



UiT

**NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET**

Det juridiske fakultet

FORSVARERS TAUSHETSPLIKT

Solveig Skretting Aarsland

Jur-3902 Liten masteroppgave i rettsvitenskap våren 2018



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Begrepsavklaring.....	3
1.2.1	Forsvarer.....	3
1.2.2	Taushetsplikt	3
1.2.3	Kallsmessig taushetsplikt	3
1.2.4	Ytringsrett/Ytringsplikt	4
1.3	Metode.....	4
1.4	Avgrensninger	5
1.5	Den videre fremstilling.....	5
2	OVERSIKT OVER ULIKE RETTSKILDER PÅ OMRÅDET	6
2.1	Innledning.....	6
2.2	Lover	6
2.2.1	Straffeloven 1902	6
2.2.2	Straffeloven 2005	7
2.2.3	Straffeprosessloven	7
2.2.4	Tvisteloven.....	8
2.2.5	Menneskerettighetskonvensjonen	9
2.3	Advokatforskriften	10
2.4	Forarbeider	11
2.5	Rettspraksis	12
2.6	Disiplinærnemndas praksis	12
2.7	Retningslinjer for forsvarere	13
2.8	Juridisk teori.....	13
2.9	Reelle hensyn	14
2.9.1	Generelt.....	14

2.9.2	Legalitetsprinsippet	15
2.9.3	Fortrolighet i klientforholdet	15
2.9.4	Vern av andre enn klientens interesser	16
2.9.5	Rettsikkerhet/rettspleie	16
2.9.6	Personvern/rett til privatliv	16
2.9.7	Forbud mot selvinkriminering	17
3	INNHOLDET I TAUSHETSPLIKTEN	17
3.1	Innledning	17
3.2	Omfanget av taushetsplikten	18
3.2.1	Taushetspliktens konkrete innhold	18
3.2.2	Hvordan opplysningene må være ervervet	21
3.2.3	Hvilke opplysninger som omfattes av taushetsplikten	24
3.2.4	Hvem taushetsplikten gjelder for	26
3.2.5	Hvem som er vernet av taushetsplikten	27
3.2.6	Overfor hvem forsvarer har taushetsplikt	28
3.2.7	Har taushetsplikten noen tidsbegrensning?	30
4	UNNTAK FRA TAUSHETSPLIKTEN	32
4.1	Innledning	32
4.2	Samtykke fra den som har krav på hemmelighold	32
4.3	Opplysningsplikt/Avvergingsplikt	34
4.3.1	Hindre at uskyldige blir dømt	34
4.3.2	Avverge alvorlige forbrytelser	36
4.4	Nødrett	37
4.5	Rapporteringsplikt etter hvitvaskingsloven	38
5	FORTROLIGHETSPLIKTEN	40
5.1	Fortrolighetspliktens innhold	40
6	BRUDD PÅ TAUSHETSPLIKTEN/ FORTROLIGHETSPLIKTEN	42

6.1	Straff etter straffeloven § 211.....	42
6.2	Disiplinærstraff etter advokatforskriften.....	44
6.3	Erstatningsansvar	45
6.4	Tilbakekall av advokatbevilling.....	46
7	ETISKE PROBLEMSTILLINGER VED TAUSHETSPLIKTEN.....	47
7.1	Innledning.....	47
7.2	Konflikter som oppstår mellom forsvarer og klient.....	47
7.2.1	Innledning.....	47
7.2.2	Forsvarer kan fratre oppdraget.....	48
7.2.3	Forsvarer kan velge å fortsette oppdraget.....	49
7.3	Taushetsplikt i konflikt med domstolen.....	50
7.4	Taushetsplikt i konflikt med media.....	51
8	AVSLUTNING.....	52
8.1	Rettspolitisk vurdering.....	52
	Kildeliste.....	55

1 INNLEDNING

1.1 Oppgavens tema

Oppgaven tar for seg temaet ”forsvarers taushetsplikt”. Det rettslige området for oppgaven er dermed strafferetten og straffeprosessretten.

Advokater, herunder forsvarere, er del av en yrkesgruppe som mottar en mengde informasjon fra andre personer, både av personlig og allmenn karakter. Denne informasjonen legger til rette for at advokaten kan oppfylle sin oppgave i rettssystemet. Advokatens oppgave fremkommer tydelig av regler for god advokatskikk i Advokatforskriften punkt 1.2 første ledd som lyder følgende: ”*En advokats oppgave er å fremme rett og hindre urett*”.¹ En forutsetning for å fremme rett og hindre urett, er at advokaten har en taushetsplikt om det han i sin stilling blir betrodd fra sin klient.

Taushetsplikten er et grunnleggende fundament i vår rettsstat. Samfunnets og enkeltindividets interesse i et tillitsforhold mellom klient og advokat, er begrunnelsen for at taushetsplikten for advokater har et særlig sterkt vern. Forsvarers taushetsplikt i straffesaker er en såkalt sterk taushetsplikt.² Dette medfører at taushetsplikten går foran vitneplikten og politiets rett til å ta beslag under etterforskningen. Det er i utgangspunktet bare klienten selv som kan frita forsvarer fra taushetsplikten. Taushetspliktens sterke vern tilsier også at forsvarere og andre som er underlagt slik yrkesmessig taushetsplikt skal straffes dersom de bryter taushetsplikten.³

Er man mistenkt for en straffbar handling har man rett til å la seg bistå av en forsvarer etter eget valg på ethvert trinn av saken, jf. påtaleinstruksen § 8-1 annet ledd.⁴

Ifølge straffeprosessloven har ”siktede” rett til å la seg bistå av en forsvarer under hele behandlingen av en straffesak, jf. strpl. § 94 første ledd første punktum.⁵ Hvem som regnes

¹ Forskrift til domstolloven kapittel 11 (Advokatforskriften) 20. desember 1996 nr. 1161 kapittel 12 ”Regler for god advokatskikk”, heretter kalt Regler for god advokatskikk/RGA

² NOU 2009:4 side 143 og Regler for god advokatskikk punkt 2.3.1 annet ledd.

³ Lov om straff (straffeloven) 20. mai 2005 nr. 28, heretter kalt straffelov/strl. § 211

⁴ Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen) 28. juni 1985 nr. 1679

⁵ Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) 22. mai 1981 nr. 25, heretter kalt straffeprosessloven/strpl.

som siktet følger av strpl. § 82 første ledd. Ifølge denne bestemmelsen er man siktet når påtalemyndigheten har erklært vedkommende for siktet, når forfølgning mot vedkommende er innledet ved retten eller når det er besluttet eller foretatt pågripelse, ransaking, beslag eller lignende mot vedkommende. Både den som er siktet og tiltalt vil således ha krav på forsvarer under hele behandlingen av en straffesak.

Forsvareren skal sikre klientens rettigheter ved alle stadier av straffesaksgangen, og skal medvirke til at vedkommende ikke får for streng straff eller blir uskyldig dømt til straff. Skal forsvareren kunne oppfylle sin oppgave er det en forutsetning med fri flyt av informasjon mellom klienten og forsvarer. Da er taushetsplikten svært viktig. Klientens rettigheter etter strpl. § 94 ville blitt nokså uthult, dersom klienten ikke samtidig hadde krav på taushetsplikt hos sin forsvarer. Dersom forsvarer for eksempel kunne gått ut med fortrolig informasjon på eget initiativ eller påtalemyndigheten kunne kreve at forsvareren vitnet mot egen klient, ville rollen som forsvarer bli temmelig innholdsløs.⁶

Begrepet klient blir i det følgende brukt som en samlebetegnelse på den som er mistenkt, siktet, tiltalt eller domfelt.

