Det følger da av lovens § 11 første ledd, jf. fjerde ledd, at hovedregelen er at soningen skal påbegynnes i fengsel med høyt sikkerhetsnivå.
- (33) Etter lovens § 32 tredje ledd kan kontrollen gjennomføres ved at samtalen avlyttes. Samtalepartene skal varsles om avlyttingen. Omfanget av avlyttingen er ikke nærmere regulert.
- (34) Opptak av samtaler kan etter straffegjennomføringsloven § 32 femte ledd bare skje hvis det er «sannsynlig at innsatte planlegger å unndra seg gjennomføringen».
- (35) I paragrafens siste ledd er det gjort unntak for samtaler til og fra advokat og offentlig myndighetsrepresentant. Disse skal verken avlyttes eller tas opp på bånd.
- (36) Nærmere bestemmelser er gitt i forskrift 22. februar 2002 nr. 183 om straffegjennomføring og i retningslinjer gitt av Kriminalomsorgens sentrale forvaltning (nå Kriminalomsorgsdirektoratet) 27. oktober 2008, KSF-2008-9001.
- (37) Av forskriftens § 3-29 annet ledd følger det at innsatte i fengsel med høyt sikkerhetsnivå skal gis 20 minutters ringetid per uke, med mindre kapasiteten i fengselet er til hinder for det. Utvidet telefontid kan innvilges dersom «det foreligger særlige grunner og kapasitetsmessige forhold ikke er til hinder for det», jf. tredje ledd.
- (38) Om kontrollen i fengsler med høyt sikkerhetsnivå heter det i retningslinjene punkt 32.1 bokstav b:

«Telefonsamtaler skal som hovedregel undergis kontroll. Kontroll kan iverksettes generelt av sikkerhetsmessige grunner, herunder for å forebygge straffbart forhold eller ureglementert atferd, uten konkret begrunnelse i det enkelte tilfelle. Kontroll kan unnlates i tilfeller der det ikke foreligger grunnlag for mistanke om mulige ulovligheter og i tilfelle hvor situasjonen i fengselet ikke nødvendiggjør kontroll. I den konkrete vurderingen vektlegges narkotikasituasjonen i fengselet,

fangesammensetningen, foreliggende opplysninger om innsatte og samtalepartneren som kan indikere at adgangen til å føre en telefonsamtale kan misbrukes, samt opplysninger ellers.»

- (39) Jeg nevner også punkt 32.6 i retningslinjene, hvor det fremgår at unntaket for «offentlig myndighetsrepresentant» omfatter samtaler med blant annet representanter for Europarådet og FNs menneskerettsorganer, samt medlemmer av tilsynsrådene og Sivilombudet. Videre heter det at samtaler med lege, psykolog, prest eller tilsvarende fra godkjent trossamfunn, samt med ansatte i politi, påtalemyndighet eller kriminalomsorg, bare bør avlyttes hvis «fengselet har kjennskap til opplysninger som gir grunnlag for mistanke om at telefonsamtalen kan misbrukes».

Vernet for privatliv, korrespondanse mv.

- (40) EMK artikkel 8 lyder slik i norsk oversettelse:
- «1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
 2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter.»
- (41) Bestemmelsen gjelder som norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2.
- (42) Borgernes private sfære vernes også av Grunnloven § 102 første ledd, som forstås på samme måte som EMK artikkel 8, jf. HR-2022-718-A avsnitt 85.
- (43) En delvis overlappende bestemmelse fins i artikkel 17 i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966, men denne gir ingen ytterligere beskyttelse av betydning i saken her.
- (44) Det er på det rene at telefonsamtaler omfattes av betegnelsen «korrespondanse». Er telefonsamtalene private, beskyttes de også av bestemmelsen om «privatliv». Kontakt med nær familie er i dessuten vernet av retten til «familieliv».
- (45) Det er videre klart at myndighetenes avlytting og opptak av borgernes telefonsamtaler utgjør «inngrep» i konvensjonens forstand. Et slikt inngrep kan bare skje hvis det har hjemmel i lov, varetar legitime hensyn og er «nødvendig i et demokratisk samfunn», jf. EMK artikkel 8 nr. 2.
- (46) Kravet om lovhjemmel innebærer at inngrepet må ha grunnlag i nasjonal rett, at inngrepshjemmelen må være tilgjengelig for borgerne, at den må være tilstrekkelig presis, og at det må foreligge tilfredsstillende rettssikkerhetsgarantier. Jeg nøyer meg her med å gjengi den oppsummeringen av rettspraksis som fremgår av Den internasjonale menneskerettsdomstolens, EMDs, egne retningslinjer, «Guide on Article 8 of the European

Convention on Human Rights», senest oppdatert 31. august 2022. Her beskrives lovskravet i avsnitt 15 og 16, hvor det heter:

«The Court has repeatedly affirmed that any interference by a public authority with an individual's right to respect for private life, family life, home and correspondence must be with in accordance with the law (see notably *Vavříčka and Others v. the Czech Republic* [GC], §§ 266–269 and the notion of 'law' under the Convention; *Klaus Müller v. Germany*, §§ 48–51). This expression does not only necessitate compliance with domestic law but also relates to the quality of that law, requiring it to be compatible with the rule of law ...

The national law must be clear, foreseeable, and adequately accessible (*Silver and Others v. the United Kingdom*, § 87; for an instruction issued by the Chief Prosecutor, see *Vasil Vasilev v. Bulgaria*, §§ 92–94; for instructions issued by the Ministry of Justice, see *Nuh Uzun and Others v. Turkey*, § 83–99). It must be sufficiently foreseeable to enable individuals to act in accordance with the law (*Lebois v. Bulgaria*, §§ 66–67 with further references therein, as regards internal orders in prison), and it must demarcate clearly the scope of discretion for public authorities. ...»