Forsvarers taushetsplikt er et interessant tema, da taushetsplikten som gjelder for forsvarer ikke har en selvstendig lovbestemmelse, men følger indirekte av flere bestemmelser. Man er derfor på et noe uavklart rettsområde. Problemstillingen blir å sammenfatte det av lovgivning man har på området med andre rettskilder for å fastlegge hvordan taushetsplikten oppstår og hvilket innhold den har.

Taushetsplikten vil i tillegg på mange måter binde forsvareren i ulike situasjoner, og en forsvarer kan dermed møte på mange konflikter hvor han må forholde seg til taushetsplikten og samtidig ta et etisk riktig valg. Et eksempel er dersom klienten erkjenner skyld bare overfor forsvarer. Forsvarer vil ha taushetsplikt om klientens skyld, og kan dermed ikke gå videre med denne informasjonen. Det vil være interessant å se hvilke etiske valg en forsvarer står overfor i slike konfliktsituasjoner.

⁶ Svalheim, *Advokaters taushetsplikt*, 1996, Universitetsforlaget, side 3

1.2 Begrepsavklaring

1.2.1 Forsvarer

En forsvarer er betegnelsen på den advokat eller talsmann en siktet eller tiltalt har rett til å la seg bistå av. En talsmann vil si noen som snakker på vegne av andre. Det er ikke nødvendig at forsvareren er en advokat, også ”annen skikket person” kan gjøre tjeneste som forsvarer med særskilt tillatelse av retten, jf. strpl. § 95 annet ledd annet pkt. Det følger av strpl. § 94 første ledd første punktum at ”siktete har rett til å la seg bistå av en forsvarer etter eget valg på ethvert trinn av saken”. Det samme gjelder for en som er mistenkt for en straffbar handling.⁷

1.2.2 Taushetsplikt

Ordet taushetsplikt tilsier en plikt til å hindre at nærmere angitte opplysninger direkte eller indirekte blir kjent for uvedkommende. Hvilke opplysninger som omfattes av taushetsplikten avhenger av hvilke interesser som skal beskyttes. Taushetsplikten er en aktiv plikt, noe som vil si at det både gjelder det å hemmeligholde nærmere angitte opplysninger, men også det å hindre at uvedkommende får tak i eller blir kjent med disse opplysningene. Hvem som er uvedkommende, bestemmes av årsaken til at opplysningene blir innhentet, av opplysningens art og av formålet som skal tilgodeses ved eventuell videreformidling.⁸

1.2.3 Kallsmessig taushetsplikt

Den taushetsplikt som er knyttet til utøvelsen av et yrke hvor et særlig vern om taushetsplikt er påkrevd, blir omtalt som kallsmessig taushetsplikt.⁹ De yrkesgrupper som er listet opp i strl. § 211, herunder forsvarere i straffesaker, er del av de yrkesgrupper som krever særlig vern om taushetsplikten. Disse yrkesgrupper mottar en mengde informasjon av personlig og privat karakter fra pasienter og klienter, men også fra andre utenforstående, og det er derfor viktig at denne informasjonen holdes fortrolig med hensyn til retten til privatliv og personvern. I straffesaker gjør særlig hensynet til forbudet mot selvinkriminering seg gjeldende som et argument for at informasjonen en klient gir sin forsvarer skal holdes strengt fortrolig.

⁷ Påtaleinstruksen § 8-1 annet ledd.

⁸ Auglend, Mæland, *Politirett*, 3. utgave, 2016, Gyldendal, side 551

⁹ NOU 2015:3 side 190

1.2.4 Ytringsrett/Ytringsplikt

Begrepet taushetsplikt henger nært sammen med begrepene ytringsrett og ytringsplikt. Begrepet ytringsrett tilsier en rett til å uttale seg om informasjon. Denne retten er således ikke begrenset av noen taushetsplikt i det konkrete tilfellet. Ved en ytringsrett vil det imidlertid bare eksistere en rett til å uttale seg, ikke en plikt. En kan dermed ikke bli tvunget til å forklare seg om et forhold dersom man selv ikke ønsker det. Begrepet ytringsplikt sikter til en plikt til å uttale seg om nærmere bestemte opplysninger i en konkret situasjon. I slike tilfeller vil som oftest ytringsplikten gå foran taushetsplikten. Dette kommer imidlertid an på hvilket område man er på, og hvilke interesser som krenkes ved å bryte taushetsplikten.

1.3 Metode

Ved drøftelsene i oppgaven vil det i utgangspunktet bli anvendt alminnelig juridisk metode. Den juridiske metodelæren er en lære om hvordan man fastlegger eksistensen av og innholdet av rettslige normer. Den juridiske metoden går ut på å benytte prinsipper for relevans, slutning og vekt for å komme frem til hva som er gjeldende rett.

Konfidensialitetsbehovet er så viktig i norsk rett at yrkesutøverens taushetsplikt må anses beskyttet av Den europeiske menneskerettskonvensjonen. I denne oppgaven blir det derfor vist til Den europeiske menneskerettskonvensjonen og tilhørende praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen.¹⁰ Siden oppgaven reiser problemstillinger vedrørende EMK, er det nødvendig å kommentere den metoden som anvendes når EMK skal fortolkes.

Metoden EMD bruker er noe forskjellig fra den norske rettskildelæren. Ved konvensjonstolkning skal den alminnelige betydningen av ordene være et utgangspunkt, slik som i norsk rett, jf. Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 1.¹¹ Det som særlig skiller konvensjonstolkningen fra den norske rettskildelæren, er at formålsbetraktninger blir tillagt betydelig vekt av EMD.¹² I tillegg legger EMD særlig vekt på en dynamisk tolkningsstil. Det

¹⁰ Lov om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1998 nr. 30, Vedlegg 2: Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller, heretter kalt EMK

¹¹ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969, i kraft 27. januar 1980

¹² Elgesem, "Tolkning av EMK – Menneskerettsdomstolens metode", Lov og Rett nr. 4-5 2003 (LOR-2003-203), side 215

fremkommer av en rekke avgjørelser at rettighetene skal tolkes i lys av samfunnsutviklingen.¹³ Foruten dette skal konvensjonen leses som en helhet.¹⁴

Den metodebruk som særlig vil skille seg ut fra resten av oppgaven, er den hvor det foretas en analyse av de etiske problemstillinger som kan oppstå for forsvarer med taushetsplikt. Denne delen tar for seg en fremstilling av de etiske valg en forsvarer står overfor – for eksempel dersom klienten erkjenner skyld bare overfor forsvarer – og mine tanker rundt hva som vil være etisk riktig å gjøre i slike situasjoner. Det vil imidlertid bli brukt etiske retningslinjer og reelle hensyn ved denne vurderingen.

1.4 Avgrensninger

Oppgaven avgrenses mot forbudet om å ta beslag i dokumenter som er taushetsbelagt etter strpl. § 204. Det vil falle utenfor oppgavens rammer å gå inn på dette temaet.

Oppgaven avgrenses videre mot advokaters alminnelige taushetsplikt, da oppgaven omhandler forsvarere i straffesaker.

1.5 Den videre fremstilling

Oppgavens punkt 2 redegjør for hvilke rettskilder som er relevante og har vekt på området.

I punkt 3 går en over til innholdet i taushetsplikten. I dette punktet fastlegges det konkrete innholdet i den lovbestemte taushetsplikten, herunder hvilke opplysninger som omfattes og hvem taushetsplikten gjelder for.

I punkt 4 redegjøres det for unntakene fra taushetsplikten.

Oppgavens punkt 5 tar utgangspunkt i fortrolighetsplikten som er fastsatt i advokatforskriften.

En fortsetter deretter i punkt 6 med hvilke konsekvenser brudd på taushetsplikten og fortrolighetsplikten medfører.

¹³ For eksempel Dom 25. april 1978, Tyrer mot Storbritannia, saksnr. 5856/72 og Dom 22. oktober 1981, Dudgeon mot Storbritannia, saksnr. 7525/76

¹⁴ Dom 7. juli 1989, Soering mot Storbritannia, saksnr. 14038/88

I punkt 7 redegjøres det for hvilke etiske problemstillinger en forsvarer møter på, og hvilke valg han må ta for å unngå å bryte taushetsplikten samtidig som han holder seg innenfor etiske grenser.

I siste punkt 8 foretas det en rettspolitisk vurdering av regelen slik den fremkommer i dag.

2 OVERSIKT OVER ULIKE RETTSKILDER PÅ OMRÅDET

2.1 Innledning

En rettskilde er de kildene som sier noe om hva en rettsregel er. Forsvarers taushetsplikt er ikke hjemlet i noen generell og selvstendig lovbestemmelse, men utslag av regelen er spredt i forskjellige bestemmelser i lovgivningen og andre rettskilder.

I det følgende gis det en oversikt over hvilke rettskilder som er relevante for å fastlegge innholdet i taushetsplikten som gjelder for forsvarere i straffesaker.

2.2 Lover

2.2.1 Straffeloven 1902

Taushetsplikten for forsvarere var tidligere regulert i straffeloven 1902 § 144.¹⁵

Bestemmelsens første ledd lød følgende:

”Prester i statskirken, prester eller forstandere i registrerte trossamfunn, advokater, forsvarere i straffesaker, meklingsmenn i ekteskapsaker, leger, psykologer, apotekere, jordmødre og sykepleiere samt disses betjenter eller hjelpere, som rettsstridig åpenbarer hemmeligheter, som er dem eller deres foresatte betrodd i stillings medfør, straffes med bøter eller med fengsel inntil 6 måneder.”

Denne loven er opphevet, og erstattet av straffeloven 2005. Bestemmelsen finnes nå i straffeloven § 211. Videreføringen er ikke ment å utgjøre noen realitetsendring.¹⁶ Likevel er det noen forskjeller mellom bestemmelsene. For det første er det noen språklige forskjeller,

¹⁵ Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) 22. mai 1902 nr. 10, heretter kalt strl. 1902

¹⁶ NOU 2015:3 side 192

herunder ordlydene ”rettsstridig” og ”åpenbarer”, som nå er byttet ut med ”uberettiget” og ”røper”. For det andre er det færre yrkesgrupper som rammes av den nye bestemmelsen, enn etter den gamle. I tillegg er strafferammen økt fra 6 måneder til 1 års fengsel ved den nye bestemmelsen.

2.2.2 Straffeloven 2005

Straffeloven 2005 § 211 angir den mest generelle hjemmel for forsvarers taushetsplikt. Bestemmelsen lyder følgende:

”Med bot eller fengsel inntil 1 år straffes prester i statskirken, prester eller forstandere i registrerte trossamfunn, advokater, forsvarere i straffesaker, meklingsmenn i ekteskapsaker, og disses hjelpere, som uberettiget røper hemmeligheter som er betrodd dem eller deres foresatte i anledning av stillingen eller oppdraget.”

Bestemmelsen angir at brudd på taushetsplikten for forsvarere i straffesaker kan medføre straff, og forutsetter derfor at det eksisterer en taushetsplikt for forsvarere i norsk rett.

Bestemmelsen er generelt utformet, og gir lite veiledning om hva som nærmere ligger i taushetsplikten. Bestemmelsen retter seg heller ikke bare mot forsvarere, men også til andre yrkesgrupper. Forsvarers taushetsplikt vil nok gjennomgående bli tolket strengere enn ved andre yrkesgrupper, på grunnlag av den viktigheten et fortrolighetsforhold har mellom klient og forsvarer i straffesaker.

Denne bestemmelsen er imidlertid det nærmeste en i dag har for å fastlegge det konkrete innholdet i taushetsplikten for forsvarere, og bestemmelsen danner derfor et utgangspunkt for den videre oppgaven.

2.2.3 Straffeprosessloven

En bestemmelse som indirekte hjemler forsvarers taushetsplikt, finner man i straffeprosessloven § 119. Bestemmelsen lyder følgende:

”Uten samtykke av den som har krav på hemmelighold, må retten ikke ta imot forklaring av prester i statskirken, prester eller forstandere i registrerte trossamfunn, advokater, forsvarere i straffesaker, meklingsmenn i ekteskapsaker, leger, psykologer, apotekere, jordmødre eller sykepleiere om noe som er betrodd dem i deres stilling.

Det samme gjelder underordnede og medhjelpere som i stillings medfør er kommet til kunnskap om det som er betrodd de nevnte personer.

Forbudet faller bort når forklaringen trengs for å forebygge at noen uskyldig blir straffet.

Dersom ikke den som har krav på hemmelighold samtykker i at avhøringen foregår offentlig, skal forklaringen bare meddeles retten og partene i møte for stengte dører og under pålegg om taushetsplikt.”

Bestemmelsen angir et bevisforbud, og er langt på vei korresponderende til de yrkesutøverne som er listet opp i strl. § 211. Bestemmelsene utfyller hverandre, idet man kan straffes etter strl. § 211, dersom man som forsvarer forklarer seg i retten om et forhold i strid med bevisforbudet etter strpl. § 119. Slike situasjoner skjer imidlertid ikke i praksis, da retten er pliktet til å nekte å ta imot forklaring fra de personer som er opplistet i strpl. § 119.

Heller ikke strpl. § 119 viser hva innholdet i forsvarers taushetsplikt er. Dette er nok fordi strpl. § 119 strengt tatt ikke er en taushetspliktbestemmelse for advokater. Dette er forutsatt i rettspraksis.¹⁷ Bestemmelsen er imidlertid veiledende for å fastlegge innholdet i taushetsplikten som gjelder for forsvarere i straffesaker.

2.2.4 Tvisteloven

En nesten identisk bestemmelse med strpl. § 119 har vi i tvisteloven § 22-5.¹⁸ Bestemmelsen lyder følgende:

”(1) Retten kan ikke ta imot bevis fra prester i statskirken, prester eller forstandere i registrerte trossamfunn, advokater, forsvarere i straffesaker, meklere i ekteskapsaker, leger, psykologer, apotekere, jordmødre eller sykepleiere om noe som er betrodd dem i deres stilling. Det samme gjelder underordnede og medhjelpere som i stillings medfør er kommet til kunnskap om det som er betrodd de nevnte personer.

(2) Retten kan frita en part eller et vitne fra å gi tilgang til bevis om noe som er betrodd under sjelesorg, sosialt hjelpearbeid, medisinsk behandling, rettshjelp etter

¹⁷ Rt-2013-92 avsnitt 38

¹⁸ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17. juni 2005 nr. 90, heretter kalt tvl.

domstoloven § 218 annet ledd eller lignende virksomhet, selv om forholdet ikke omfattes av første ledd.

(3) Den som har krav på hemmelighold etter denne paragraf, kan samtykke i at beviset føres.”

Twisteloven § 22-5 gjelder for sivile saker. Bevisforbudet er imidlertid av samme omfang som i strpl. § 119. Verken i straffesaker eller i sivile saker kan retten ta imot forklaring fra forsvarere i straffesaker med mindre den som har krav på hemmelighold samtykker, eller dersom det finnes andre unntak som kan påberopes.

Det vil i det følgende i hovedsak tas utgangspunkt i strpl. § 119, da man er på strafferettens område. Twisteloven § 22-5 og tilhørende praksis gir imidlertid en del veiledning om innholdet i bevisforbudet, og er derfor relevant ved fastleggelsen av innholdet i taushetsplikten.