- (47) At inngrepet må være «nødvendig i et demokratisk samfunn», forstås som et krav om at det må foreligge et presserende samfunnsmessig behov, og at inngrepet må stå i rimelig forhold til det som søkes oppnådd, jf. HR-2020-661-S avsnitt 75–76. Rettspraksis fra EMD oppsummeres i retningslinjene avsnitt 29:

«In order to determine whether a particular infringement upon Article 8 is 'necessary in a democratic society' the Court balances the interests of the Member State against the right of the applicant (see the recent summary of the relevant case-law in *Vavříčka and Others v. the Czech Republic* [GC], §§ 273–275). In an early and leading Article 8 case, the Court clarified that 'necessary' in this context does not have the flexibility of such expressions as 'useful', 'reasonable', or 'desirable' but implies the existence of a 'pressing social need' for the interference in question. It is for national authorities to make the initial assessment of the pressing social need in each case; accordingly, a margin of appreciation is left to them. However, their decision remains subject to review by the Court.

A restriction on a Convention right cannot be regarded as 'necessary in a democratic society' ... unless, amongst other things, it is proportionate to the legitimate aim pursued (*Dudgeon v. the United Kingdom*, §§ 51–53).»

EMDs praksis om kommunikasjonskontroll i fengsler

- (48) Retten til respekt for privatliv og korrespondanse gjelder også for innsatte i fengsler. Det følger imidlertid av fast rettspraksis fra EMD at spørsmålet om kommunikasjonskontroll er forenlig med EMK artikkel 8, stiller seg annerledes i fengsler enn i det sivile liv. I plenumsdom 21. februar 1975 *Golder mot Storbritannia* uttalte EMD i avsnitt 45 at innsattes rett til respekt for sin korrespondanse «must be appreciated having regard to the ordinary and reasonable requirements of imprisonment».
- (49) Det følger videre av rettspraksis at EMK artikkel 8 ikke gir innsatte *rett* til å ringe, og at telefonsamtaler – hvis de tillates – «may, again in view of the ordinary and reasonable

requirements of imprisonment, also be subject to restrictions», jf. dom 19. oktober 2017 *Lebois mot Bulgaria* avsnitt 61.

- (50) Restriksjoner – herunder kontroll av telefonsamtaler – er således ikke i seg selv i strid med EMK artikkel 8. I EMDs retningslinjer avsnitt 518 oppsummeres rettspraksis på denne måten:

«Some measure of control over prisoners' correspondence is acceptable and is not of itself incompatible with the Convention, regard being paid to the ordinary and reasonable requirements of imprisonment (*Silver and Others v. the United Kingdom*, § 98; *Golder v. the United Kingdom*, § 45). However, such control must not exceed what is required by the legitimate aim pursued in accordance with Article 8 § 2 of the Convention. While it may be necessary to monitor detainees' contact with the outside world, including telephone contact, the rules applied must afford the prisoner appropriate protection against arbitrary interference by the national authorities (*Doerga v. the Netherlands*, § 53).»

- (51) Når EMD konstaterer konvensjonsbrudd, skyldes det ofte at hjemmelsgrunnlaget er mangelfullt. Uklare lovbestemmelser som gir dårlig forutberegnelighet og risiko for vilkårlig håndheving, har ført til konstatering av konvensjonsbrudd i flere saker, se som eksempel storkammeravgjørelsen 17. september 2009 *Enea mot Italia*. Særlig problematisk er det hvis kontrollen omfatter sensitiv kommunikasjon, slik som korrespondanse med advokater, domstoler, ombud eller konvensjonsorganer, se for eksempel dom 4. juli 2000 *Niedbala mot Polen* avsnitt 41, dom 7. januar 2010 *Onoufriou mot Kypros* avsnitt 113 og dom 23. oktober 2014 *Vintman mot Ukraina* avsnitt 129–130. Og selv om kontrollhjemmelen oppfyller de kvalitative kravene som følger av EMK artikkel 8, kan konvensjonsbrudd konstateres som følge av manglende forholdsmessighet. Det kan være at kontrollen går lenger enn nødvendig for å sørge for orden og sikkerhet i fengselet og forebygge ny kriminalitet.

Den konkrete vurderingen – telefonavlytting

Noen utgangspunkter

- (52) Det er altså på det rene at As telefonsamtaler fra fengselet nyter beskyttelse etter EMK artikkel 8. Som jeg har vært inne på, anses telefonsamtaler som «korrespondanse». En betydelig del av samtalene er dessuten vernet som en del av As «privatliv» og «familieliv».
- (53) Videre er det ingen tvil om at fengselets telefonavlytting er «inngrep av offentlig myndighet». Spørsmålet er om inngrepene kan forsvares etter bestemmelsen i EMK artikkel 8 nr. 2.

Kravet om at inngrepet må være «i samsvar med loven»

- (54) Partene er enige om at inngrepene hadde hjemmel i lov – straffegjennomføringsloven § 32 – og om at hjemmelsgrunnlaget var tilgjengelig for de innsatte. Det er jeg enig i.