2.2.5 Menneskerettighetskonvensjonen

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen er inkorporert i norsk rett etter menneskerettsloven § 2.¹⁹

Artikkel 8 i Den europeiske menneskerettskonvensjonen lyder følgende:

”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 og friheter.”

Bestemmelsen er bygget opp på den måten at det i første ledd beskrives hvilke interesser som skal vernes etter artikkelen. I annet ledd fremgår det at det i utgangspunktet ikke skal skje et inngrep i disse interesser, men det åpnes likevel for unntak dersom visse vilkår er oppfylt.

¹⁹ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr. 30, heretter kalt mrl

Det alternativ som det er nærliggende å forankre kallsmessig taushetsplikt i, er korrespondansealternativet i første ledd. Ordet ”korrespondanse” vil etter en naturlig forståelse tilsi kommunikasjon. Begrepet må ifølge Skoghøy tolkes teknologinøytralt. Det vil si at dersom bestemmelsen skal kunne nå sitt formål, kan korrespondansealternativet i artikkel 8 ikke være begrenset til å gjelde skriftlig korrespondanse, men må også omfatte annen form for fortrolig kommunikasjon. Fortrolig kommunikasjon med forsvarere må derfor under enhver omstendighet anses beskyttet av den overordnede rett til respekt for privatlivet.²⁰

EMK artikkel 8 er relevant i denne oppgaven fordi den tydeliggjør at taushetsplikten for forsvarere er en overordnet rett i vårt rettssamfunn. Fordi kallsmessig taushetsplikt inngår som en del av de interesser som er vernet etter artikkelen, vil også taushetsplikten ha et sterkere vern i norsk rett. Dette kan begrunnes med at bestemmelsene i EMK ved motstrid skal gå foran bestemmelser i norsk lovgivning, jf. mrl. § 3.

Det fremkommer også i EMDs avgjørelse Michaud mot Frankrike at konfidensialiteten mellom advokat og klient nyter et særlig sterkt vern etter artikkel 8. EMD uttalte følgende i avgjørelsen: *”The result is that while Article 8 protects the confidentiality of all ”correspondence” between individuals, it affords strengthened protection to exchanges between lawyers and their clients. This is justified by the fact that lawyers are assigned a fundamental role in a democratic society, that of defending litigants. Yet lawyers cannot carry out this essential task if they are unable to guarantee to those they are defending that their exchanges will remain confidential. (...)”*²¹

2.3 Advokatforskriften

Advokatforskriften er fastsatt med hjemmel i domstolloven kapittel 11.²² Forskriften gir generelle regler for advokatvirksomheten.

Den norske Advokatforening har i medhold av dl. § 224 fått hjemmel til å utarbeide ”nærmere regler for hva som anses som god advokatskikk”. I kapittel 12 i advokatforskriften er det samlet egne regler for god advokatskikk, og disse reglene har virkning som forskrift, jf. dl. §

²⁰ Skoghøy, ”Advokaters taushetsplikt og de korresponderende bevisforbud i tvisteloven § 22-5 og straffeprosessloven § 119”, Tidsskrift for Strafferett nr. 2/2012 s. 165-197, side 165

²¹ Michaud mot Frankrike, dom 6. desember 2012, saksnr. 12323/11 avsnitt 118

²² Lov om domstolene (domstolloven) 13. august 1915 nr. 5, heretter kalt domstolloven/dl.

224 annet ledd annet punktum.²³ Fordi reglene er inntatt i advokatforskriften, gjelder de alle advokater med virke i Norge, uavhengig av om vedkommende er medlem av Advokatforeningen eller ikke.

Regelen om taushetsplikt for advokater fremkommer i kapittel 12 punkt 2.3.2, som lyder følgende:

”En advokat skal overholde den taushetsplikt som han er pålagt gjennom lovgivningen.

Opplysninger advokaten blir kjent med i sitt virke som advokat, må behandles fortrolig også når opplysningene ikke omfattes av hans lovbestemte taushetsplikt. Plikten til fortrolighet er ikke tidsbegrenset”.

Bestemmelsen henviser til den taushetsplikt advokaten er pålagt gjennom ”lovgivningen”. Advokatforeningen har utarbeidet en egen kommentarutgave til Regler for god advokatskikk i Advokatforskriften kapittel 12, hvor det fremgår til punkt 2.3.2 at ”den sentrale lovbestemmelse som omhandler advokaters taushetsplikt er straffeloven § 211”.²⁴

2.4 Forarbeider

Det er relativt lite forarbeider til de bestemmelser som regulerer forsvarers taushetsplikt. Straffelovens bestemmelse om taushetsplikt har ingen forarbeider. Det finnes imidlertid noe forarbeider til reglene om bevisforbud i straffeprosessloven og tvisteloven, og disse forarbeidene vil bli brukt i den grad de er relevante for oppgaven.

I 2015 fremmet Advokatlovutvalget i NOU 2015:3 et forslag til ny advokatlov. Her ble taushetsplikten for forsvarere forutsatt lovfestet i en egen selvstendig bestemmelse. Utvalget går i dette forarbeidet gjennom dagens regelverk for advokater, herunder taushetsplikten, og foreslår revideringer av regelverket.²⁵ Forarbeidet har et eget kapittel 15 om taushetsplikten som gjelder for advokater og forsvarere i straffesaker. Her går utvalget gjennom flere

²³ Heretter kalt Regler for god advokatskikk eller RGA

²⁴ <https://www.advokatforeningen.no/advokatetikk/god-advokatskikk/kommentarutgaven/> (lastet ned 18.02.2018)

²⁵ NOU 2015:3 side 15

problemstillinger for taushetsplikten, og forarbeidet gir en god veiledning for hvilket innhold taushetspåbudet i strl. § 211 har.

Spørsmålet blir hvilken vekt en kan legge på et forarbeid til en lov som enda ikke er vedtatt. Ifølge Andenæs vil medlemmene av et lovutvalg eller de departementtjenestemenn som har arbeidet med et forarbeid, ikke ha noen lovgivningsmyndighet, og det vil derfor ikke være vanlig å regne dem blant våre "lovgivere".²⁶ Dette vil ha den konsekvens at hensynet til lovgiverviljen ikke vil stå like sterkt som et argument for å legge vekt på et forarbeid til en lov som enda ikke er vedtatt.

På den annen side vil lovforarbeidene i en viss utstrekning gi grunnlag for slutninger om hva lovgiver har ment eller hvilke innstillinger loven gir uttrykk for.²⁷ På denne måten skiller forarbeidet seg fra juridisk teori, og vil naturligvis ha større vekt enn et litteraturverk som omhandler det samme emnet. Forarbeidet er et av få som omhandler kallsmessig taushetsplikt etter strl. § 211, og gir en relativt ny og oppdatert utredning av regelen. Forarbeidet vil derfor ha relevans og betydelig vekt som rettskilde i denne oppgaven.

2.5 Rettspraksis

Det finnes ikke mye rettspraksis om forsvarers taushetsplikt. Den rettspraksis som finnes er vedrørende bestemmelsene om vitne- og beslagsforbud i strpl. § 119 og strpl. § 204.

Rettspraksis rundt prosessbestemmelsene vil gjennomgående bli brukt til å tolke innholdet i bestemmelsen i straffeloven om forsvarers taushetsplikt.

2.6 Disiplinærnemndas praksis

Disiplinærnemnda behandler klager over brudd på god advokatskikk og salærklager.²⁸ I og med at taushetsplikten og fortrolighetsplikten inngår i regler for god advokatskikk, vil nemndas avgjørelser være relevant som rettskilde når man skal avgjøre om det foreligger brudd på taushetsplikten eller fortrolighetsplikten.

Det finnes imidlertid få avgjørelser fra disiplinærnemnda som direkte omhandler brudd på taushetsplikten, de fleste avgjørelser omhandler brudd på fortrolighetsplikten. Avgjørelsene

²⁶ Andenæs, *Innføring i rettsstudiet*, 2. utgave, 1985, Grøndahl og Søn forlag AS, Oslo, side 79

²⁷ Andenæs, *Innføring i rettsstudiet*, 6. utgave, 2002, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo, side 125.

²⁸ NOU 2010:11 punkt 3.7.4 side 42

sier likevel noe om hvilke tilfeller som faller inn under brudd på taushetsplikten og fortrolighetsplikten. Det vil derfor være relevant å se på nemndas avgjørelser.

2.7 Retningslinjer for forsvarere

Advokatforeningen har laget egne retningslinjer for forsvarere. Det er retningslinjer som stiller alminnelige krav til forsvarlig og hederlig opptreden innen vedkommende yrke. Behovet for retningslinjene er fordi det oppstår problemstillinger i rollen som forsvarer som er ulike de situasjonene som oppstår i den generelle advokatpraksis.

Det fremgår av advokatforeningens nettsider at retningslinjene er en ”utdypning av Regler for god advokatskikk” og at det ”forutsettes (...) at retningslinjene legges til grunn av forsvarere som er medlemmer av Advokatforeningen”.²⁹ En kan etter dette legge til grunn at retningslinjene ikke er bindende rettslige normer, men således bare retningslinjer til forsvarere. De er ikke forankret noe annet sted enn på advokatforeningens egne nettsider, og vil dermed i utgangspunktet ha liten vekt som rettskilde. På den annen side er retningslinjene vedtatt av Representantskapet, og dette er et kompetent organ innenfor Advokatforeningen. Eckhoff legger til grunn at slike ”god skikk-normer” kan ha relevans ved avgjørelsen av mange slags spørsmål, selv om ingen lov gir anvisning på det.³⁰

Denne kilden vil ha særlig relevans i kapittelet om etiske konflikter som forsvarer kan møte på i sitt yrke. Advokatforeningen har laget egne retningslinjer for forsvarere akkurat fordi det ofte ”oppstår spørsmål om advokatens holdning i de spesielle situasjonene som kan oppstå i rollen som forsvarer”.³¹ Retningslinjene gir derfor forsvarer et godt utgangspunkt å forholde seg til i konfliktsituasjoner.

2.8 Juridisk teori

Forsvarers taushetsplikt er i utgangspunktet et relativt lite utforsket område. Det finnes derfor begrenset med juridisk teori. En kan imidlertid finne deler av temaet i et lite utvalg av juridisk litteratur.

²⁹ <https://www.advokatforeningen.no/advokatetikk/god-advokatskikk/retningslinjer-for-forsvarere/>, heretter kalt RFF (Lastet ned 21.01.2018)

³⁰ Eckhoff, *Rettskildelære*, Universitetsforlaget, Oslo, 2001, side 261

³¹ <https://www.advokatforeningen.no/advokatetikk/god-advokatskikk/retningslinjer-for-forsvarere/> (Lastet ned 04.03.2018)

Et eksempel er Svalheim, *Advokaters taushetsplikt*, 1996.³² Denne boken gir en generell fremstilling av advokaters taushetsplikt i henhold til strl. 1902 § 144 og prosessbestemmelsene. Boken er imidlertid forholdsvis gammel, og det vil være et moment som taler mot å tillegge den for stor vekt. Imidlertid er boken en av de få som tar for seg temaet, og en kan se i Høyesteretts praksis at den siteres ganske hyppig.³³ Dette tilsier at den bør tillegges større vekt.

Skoghøy har også skrevet en egen artikkel; ”Advokaters taushetsplikt og de korresponderende bevisforbud i tvisteloven § 22-5 og straffeprosessloven § 119” i 2013.³⁴ Skoghøy forsøker å klarlegge innholdet i taushetsplikten og hvilke unntak som er gjort for advokaters taushetsplikt. Artikkelen anvender strl. 1902 § 144 som utgangspunkt. Strl. § 2005 § 211 er en videreføring av bestemmelsen, og er ikke ment som en realitetsendring.³⁵ Skoghøys forståelse av lovteksten vil dermed ha relevans ved tolkningen av strl. 2005 § 211. Artikkelen vil ha stor vekt, spesielt da den er av oppdatert dato, men også fordi det er blitt referert til denne artikkelen i flere nyere rettsavgjørelser.³⁶

Boken *Juss og Etikk*, av Fanebust, Hall, Lie mfl. har også relevans som rettskilde i denne oppgaven.³⁷ Boken er delt opp i forskjellige artikler fra ulike forfattere. Artikkelen ”Aktuelle etiske problemstillinger sett fra forsvarsadvokatens ståsted” av Nadia Hall, er av betydning i fremstillingen av etiske problemstillinger i punkt 7 i oppgaven.

2.9 Reelle hensyn

2.9.1 Generelt

En rekke hensyn vil i stor grad spille inn ved fastleggelsen av reglene om taushetsplikt. Reelle hensyn vil ha stor vekt når innholdet i gjeldende strafferett skal bestemmes.³⁸ Den bestemmelse som danner utgangspunkt for den videre fremstilling er en straffebestemmelse,

³² Svalheim, *Advokaters taushetsplikt*, Universitetsforlaget, Oslo, 1996

³³ Herunder Rt-2012-1601, Rt-2006-1071, Rt-2008-504 og Rt-2004-1668

³⁴ Skoghøy, ”Advokaters taushetsplikt og de korresponderende bevisforbud i tvisteloven § 22-5 og straffeprosessloven § 119”, Tidsskrift for strafferett nr. 2/2013 s. 165-197

³⁵ NOU 2015:3 side 192

³⁶ Herunder Rt-2014-773, LB-2016-102209-1, LB-2015-147248, LB-2017-33994

³⁷ Fanebust, Hall, Lie mfl., *Juss og Etikk*, Universitetsforlaget, 3. utgave, 2005

³⁸ Eskeland, *Strafferett*, 4. utgave, 2015, side 512

og innholdet i denne har i hovedsak en vag og uklar ordlyd. Reelle hensyn er dermed av stor betydning for fastleggelsen av innholdet i regelen.

I det følgende gis det en oversikt over de viktigste hensynene som ligger bak forsvarers taushetsplikt.

2.9.2 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet står særlig sterkt på strafferettens område. Legalitetsprinsippet i strafferetten går i korte trekk ut på at handlingen må være omhandlet i et straffebud for at vedkommende skal kunne straffes. Prinsippet kommer klart frem i EMK artikkel 7, Grl. § 96 og strl. § 14.³⁹

For at en forsvarer skal kunne straffes for et brudd på taushetsplikten, stilles det altså et krav om at den straffbare handlingen er å finne i et tilstrekkelig klart straffebud.

2.9.3 Fortrolighet i klientforholdet

Det viktigste hensynet bak forsvarers taushetsplikt er fortrolighet i klientforholdet.⁴⁰

Begrunnelsen for at dette fortrolighetsforholdet er så viktig, er at klienten skal kunne ha en fri og beskyttet kommunikasjon med sin forsvarer. På denne måten kan forsvarer få de opplysninger som er nødvendige for å ivareta klientens interesser på best mulig måte.⁴¹ Dette sikrer også at forsvarer får et korrekt faktisk grunnlag for de råd han gir.

Det er videre grunn til å frykte at folk ville blitt tilbakeholdne med å oppsøke juridisk bistand dersom det ikke eksisterte et slik fortrolighetsforhold.⁴²

Taushetsplikten er særlig viktig på strafferettens område. Klientgruppen er som oftest personer i en meget ”presset” situasjon. De vil ofte ha et større behov for å kunne søke råd i full fortrolighet, og det er dermed viktig at taushetsplikten overholdes, jf. Rt-2010-1638 avsnitt 35. Det er viktig at klienten gir mest mulig fullstendig og riktig informasjon om saken til sin forsvarer, slik at forsvarer kan ivareta klientens interesser på best mulig måte.