- (55) As første innvending er knyttet til kravene om klarhet og forutberegnelighet. Det anføres at hovedregelen om at telefonsamtaler skal kontrolleres, i kombinasjon med en mulighet for å gjøre unntak «dersom sikkerhetsmessige grunner ikke taler mot det», i realiteten gir fengselsmyndighetene blankofullmakt til total kontroll.
- (56) Klarhetskravet innebærer at kontrollhjemmelen må angi rammene for myndighetenes skjønnsutøvelse. Kravet om forutberegnelighet betyr at det må være mulig for borgerne å forutse når og i hvilket omfang myndighetene vil gripe inn i deres beskyttede sfærer, slik at de kan tilpasse sin atferd deretter. De to kravene glir over i hverandre og kan behandles samlet.
- (57) Bestemmelsen i straffegjennomføringsloven § 32 annet ledd annet punktum er i utgangspunktet helt klar. Telefonsamtaler «skal kontrolleres». Spørsmålet er om muligheten for unntak av «sikkerhetsmessige grunner» gjør at regelen likevel blir uklar, slik at inngrepene av den grunn ikke i rimelig grad lar seg forutse av de innsatte.
- (58) Etter mitt syn kan den modellen som lovgiver har valgt – en klar hovedregel for en bestemt type fengsler kombinert med et avgrenset unntak – ikke likestilles med en mer åpen kontrollhjemmel som overlater til fengselsmyndighetene å bestemme når og i hvilket omfang kontroll skal gjennomføres. EMDs dom 27. april 2004 *Doerga mot Nederland*, som A har vist til, er et eksempel på det sistnevnte. Der fastsatte den nasjonale kontrollhjemmelen i engelsk oversettelse at personer som lovlig er frihetsberøvet, «may be restricted in the exercise of fundamental rights in so far as the exercise of such rights is not compatible with the deprivation of liberty». Denne var supplert av et rundskriv som påla lukkede fengsler å fastsette telefonregler, hvor det blant annet skulle fremgå om alle samtaler skulle kontrolleres og hvordan det i så fall skulle skje. EMD konstaterte i avsnitt 53 at disse reglene var uklare. De ga ikke de innsatte «appropriate protection against arbitrary interference».
- (59) En klar hovedregel om kontroll, slik vi har i Norge, gir en høyere grad av klarhet og forutberegnelighet. De innsatte må regne med å bli kontrollert og kan innrette seg deretter. Likevel kan det tenkes at regelverket som helhet blir for uklart og gir utilstrekkelig forutberegnelighet dersom hovedregelen om kontroll kombineres med en unntaksbestemmelse som savner rimelige rammer for skjønnsutøvelsen.
- (60) Jeg kan imidlertid ikke se at en slik innvending rammer unntaksbestemmelsen i straffegjennomføringsloven § 32 annet ledd annet punktum. I lovteksten er det riktignok bare vist til at «sikkerhetsmessige grunner» ikke må tale mot unntak. Bestemmelsen suppleres imidlertid av begrensninger og retningslinjer som rammer inn skjønnsfriheten. I paragrafens siste ledd fremgår det at telefonsamtaler til og fra advokat og offentlig myndighetsrepresentant *ikke* skal kontrolleres. Og i Kriminalomsorgsdirektoratets retningslinjer, KSF-2008-9001, som jeg tidligere har gjengitt, gis det nærmere avklaringer. Her fremgår det av punkt 32.1 bokstav b hva som menes med «sikkerhetsmessige grunner», og hvilke momenter fengselsmyndighetene skal legge vekt på ved vurderingen av om unntak skal gjøres. Videre er det i punkt 32.6 bestemt hvem som skal anses som «offentlig myndighetsrepresentant» og dermed unntas fra kontroll.

- (61) Etter mitt syn tilfredsstillende den norske kontrollhjemmelen, sett i sammenheng med Kriminalomsorgsdirektoratets retningslinjer, de kravene til klarhet og forutberegnelighet som kan utledes av EMDs praksis. Jeg viser i denne sammenheng til dom 25. mars 1983 *Silver med flere mot Storbritannia*. Saken gjaldt kontroll av korrespondanse etter den britiske fengselsloven, som ga innenriksdepartementet fullmakt til å fastsette regler. Det var gitt en forskrift om at all korrespondanse skulle kontrolleres, med mindre den var særskilt unntatt. Unntakene i forskriften gjaldt blant annet bestemte personer, myndigheter og organisasjoner, herunder advokater og menneskerettsorganisasjoner. I supplerende retningslinjer var det fastsatt at all korrespondanse i utgangspunktet skulle kontrolleres, men ikke nødvendigvis leses.
- (62) Kravene til klarhet og forutberegnelighet er beskrevet i dommens avsnitt 88. Her sies det at hjemmelsgrunnlaget må være «formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail». Videre heter det:
- «A law which confers a discretion must indicate the scope of that discretion. However, the Court has already recognised the impossibility of attaining absolute certainty in the framing of laws and the risk that the search for certainty may entail excessive rigidity These observations are of particular weight in the ‘circumstances’ of the present case, involving as it does, in the special context of imprisonment, the screening of approximately ten million items of correspondence in a year It would scarcely be possible to formulate a law to cover every eventuality.»
- (63) EMD la avgjørende vekt på de supplerende retningslinjene, som etablerte «a practice which had to be followed save in exceptional circumstances». Selv om retningslinjene ikke hadde lovs kraft, kunne de tas i betraktning ved vurderingen av om regelverket sikret tilstrekkelig forutberegnelighet, og på det grunnlaget ble konvensjonsvernet ansett tilstrekkelig ivaretatt.
- (64) Jeg tilføyer at det er en forutsetning for at administrative retningslinjer skal kunne tas i betraktning på denne måten, at de er bindende og tilgjengelige for berørte parter, jf. *Silver*-dommen avsnitt 93, som senere er fulgt opp i blant annet dom 29. mars 2022 *Nuh Uzun med flere mot Tyrkia* avsnitt 95–98.
- (65) Det norske regelverket som jeg har beskrevet, herunder Kriminalomsorgsdirektoratets retningslinjer, oppfyller etter mitt syn de kravene konvensjonen stiller til et tilstrekkelig klart og forutberegnelig nasjonalt rettsgrunnlag. Retningslinjene er hjemlet i forskriftens § 9-1 annet ledd, jf. straffegjennomføringsloven § 1 annet ledd og er publisert i Lovdata. Regelverket gir de innsatte i lukkede fengsler en rimelig mulighet til å forutse konsekvensene av sin atferd, slik at de kan innrette seg deretter.
- (66) Jeg tilføyer at Sivilombudet i en uttalelse 21. desember 2021, SOM-2021-244, har vurdert dette spørsmålet annerledes. Ombudet peker blant annet på at telefonkontroll i utgangspunktet er «obligatorisk for samtlige innsatte under hele fengselsoppholdet på dette sikkerhetsnivået», og at bestemmelsen i straffegjennomføringsloven § 32 annet ledd annet punktum ikke krever at kriminalomsorgen «av eget tiltak skal vurdere muligheten for unntak før kontrollen iverksettes».

- (67) Etter mitt syn er kontrollomfanget av størst betydning ved forholdsmessighetsvurderingen, som jeg kommer tilbake til. Uansett har jeg et annet syn enn Sivilombudet på spørsmålet om det norske regelverket er tilstrekkelig klart og forutberegnelig. Dette har særlig sammenheng med at jeg legger større vekt på de supplerende bestemmelsene i lov og retningslinjer om når det *ikke* skal kontrolleres, og hvilke momenter det skal legges vekt på ved vurderingen av om kontroll kan unnlates. Samlet sett mener jeg at dette fører til en annen konklusjon enn den Sivilombudet kom til.

Kravet om rettssikkerhet

- (68) As andre innvending gjelder manglende rettssikkerhetsgarantier. Lovbestemmelsen gir etter As syn ingen beskyttelse mot vilkårlige inngrep.
- (69) Kravet om rettssikkerhet innebærer at de beslutninger som fattes av nasjonale myndigheter, må være gjenstand for kontroll som sikrer effektiv håndhevelse av konvensjonsbeskyttelsen. Dette kravet må ses i sammenheng med konvensjonens artikkel 13, som gir enhver «effektiv prøvingsrett ved en nasjonal myndighet». Hvis prøvingsretten varetas av nasjonale domstoler, må prosessen tilfredsstillende kravet om rettfærdig rettergang i artikkel 6, og domstolene må ha myndighet til å stanse eller reparere eventuelle krenkelser, jf. HR-2022-401-A avsnitt 30.
- (70) I norsk rett varetas de innsattes rettssikkerhet på flere måter.
- (71) I medhold av straffegjennomføringsloven § 9 er det etablert tilsynsråd som fører kontroll med fengslene og behandlingen av innsatte. Tilsynsrådets ansvarsområde omfatter alle sider ved straffegjennomføringen. Medlemmene er uavhengige og ikke underlagt kriminalomsorgens instruksjonsmyndighet. Rådet kan ta opp saker av eget tiltak eller etter henvendelse fra innsatte. Enkelte sider ved tilsynsordningen har vært kritisert. Det er vedtatt lovendringer som tar sikte på å styrke rettssikkerheten ytterligere. Men allerede da A sonet på Ullersmo, ga ordningen innsatte som mente å ha vært utsatt for menneskerettsbrudd, en enkel og kostnadsfri mulighet til å få undersøkt og eventuelt stanset pågående inngrep. Jeg viser til at Sivilombudet 19. mars 2013, etter å ha undersøkt tilsynsrådene, uttalte at de – til tross for noen mangler – «mange steder [ser] ut til å fungere godt, de synes å ha gode påvirkningsmuligheter overfor mange fengsler og andre enheter i kriminalomsorgen, og de synes å ha en viktig funksjon», jf. SOM-2011-225.
- (72) Videre kan innsatte påklage enkeltvedtak om kontroll etter forvaltningslovens bestemmelser, jf. straffegjennomføringsloven § 7 og forvaltningsloven § 28 første ledd. Når kriminalomsorgen skal sette i verk inngrep mot innsatte, forutsetter det som hovedregel at det blir fattet enkeltvedtak, jf. Prop. 46 L (2022–2023) side 15. Vedtak som er fattet av det enkelte fengsel, kan påklages til den aktuelle regionen i kriminalomsorgen. Det kan i denne sammenheng ikke være avgjørende at A ikke fikk informasjon om muligheten for å søke om unntak fra kontroll eller om klageadgangen.
- (73) Jeg nevner at innsatte også kan klage til Sivilombudet etter sivilombudsloven § 7. Sivilombudet er Stortingets uavhengige kontrollinstans og arbeider for at borgerne ikke skal utsettes for urett fra det offentlige. Ombudets uttalelser er ikke bindende, men det er tradisjon for at forvaltningen lojalt retter seg etter ombudets kritikk.