³⁹ Kongeriket Norges Grunnlov, 17. mai 1814, heretter forkortet til Grunnloven/Grl.

⁴⁰ Rt-1999-1066, Rt-2004-1668, jf. Rt-2006-633 avsnitt 36

⁴¹ NOU 2009:15, side 342

⁴² NOU 2015:3 side 190

2.9.4 Vern av andre enn klientens interesser

Gjennom arbeidet for klienten får forsvarer kjennskap til en mengde opplysninger av privat karakter som kan gjelde andre enn klienten selv. I straffesaker vil det ofte tilflyte forsvarerne betydelige mengder personopplysninger om andre enn klienten.⁴³ Dette kan for eksempel være sensitiv informasjon om et seksuelt samleie, om et kjærlighetsforhold eller om et arbeidsforhold. I slike tilfeller er det behovet for å unngå spredning av slike personopplysninger eller sensitiv informasjon om tredjeperson som tilsier at forsvarer bør være underlagt taushetsplikt også om disse opplysninger.⁴⁴

2.9.5 Rettssikkerhet/rettspleie

Klienters rett til å søke rettsråd i fortrolighet er grunnleggende for vår rettsstat og rettspleie.⁴⁵ Taushetsplikten sikrer borgerne en reell adgang til juridisk bistand. For klienten er det særlig viktig at han kan ha fri flyt av informasjon med sin forsvarer uten å risikere at forsvarer så bringer opplysningene videre til påtalemyndigheten eller domstolen. Det er et grunnleggende prinsipp i vårt straffesystem at påtalemyndigheten har bevisbyrden i straffesaker.

Taushetsplikten er med på å gi en velfungerende rettspleie. Dersom klienten gir alt av informasjon om en straffbar handling til forsvarer, vil forsvarer kunne sikre et forsvarlig og ikke minst korrekt vurderingsgrunnlag for domstolene. Forsvarers taushetsplikt vil dermed kunne medvirke til at uskyldige ikke blir dømt til straff.⁴⁶

2.9.6 Personvern/rett til privatliv

Et annet viktig hensyn bak taushetsplikten er retten til privatliv og personvern. Denne retten er vernet både etter EMK artikkel 8 første ledd og Grunnloven § 102 første ledd.

Hvert enkelt menneske skal ha en egen privat sfære, hvor man skal unngå innblanding fra andre. Man skal kunne bestemme over opplysninger om seg selv, og dersom man kommer i en situasjon hvor man må gi informasjon om seg selv til sin forsvarer, så skal man ha en sikkerhet for at denne informasjonen blir behandlet med fortrolighet og respekt.

Taushetsplikten er med på å beskytte klientens intimsfære.

⁴³ NOU 2015:3 side 190

⁴⁴ NOU 2015:3 side 190

⁴⁵ NOU 2015:3 side 190

⁴⁶ Rt-2010-1683 avsnitt 33

2.9.7 Forbud mot selvinkriminering

Selvinkrimineringsvernet er ifølge norsk rettspraksis et grunnleggende rettsstatsprinsipp, og går ut på at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og har således ingen plikt til å bidra til egen straffellelse.⁴⁷ Ifølge EMD-praksis har vernet mot selvinkriminering blitt innfortolket som en del av ”rettferdig rettergang”-begrepet i EMK artikkel 6.⁴⁸ Utslag av regelen i norsk rett finner man i strpl. § 232 første ledd, som angir at mistenkte skal gjøres kjent med at han ikke har en plikt til å forklare seg før han blir avhørt under etterforskningen.

Forbudet mot selvinkriminering medfører at klienten ikke skal måtte gi en forklaring som senere kan medføre at han straffer ”seg selv”. Forbudet mot selvinkriminering ligger også i begrunnelsen for forsvarers taushetsplikt. Dette er særlig fordi klienten skal kunne ha åpen kommunikasjon med sin forsvarer uten at de betroede opplysningene senere kan bli brukt mot ham.

3 INNHOLDET I TAUSHETSPLIKTEN

3.1 Innledning

Straffeloven § 211 er den bestemmelsen som nærmest regulerer forsvarers yrkesmessige taushetsplikt.⁴⁹ Bestemmelsen viser at forsvarere i straffesaker kan straffes dersom de bryter en kallsmessig taushetsplikt, og den forutsetter således at det eksisterer en taushetsplikt for forsvarere i straffesaker. Det vil derfor være denne bestemmelsen som danner utgangspunktet for den følgende fremstillingen.

For forsvarere i straffesaker er utgangspunktet at man ikke har noen lovregulering av taushetsplikten ut over den som følger av straffelovens bestemmelse. Det er dermed forutsatt i forarbeidene at strl. § 211 er en nødvendig bestemmelse for de yrkesgruppene hvor det foreløpig ikke finnes noen nærmere generell lovregulering av deres taushetsplikt.⁵⁰ I NOU 2015:3 fremmet imidlertid advokatlovutvalget forslag om ny advokatlov hvor taushetsplikten

⁴⁷ Rt-1999-1269 side 1271

⁴⁸ Blant annet dom 25. januar 1993 Funke mot Frankrike (EMD-1984-10828), og dom 17. desember 1996 Saunders mot Storbritannia (EMD-1991-19187)

⁴⁹ NOU 2009:15 side 342

⁵⁰ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) side 75 og side 407

for forsvarere ble forutsatt lovfestet i en egen selvstendig bestemmelse. Inntil videre har det ikke skjedd noen utvikling på området, og strl. § 211 er fremdeles en såkalt ”midlertidig” bestemmelse som forutsettes opphevet når de nødvendige endringer i spesiallovgivningen er foretatt.⁵¹

Da det eksisterer få rettskilder som knytter seg direkte til strl. § 211, vil det være naturlig å tolke bestemmelsen ut fra de øvrige bestemmelser som regulerer taushetsplikten. I prosesslovene har man bestemmelser som indirekte regulerer taushetsplikten for forsvarere, jf. strpl. § 119 og tvl. § 22-5. Disse bestemmelsene henviser imidlertid til en regel om at retten ikke kan ta imot forklaring fra de yrkesgrupper som er nevnt i bestemmelsen, og er ifølge rettspraksis ”strengt tatt ingen taushetspliktbestemmelse for advokater (...)”.⁵²

Bestemmelsene i prosesslovgivningen vil imidlertid utfylle strl. § 211 på flere punkter, og det vil dermed bli henvist til rettskilder som er knyttet til prosessbestemmelsene for å kunne fastlegge innholdet i strl. § 211. Disse bestemmelsene må ifølge rettspraksis ”langt på vei sies å speile hverandre”.⁵³ I avgjørelsen det henvises til er det imidlertid tatt utgangspunkt i den gamle bestemmelsen i straffeloven 1902, og ikke til den nye bestemmelsen i straffeloven 2005. Dette vil imidlertid ikke ha noen betydning, da lovfesting av den nye straffebestemmelsen ikke er ment å utgjøre noen realitetsendring.⁵⁴

Rekkevidden av forsvarers taushetsplikt må etter gjeldende rett fastlegges på grunnlag av den objektive gjerningsbeskrivelsen i strl. § 211.⁵⁵

3.2 Omfanget av taushetsplikten

3.2.1 Taushetspliktens konkrete innhold

Ifølge strl. § 211 er det den som ”*uberettiget røper*” hemmeligheter som kan straffes etter bestemmelsen. For at det skal foreligge en straffbar handling, må handlingen dekke den objektive gjerningsbeskrivelsen.