- (74) Helt sentralt i sikringen av borgernes menneskerettigheter står domstolskontrollen. Etter Grunnloven § 92 skal statens myndigheter «respekttere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». De viktigste internasjonale menneskerettskonvensjonene er gitt virkning som norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2, og de går ved motstrid foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. § 3. I straffesaker kan eventuelle konvensjonsbrudd repareres ved konstatering av krenkelsen eller reduksjon av straffen. I tillegg kan konvensjonsrettigheter håndheves ved krav om midlertidig forføyning eller søksmål etter tvistelovens regler.
- (75) Det er etter mitt syn ikke tvilsomt at norsk rett ved de virkemidlene jeg har beskrevet, sikrer innsattes rettigheter i samsvar med EMK artikkel 8 og 13.
- (76) Min konklusjon er så langt at det norske regelverket om telefonkontroll oppfyller de kravene konvensjonen stiller til det nasjonale rettsgrunnlaget. I den utstrekning regelverket har vært fulgt – og det har det etter mitt syn her, noe jeg vil komme tilbake til – ble telefonkontrollen gjennomført «i samsvar med loven».
- (77) A har ikke bestridt at kontrollen hadde et legitimt formål, noe det etter min mening heller ikke er grunnlag for. Telefonkontroll av innsatte blir gjennomført for å forebygge uorden og kriminalitet.
- (78) Det gjenstår etter dette å behandle As anførsel om at telefonkontrollen ikke var «nødvendig i et demokratisk samfunn».

Kravet om at inngrepet må være «nødvendig i et demokratisk samfunn»

- (79) Jeg har allerede vært inne på at kravet om at inngrepet må være «nødvendig i et demokratisk samfunn», innebærer at det må foreligge et presserende samfunnsmessig behov, og at inngrepet må stå i rimelig forhold til det som søkes oppnådd.
- (80) Ved denne vurderingen er det viktig å ha for øye at det aktuelle kontrollregimet gjelder ved soning i fengsler med høyt sikkerhetsnivå, jf. straffegjennomføringsloven § 10 første ledd bokstav a og § 11 første ledd, jf. fjerde ledd. Det er med andre ord forbeholdt innsatte som har gjort seg skyldige i alvorlige lovbrudd, hvor kontrollbehovet generelt er stort. Regelverket er ifølge Kriminalomsorgsdirektoratet utformet med sikte på «et miljø hvor det er stor risiko for at de innsatte påvirker og presser hverandre», se direktoratets brev 26. mai 2021 til Sivilombudet. Direktoratet viser også til erfaringer som underbygger at det er «reell risiko for at telefonsamtaler lett kan viderekobles, i verste fall til fornærmede eller som ledd i nye straffbare handlinger». Det må etter mitt syn legges til grunn at forholdene i fengsler med høyt sikkerhetsnivå nødvendiggjør nokså omfattende kontrolltiltak.
- (81) Jeg nevner i denne sammenheng at Fengselslovutvalgets flertall foreslo å innføre en mindre omfattende kontroll av hensyn til de innsattes mulighet for å opprettholde kontakt med familie og andre personer utenfor institusjonen. Etter forslaget skulle innsatte ha adgang til ukontrollerte telefonsamtaler, men de kunne nektes å ringe og samtalene kunne avlyttes når det var grunn til å tro at de ville bli misbrukt til å planlegge eller gjennomføre straffbare handlinger eller til unndragelse av straffullbyrdelse, jf. NOU 1988: 37 *Ny fengselslov* side 188–189. Et mindretall gikk inn for en mer restriktiv regel, under henvisning til at telefonbruk hadde vist seg vanskelig å kontrollere og

medfører stor fare for misbruk, jf. side 189–190. Etter departementets mening ville flertallsforslaget ikke vareta kontrollbehovet på tilfredsstillende måte. Det pekte på at «fengslene ikke alltid på forhånd vet sikkert hvem som står for ulovligheter og hvordan de skjer», jf. Ot.prp. nr. 5 (2000–2001) side 92, jf. side 162. Dette viser at loven er basert på en konkret avveining av kontrollbehovet mot de innsattes behov for kontakt med omverdenen.

- (82) Etter mitt syn bygger loven på en rimelig avveining av de berørte interessene. Etter at loven ble vedtatt, har dessuten utviklingen gått i retning av et generelt hardere miljø i fengslene, som ytterligere underbygger at kontrollbehovet må veie tungt i avdelinger med høyt sikkerhetsnivå.
- (83) Etter § 15 annet ledd kan innsatte overføres til fengsel med lavere sikkerhetsnivå – og dermed bli underkastet mindre inngripende kontroll – etter å ha gjennomført en del av straffen. Etter Kriminalomsorgsdirektoratets retningslinjer, KSF-2008-9001, punkt 15 (1).2 *bør* overføring til fengsel med lavere sikkerhetsnivå vurderes når det gjenstår mindre enn to år til forventet løslatelse. Overføring *skal* vurderes når ett år gjenstår. For de fleste innsatte innebærer dette at det strenge kontrollregimet er av begrenset varighet. A ble overført til fengsel med lavere sikkerhetsnivå etter å ha sonet omkring ett år og fire måneder av straffen på Ullersmo.
- (84) Jeg legger videre vekt på at særlig sensitiv kommunikasjon er unntatt fra kontroll etter straffegjennomføringsloven § 32 siste ledd. A hadde derfor adgang til ukontrollert kommunikasjon med advokat og offentlige myndighetspersoner. Dette skiller vår sak fra mange av de sakene hvor EMD har konstatert brudd på EMK artikkel 8, hvor også slik kommunikasjon er vært kontrollert, eller hvor det har vært uklare rammer for fengselets vurdering av hvem kontrollen skal omfatte.
- (85) Det har også betydning at kontrollene var godt varslet ved automatiske talebeskjeder om at samtalene kunne bli avlyttet og tatt opp på bånd. Dette ga A anledning til å innrette seg på muligheten for at samtalene ville bli kontrollert. Han kunne valgt å begrense telefonbruken og i stedet primært opprettholdt kontakten med familie og venner gjennom besøk i fengselet. Partene er, som jeg har nevnt, enige om at de personene som A kunne ringe til, også sto på besøkslisten, og at samtaler under besøk ikke ble kontrollert.
- (86) Jeg legger videre vekt på at kontrollene var tilpasset behovet ved den enkelte avdelingen. Som jeg har vært inne på, ble telefonkontrollen på Ullersmo differensiert gjennom forskjellige kontrollnivåer.
- (87) I mottaksavdelingen, avdeling U, var det *obligatorisk avlytting*, som innebærer at alle samtaler må godkjennes av en operatør og i utgangspunktet blir lyttet til. Det mer inngripende kontrollregimet må ses i sammenheng med at avdelingen har ansvar for nye innsatte, og at fengselet på dette tidspunktet har begrenset kunnskap om sikkerhetsutfordringene knyttet til den enkelte. Oppholdet på mottaksavdelingen er imidlertid nokså kort, for As del tre uker.
- (88) Ved den ordinære soningen i avdeling P brukes nivået *spontan avlytting*, som innebærer at de innsatte uten videre kan ringe godkjente numre. B, som arbeidet med telefonkontroll på Ullersmo da A sonet, har forklart at det ble tatt stikkprøver for å kontrollere at samtaler faktisk ble gjennomført av ringekontoenes rette innehavere, og for øvrig etter en konkret

vurdering av situasjonen i fengselet og den enkelte innsattes forhold. Avdelingsleder C har forklart at nivået *spontan avlytting* i utgangspunktet innebar stikkprøvekontroller, og at dette var i samsvar med fengselsledelsens instruksjoner.

- (89) Jeg legger til grunn at de forskjellige kontrollnivåene ble fastsatt i samsvar med Kriminalomsorgsdirektoratets retningslinjer, som jeg tidligere har beskrevet, og at det under ordinær soning ble ansett som tilstrekkelig å foreta stikkprøver for å forebygge uorden og kriminalitet, med mindre det var særlige forhold ved avdelingen eller den enkelte innsatte som tilsa mer intensiv kontroll. Jeg oppfatter det videre slik at det i den aktuelle perioden verken var forhold ved avdelingen eller personlige forhold som tilsa at rutinene for *spontan avlytting* skulle fravikes for As del.
- (90) A har imidlertid som nevnt bestridt at kontrollene var begrenset til stikkprøver, og mener det må legges til grunn at alle eller de fleste samtaler ble lyttet til. Han viser i den sammenheng til at omfanget av den faktiske avlyttingen ikke er dokumentert, og til at samtlige telefonsamtaler hvor han gikk over fra å samtale på norsk til nederlandsk, ble avbrutt av operatøren.
- (91) Det er etter mitt syn uheldig at omfanget av kontrollen ikke er dokumentert av fengselet. Dette tilsier at eventuell tvil om kontrollomfanget må gå ut over staten. Videre taler As opplysning om at samtlige samtaler på nederlandsk ble avbrutt, for at avlytting har forekommet i et visst omfang. Det er imidlertid ikke opplyst hvor mange samtaler det dreier seg om, og man kan derfor ikke av dette trekke den slutning at alle eller de fleste samtaler ble avlyttet.
- (92) I lys av fengselets rutiner og det som er opplyst om at fengselet ikke hadde kapasitet til å lytte til alle samtaler, samt at det ikke var noe ved A som tilsa at det skulle foretas en mer omfattende kontroll, må det etter min mening legges til grunn at avlyttingen var sporadisk, og at det ble tatt stikkprøver. Det nøyaktige omfanget lar seg ikke fastslå, men det er heller ikke nødvendig.
- (93) A har også satt spørsmålsteget ved om kontrollnivået ble endret fra *obligatorisk avlytting* til *sporadisk avlytting* ved overføring til avdeling P, slik rutinene tilsa. Denne muligheten for rutinesvikt mener jeg man kan se bort fra. C har forklart at nivået *obligatorisk avlytting* bare forekom helt unntaksvis, og at hun ikke er kjent med at det ble brukt for As del. Selv om hun ikke utelukker at det kan ha skjedd en feil, anser hun det ikke som en realistisk mulighet at nivået *obligatorisk avlytting* ble opprettholdt da A ble overført fra mottaksavdelingen. Jeg tilføyer at en slik feil raskt ville vært oppdaget, ettersom den ville ført til at alle samtaler måtte godkjennes av en operatør, noe det må antas at både A og fengselet ville ha reagert på.
- (94) De tilfellene hvor As samtaler ble lyttet til av en betjent som satt i samme rom, legger jeg ikke vekt på ved den samlede vurderingen. Dette var som nevnt en særordning for en begrenset periode, som skyldtes at A var innvilget ekstra telefontid av velferdsmessige grunner, og at det på grunn av tekniske forhold ikke lot seg gjøre å gjennomføre stikkprøvekontroller på vanlig måte. Etter mitt syn har fengselet her strukket seg langt for å imøtekomme As særlige behov innenfor mulighetenes rammer.
- (95) Jeg er etter dette kommet til at avlyttingen av As telefonsamtaler fra Uillersmo ble gjennomført i samsvar med det som lov og forskrift tillot, og at fengselets rutiner og

Kriminalomsorgsdirektoratets retningslinjer ble fulgt. Kontrollen fylte et presserende samfunnsmessig behov for å forebygge uorden og kriminalitet, og kontrollen var ikke mer omfattende enn nødvendig for å nå målet.