⁵¹ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) kapittel 16 til § 211

⁵² Rt-2013-92 avsnitt 38

⁵³ Rt-2013-92 avsnitt 38

⁵⁴ NOU 2015:3 punkt 15.2.1.2 side 192

⁵⁵ Skoghøy, ”Advokaters taushetsplikt og de korresponderende bevisforbud i tvisteloven § 22-5 og straffeprosessloven § 119”, Tidsskrift for strafferett nr. 2/2013, Gyldendal, side 166

Ordlyden ”røper” sikter til at opplysninger blir gitt eller gjøres kjent for uvedkommende. Ifølge Norsk lovkommentar til straffeloven forutsetter ikke ”røper” at forholdet blir offentliggjort eller at et større antall personer får rede på det. Det er tilstrekkelig at en person som ikke har krav på å vite om forholdet, gjøres kjent med det.⁵⁶

Det finnes lite forarbeid og rettspraksis rundt bestemmelsen om forsvarers taushetsplikt. Det kan derfor være veiledende å lese bestemmelsen i lys av de regler som gjelder for andre yrker underlagt taushetsplikt etter samme bestemmelse, for eksempel leger. I forarbeid til helsepersonelloven fremgår det at taushetsplikten omfatter både en passiv plikt til å tie og en aktiv plikt til å hindre at opplysninger lekker ut.⁵⁷ De beste grunner taler for at det samme gjelder for forsvarers taushetsplikt. Da vil taushetspåbudet være utformet både som en passiv og en aktiv plikt.

Taushetspåbudet innebærer med andre ord en plikt til å sørge for at informasjonen verken direkte eller indirekte kommer til uvedkommende sin kunnskap. Et eksempel på at forsvarer røper informasjon direkte er ved muntlige eller skriftlige utsagn til tredjemann. Et eksempel på at informasjon røpes indirekte, er dersom forsvarer gir uvedkommende adgang til advokatkontorets dataanlegg ved å røpe det nødvendige passordet.⁵⁸

Det er imidlertid to krav som må være oppfylt for at en kan snakke om å straffbart røpe hemmeligheter.⁵⁹

Ifølge juridisk teori kreves det for det første at adressaten virkelig har mottatt opplysningene. Et eksempel på en situasjon hvor adressaten ikke har mottatt opplysningene, er dersom forsvarer har sendt en mail med informasjon om sin klient til uvedkommende. Denne mailen ender i søppelposten og vedkommende mottar dermed aldri opplysningene. I et slikt tilfelle har ikke adressaten ”virkelig” mottatt opplysningene.

For det andre kreves det at adressaten forstår budskapet. Dersom forsvarer røper hemmeligheter om sin klient til en som ikke forstår hva han sier, for eksempel dersom han

⁵⁶ Matningsdal, ”*Straffeloven. De straffbare handlingene. Kommentirutgave*”, Universitetsforlaget, 2017, side 312

⁵⁷ Ot.prp.nr.13 (1998-1999) side 85

⁵⁸ Svalheim, *Advokaters taushetsplikt*, 1996, Universitetsforlaget, Oslo, side 125

⁵⁹ Svalheim, (1996), side 125

røper hemmeligheter på norsk til en som ikke behersker norsk, eller til en som er psykisk utviklingshemmet og ikke forstår hva han prøver å forklare, vil forsvarer ikke kunne straffes, da alle elementene i gjerningsbeskrivelsen ikke er oppfylt. Forsvarer kan imidlertid i disse tilfeller straffes for forsøk, jf. strl. § 16, jf. strl. § 211.

Det stilles et krav om at røpingen må være ”uberettiget”. Ordlyden er uklar, og det er vanskelig å fastlegge innholdet i den. Ifølge forarbeidene må ordlyden forstås som en henvisning til den generelle rettsstridsreservasjonen som i og for seg må innfortolkes i ethvert straffebud.⁶⁰ Rettsstridig må forstås som ”en generell reservasjon fra lovgiverens side om at det ikke er meningen å ramme alle de tilfelle som ellers ville gå inn under beskrivelsen i straffebudet”.⁶¹ Ifølge juridisk teori siktes det med ordlyden ”rettsstridig” til atferd i strid med gjeldende rett.⁶²

Ettersom det kun er de uberettigede overtredelsene som vil medføre straff etter bestemmelsen, må man skille mellom tilfeller der det å røpe en hemmelighet er berettiget og der den ikke er det.

Forsvarer må ikke røpe hemmeligheter han ikke har ”rett” til å røpe. I de tilfeller hvor forsvarer er pålagt en opplysningsplikt etter andre bestemmelser i lovgivningen, vil det ikke kunne regnes som uberettiget dersom forsvarer røper hemmeligheter han er pålagt taushetsplikt om i strl. § 211. Det må imidlertid være klart at opplysningsplikten går foran taushetsplikten for at et brudd på taushetsplikten skal regnes som berettiget. Et praktisk eksempel på hvor et brudd på taushetspåbudet vil være berettiget, er etter strl. § 226. Bestemmelsen angir en opplysningsplikt for å hindre at uskyldige blir dømt eller straffet. Det fremkommer uttrykkelig av bestemmelsens første ledd siste punktum at opplysningsplikten går foran taushetsplikten.

Rettsstridsreservasjonen innebærer også at straffansvaret kan falle bort på grunn av straffrihetsgrunner. Relevante straffrihetsgrunner er nødrett eller nødverge etter strl. §§ 17 og 18. Dersom forsvarer må røpe hemmeligheter han er underlagt taushetsplikt om for å redde et liv, vil det ikke være straffbart etter strl. § 211, da handlingen må regnes som berettiget. En

⁶⁰ NOU 2015:3 punkt 15.2.1.2 side 192-193

⁶¹ Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave, 2004, side 155

⁶² Eskeland, *Strafferett*, 4. utgave, 2015, side 500

annen straffrihetsgrunn er samtykke. Det er ikke uberettiget å røpe hemmeligheter dersom den som har krav på hemmelighold har samtykket i at opplysningene gjøres kjent for andre.

3.2.2 Hvordan opplysningene må være ervervet

Ifølge ordlyden i strl. § 211 gjelder taushetsplikten for hemmeligheter som er ”betrodd” dem eller deres foresatte ”i anledning av stillingen eller oppdraget”. Virkefeltet er knyttet til opplysninger som er betrodd en yrkesutøver i en stilling eller et oppdrag. Det kan dermed legges til grunn at taushetsplikten må avgrenses mot privat kunnskap eller erfaring.

En naturlig forståelse av ordlyden ”betrodd” sikter til at man blir fortalt eller gjort kjent med noe i fortrolighet. Dette kan skje både ved muntlige utsagn og gjennom tilgang til skriftlige dokumenter. Denne ordlydsfortolkningen vil også støtte formålet med bestemmelsen, som er å verne fortroligheten mellom forsvarer og hans klient.