- (96) Det at det ikke forelå konkrete holdepunkter for at A representerte en sikkerhetsrisiko, endrer ikke dette. Som jeg har vært inne på, viser erfaring at det generelt foreligger en risiko for påvirkning og press i fengsler med høyt sikkerhetsnivå. For å redusere denne risikoen må det foretas stikkprøvekontroller som omfatter alle eller praktisk talt alle innsatte, også de som antas ikke å representere en sikkerhetsmessig risiko.
- (97) Jeg finner støtte for min vurdering av inngrepets forholdsmessighet i EMDs komitéavgjørelse 13. oktober 2022 *Nowak mot Polen*, som i likhet med vår sak gjaldt kontroll av telefonsamtaler i lukkede fengsler. Den polske regelen gikk ut på at alle samtaler unntatt advokatsamtaler skulle kontrolleres av fengselsadministrasjonen. Kontrollen omfattet avlytting og mulighet til å avbryte samtalene. Det fremgår av avsnitt 8 og 26 at samtalene «were ... routinely monitored by prison wardens», og at kontrollen ble gjennomført «with the aims of preventing the commission of further crimes by prisoners and of maintaining order in prison». EMD konstaterte i avsnitt 27 at kontrollhjemmelen var klar, og at den innsatte hadde mulighet til å innrette seg. Han hadde dessuten anledning til å opprettholde kontakt med familie og venner på andre måter enn ved telefonsamtaler. Fangepopulasjonen omfattet domfelte med tilbakefallsrisiko og innsatte med rusproblemer, og klageren kunne mistenkes for å ville smugle inn narkotika. Etter en samlet vurdering kom domstolen til at inngrepet var nødvendig og forholdsmessig. Selv om faktum ikke fullt ut samsvarer med vår sak – det er ikke anført at A selv kunne mistenkes for å ville misbruke telefonsamtalene – kan jeg ikke se det annerledes enn at en underkjenning av det norske kontrollregimet ville innebære at man la til grunn en strengere norm enn EMD. Det er det etter mitt syn ikke grunnlag for å gjøre.
- (98) Også på dette punktet kom Sivilombudet i den nevnte uttalelsen, SOM-2021-244, til en annen konklusjon. Ombudet la vekt på at kriminalomsorgen «verken etter straffegjennomføringsloven eller praksis [er] forpliktet til å vurdere unntak av eget tiltak eller gi en tilfredsstillende begrunnelse for å iverksette kontroll». Etter min mening kan det ikke kreves at fengselsmyndighetene vurderer for hver enkelt innsatt om vedkommende skal unntas fra kontroll, eller begrunner hvorfor vedkommende eventuelt ikke unntas. Jeg kan ikke se at behovet for å føre kontroll med at ringekontoer ikke misbrukes, kan varetas på en effektiv måte uten stikkprøvekontroll, slik den ble gjennomført på Ullersmo. Kravet om forholdsmessighet varetas da ved at det for hver avdeling vurderes om avlyttingen skal være obligatorisk eller sporadisk, og ved at det i tilfelle sporadisk avlytting vurderes om det er særlige forhold ved den enkelte innsatte som tilsier at det foretas mer enn stikkprøvekontroll for dennes vedkommende.
- (99) I lys av Sivilombudets uttalelse har Justis- og beredskapsdepartementet gitt nye, midlertidige retningslinjer for telefonkontroll. En viktig endring er at telefonkontroll ikke lenger skal kunne iverksettes i medhold av en generell rutine. Det skal treffes en skriftlig beslutning for hver enkelt innsatt, som skal angi hvordan sikkerhetsmessige behov er avveid mot den belastningen vedkommende påføres.
- (100) I departementets brev 1. februar 2023 til Kriminalomsorgsdirektoratet er det sagt at de midlertidige retningslinjene «har som formål å sikre etterlevelse av menneskerettighetene i

påvente av en ordinær lovendringsprosess». Samtidig understrekes det at retningslinjene ikke skal være til hinder for å foreta stikkprøvekontroller. Om dette sier departementet:

«Når det gjelder stikkprøvekontroll, viser departementet til at sikkerhetsmessige hensyn sterkt taler for at kriminalomsorgen kan gjennomføre dette. Kriminalomsorgsdirektoratet (KDI) legger til grunn at de innsatte raskt vil kartlegge hvem som er underlagt telefonkontroll, og dermed også hvem som ikke er det. Kunnskap om hvilke innsatte som ikke blir kontrollert, kan åpne for at disse blir utsatt for utilbørlig press til å utføre ulike handlinger, for eksempel gi beskjeder eller bestillinger ut, eller planlegge innsmugling, rømning eller nye lovbrudd. Departementet legger til grunn at stikkprøvekontroll vil kunne ha en preventiv effekt.

[Straffegjennomføringsloven] § 32 annet ledd gir hjemmel for telefonkontroll dersom sikkerhetsmessige grunner tilsier det. Stikkprøvekontroll er også begrunnet med sikkerhetsmessige hensyn, og departementet legger til grunn at slik kontroll kan gjennomføres med hjemmel i denne bestemmelsen. I vurderingen har departementet også lagt vekt på at stikkprøvekontroll vil ha et klart mindre omfang enn den kontrolladgangen som [straffegjennomføringsloven] § 32 annet ledd etter sin ordlyd åpner for.»

- (101) Departementets uttalelser om behovet for stikkprøvekontroller sammenfaller med mitt syn og underbygger at den kontrollen som A har vært utsatt for, var nødvendig og forholdsmessig. Ut fra et slikt syn på kontrollbehovet kan jeg ikke se at departementets instruks om at det skal treffes en særskilt beslutning for hver enkelt innsatt, er påkrevd etter EMK artikkel 8. Jeg viser i denne sammenheng til HR-2021-1155-A, som gjaldt kroppsvisitasjoner i strid med EMK artikkel 3, som må anses som mer inngripende enn telefonkontroll. I avsnitt 55 uttaler førstvoterende:

«At EMDs praksis retter seg mot rutinemessig gjennomføring av kroppsvisitasjon, kan ikke rekke så langt at det alltid kreves en konkret vurdering for hvert enkelt tilfelle og for hver enkelt innsatt. Det avgjørende må være at både utformingen av regler og rutiner og praktiseringen av disse bygger på en vurdering av hvilken fare som foreligger, holdt opp mot hensynet til den innsattes verdighet.»

- (102) Uttalelsen er gjengitt med tilslutning i HR-2024-551-S avsnitt 117.
- (103) Når det først foreligger behov for stikkprøvekontroller, som for å være effektive nødvendigvis må omfatte alle eller praktisk talt alle innsatte, vil utfallet av vurderingen for den enkelte i stor grad være gitt. Særskilte beslutninger vil da ha liten reell betydning. Et kontrollregime som bygger på en generell avveining av hensynet til sikkerhet ved den aktuelle avdelingen mot de innsattes rett til respekt for privatliv, familieliv og korrespondanse, slik det ble praktisert på Ullersmo, fremstår da som en hensiktsmessig og rimelig ordning.
- (104) Min konklusjon så langt er at avlyttingen av As telefonsamtaler ikke var i strid med EMK artikkel 8. Det er ikke gjort gjeldende at vurderingen blir annerledes etter Grunnloven § 102. Det er jeg enig i. Grunnlovsvernet er følgelig heller ikke krenket. Det blir dermed ikke nødvendig å ta stilling til hvorledes en eventuell krenkelse i form av ulovlig avlytting skulle vært reparert.

Den konkrete vurderingen – lydopptak

- (105) Partene er enige om at opptak og lagring av As telefonsamtaler i perioden fra 19. februar 2018 til 24. oktober 2018 var i strid med EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102. Det skyldes at vilkårene for opptak etter straffegjennomføringsloven § 32 femte ledd ikke var oppfylt. Etter denne bestemmelsen kan opptak bare gjøres når det er «sannsynlig at innsatte planlegger å unndra seg gjennomføringen». Det var ingen holdepunkter for at A ville unndra seg straffegjennomføringen.
- (106) Uenigheten mellom partene gjelder hvordan krenkelsen skal repareres. A gjør gjeldende at det må skje i form av et fradrag i straffen, mens påtalemyndigheten anfører at det er tilstrekkelig å konstatere krenkelsen i dommen.
- (107) Det rettslige utgangspunktet for vurderingen fremgår av HR-2022-2421-A avsnitt 22:
- «Det følger av EMK artikkel 13 at enhver som har fått sine rettigheter og friheter i konvensjonen krenket, har krav på ‘an effective remedy’ for en nasjonal myndighet. Dette gir rett til å få *prøvd* konvensjonsspørsmålet for en nasjonal instans, som må ha myndighet til å *reparere* krenkelsen – ‘to grant appropriate relief’.»
- (108) Også i den saken var det snakk om en krenkelse av EMK artikkel 8. Politiet hadde ransaket en bolig uten lov hjemmel, fordi det ikke forelå skjellig grunn for mistanke om oppbevaring av narkotika. Høyesterett kom til at tilstrekkelig reparasjon av krenkelsen var gitt ved at den ble fastslått av domstolen, og at det ikke var grunnlag for redusert straff.
- (109) Jeg kan ikke se at krenkelsen i vår sak er mer alvorlig. Jeg peker på at muligheten for opptak var varslet, og at opptakene ikke ble lyttet til eller utnyttet på andre måter. Under disse omstendighetene kan opptakene ikke ha påført A en slik særlig tilleggsbelastning under soningen som må foreligge for at det kan bli aktuelt å sette ned straffen. Konstatering av krenkelsen er følgelig en tilstrekkelig reparasjon.

Saksbehandlingsanken

- (110) A har gjort gjeldende at lagmannsrettens domsgrunner er mangelfulle, jf. straffeprosessloven § 40. Han har særlig pekt på at det ikke fremgår av begrunnelsen hvordan hensynene for og mot kontroll er veid mot hverandre.
- (111) Jeg er enig i at lagmannsrettens begrunnelse er knapp, men finner det ikke nødvendig å ta stilling til om dette utgjør en saksbehandlingsfeil. Høyesterett har full kompetanse, og en eventuell feil har ikke hatt betydning for lagmannsrettens resultat. Det er da ikke grunnlag for opphevelse etter straffeprosessloven § 343.

Konklusjon

- (112) Mine konklusjoner er etter dette at As rettigheter etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102 ikke ble krenket ved telefonavlyttingen, men at det foreligger en krenkelse i form av ulovlige lydopptak. Krenkelsen er tilstrekkelig reparert ved at den er konstatert i dommen. Det er ikke grunnlag for ytterligere straffereduksjon.

(113) Anken blir etter dette å forkaste.

(114) Jeg stemmer for denne

D O M :

Anken forkastes.

(115) Dommer **Østensen Berglund:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(116) Dommer **Bull:** Likeså.

(117) Dommer **Bergh:** Likeså.

(118) Dommer **Normann:** Likeså.

(119) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.