Den første problemstillingen som oppstår i forhold til om noe kan sies å være ”betrodd”, er om klienten selv må aktivere taushetsplikten. På den ene siden vil det kunne vanskeliggjøre saken dersom all informasjon klienten gir til forsvarer, automatisk vil være underlagt taushetsplikt. Klienten må da samtykke i at informasjonen deretter blir brukt i en eventuell rettssak eller blir meddelt andre. Det synes dermed lettere om klienten gir uttrykk for hvilken informasjon han ønsker at skal være underlagt taushetsplikt. På den annen side vil dette også kunne bli problematisk. Det vil få den betydning at klienten må tenke nøye gjennom på forhånd om informasjonen han gir skal holdes hemmelig. Dersom klienten mot all formodning ikke har tenkt godt nok gjennom om den informasjonen han gir skal holdes hemmelig, vil konsekvensen bli at informasjonen kan falle utenfor taushetsplikten. Ifølge juridisk teori vil dette resultere i en dårlig regel.⁶³ Svalheim mener at det er tilstrekkelig at klienten på bakgrunn av tillitsforholdet meddeler opplysninger til advokaten, og at det dermed ikke kan kreves at han i tillegg direkte eller indirekte gir pålegg om hemmeligholdelse.⁶⁴ Nyere juridisk teori har også sluttet seg til dette standpunktet.⁶⁵

Det kan også stilles spørsmål til hvordan forsvareren må ha fått kunnskapen. Strl. § 211 gjelder det som er ”betrodd” forsvarer. Ifølge juridisk teori vil ordlyden i utgangspunktet sikte

⁶³ Svalheim (1996), side 112

⁶⁴ Svalheim (1996), side 111

⁶⁵ Skoghøy (2013), side 172

til ”strengt fortrolige samtaler”. Dette er imidlertid en meget snever forståelse av begrepet, og konsekvensen blir at en mengde av den informasjon som forsvarer får fra klienten vil falle utenfor taushetsplikten.⁶⁶ I Rt-2006-1071 gjør høyesterett det klart at begrepet ikke bare omfatter informasjon gitt i fortrolige samtaler mellom klient og advokat. Førstvoterende viser her til et forarbeid til den gamle tvistemålsloven § 205, hvor det understrekes at begrepet ikke kan tas så bokstavelig.⁶⁷ I forarbeidet fremkommer det at ”betroelse kan ske ikke bare i ord, men ogsaa i gjerning (...)”.⁶⁸ Etter førstvoterendes syn må det som er betrodd bli det advokaten i egenskap av sitt yrke og som ledd i et klientforhold innhenter eller får tilgang til på vegne av klienten.⁶⁹ Et eksempel er saksdokumenter som forsvarer innhenter fra politi- og påtalemyndigheten på vegne av klienten. Disse dokumenter kan inneholde informasjon om andre enn klienten, for eksempel en medtiltalt, og slik informasjon må ifølge Høyesterett anses som opplysninger som er ”betrodd” forsvarer og derfor være omfattet av taushetsplikten.⁷⁰

Et annet spørsmål som oppstår ved tolkningen av betroelsesbegrepet, er om opplysninger fra tredjemann vil falle inn under taushetsplikten mellom klient og forsvarer. Dette var tidligere uavklart, men er nå avklart av Høyesterett i Rt-2013-92. Denne dommen angår vitneforbudet i strpl. § 119. I avsnitt 39 viser førstvoterende til Rt-2006-1071, som uttalte at det som er betrodd er ”det advokaten i egenskap av sitt yrke og som ledd i et klientforhold innhenter eller får tilgang til på vegne av klienten”. Førstvoterende forstår dette avsnittet på den måten at det ”også må omfatte opplysninger tredjemenn uoppfordret formidler til advokaten i vedkommendes egenskap av å ha et oppdrag for klienten”.⁷¹ Det er dermed på det rene at opplysninger fra tredjemenn regnes inn under taushetsplikten mellom klient og forsvarer. Det praktiske eksemplet er dersom forsvarer leier en privatetterforsker til å samle informasjon om saken for klienten. Informasjonen privatetterforskeren kommer med til forsvarer, vil automatisk falle inn under taushetsplikten mellom forsvarer og hans klient.

⁶⁶ Svalheim (1996), side 112

⁶⁷ Rt-2006-1071 avsnitt 20

⁶⁸ Ot.prp.1910 nr. 1 side 181-182

⁶⁹ Rt-2006-1071 avsnitt 22

⁷⁰ Rt-2006-1071 avsnitt 21

⁷¹ Rt-2013-92 avsnitt 40

Når det gjelder vilkåret om at hemmelighetene må være betrodd i anledning ”stillingen eller oppdraget” oppstår det noen problemstillinger.

Det er på det rene at rent private betroelser faller utenfor ordlyden i bestemmelsen. Det kan imidlertid være vanskelig å trekke grensen for når noe kan sies å være gitt i anledning av stillingen eller oppdraget, og når det ikke kan sies å være det.

Ifølge Norsk lovkommentar vil strl. § 211 omfatte alle opplysninger som gis advokaten i anledning av et oppdrag.⁷²

Ifølge rettspraksis til straffeprosessloven § 119, kreves det at det er en viss sammenheng mellom betroelsen og vedkommende sitt yrkesområde.⁷³

Etter Rt-1992-894 er bevisforbudet i strpl. § 119 begrenset til opplysninger som er gitt yrkesutøveren ”i deres kall”.⁷⁴ I denne dommen gjaldt saken en person som hadde henvendt seg til en psykolog for å fortelle at han satt inne med opplysninger om at det forelå videoopptak om angivelige overgrep på en tredjeperson. Vedkommende kjente psykologen på forhånd, og retten var av den oppfatning at formålet med samtalen ikke var å yte vedkommende personlig psykologisk bistand i noen form. Vedkommende var ikke en klient av psykologen, og ble heller ikke det ved en senere anledning. Retten kom dermed til at opplysningene som fremkom i samtalen ikke kunne sies å være omfattet av bevisforbudet i strpl. § 119. Lagmannsretten hadde tidligere uttalt ”at de aktuelle opplysninger ikke er betrodd D som psykolog. Vedkommendes henvendelse til D må forstås som en privat betroelse, som faller utenfor området for Straffeprosessloven § 119 første ledd ...”. Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens lovtolkning.⁷⁵

Det rettspraksis etter strpl. § 119 særlig sikter til ved begrensningen ”i deres kall” er at opplysningene må være gitt i anledning ”den egentlige advokatvirksomhet – juridisk bistand og rådgivning” i og utenfor rettergang.⁷⁶ Etter denne forståelsen vil dermed virksomhet som for eksempel eiendomsmegling eller formuesrådgivning som advokaten driver ved siden av

⁷² Matningsdal, *Straffeloven, De straffbare handlingene, Kommentartutgave*, 2017 side 313

⁷³ Rt-1992-894 side 896, Rt-1998-1891 side 1895, Rt-1999-911 side 916

⁷⁴ Rt-1992-894 side 895

⁷⁵ Rt-1992-894 side 896

⁷⁶ Rt-1999-911, Rt-2008-645 avsnitt 47, Rt-2010-1638 avsnitt 29

den juridiske bistanden falle utenfor bevisforbudet.⁷⁷ For forsvarere vil det imidlertid sjelden oppstå problemer ved denne avgrensningen, da et forsvareroppdrag sjelden innebærer slike virksomheter. Det kan imidlertid oppstå tilfeller hvor en forsvarer påtar seg slike oppdrag, men han vil da gjøre dette i egenskap av å være en vanlig advokat.

Strl. § 211 er gitt et videre område enn strpl. § 119. Det kreves ikke at informasjonen gis via ”den egentlige advokatvirksomhet” for at den skal være taushetsbelagt etter strl. § 211. Ifølge juridisk teori er det imidlertid et vilkår for at bestemmelsen skal få anvendelse, at vedkommende er blitt kontaktet i egenskap av å være advokat.⁷⁸ Om det kreves at det foreligger et klientforhold sies det imidlertid ikke noe om. Dersom man legger en formålsfortolkning av bestemmelsen til grunn, vil det imidlertid måtte kreves at det foreligger et klientforhold eller at det skal oppstå et klientforhold, for at noe kan sies å være betrodd advokaten i ”anledning av stillingen eller oppdraget”. Dette er fordi det er klientforholdet som skal vernes etter bestemmelsen.

3.2.3 Hvilke opplysninger som omfattes av taushetsplikten

Den type opplysning som etter strl. § 211 er omfattet av taushetsplikten er ”hemmeligheter”. Ordlyden sikter til informasjon man ønsker skal holdes fortrolig, eller en opplysning som bare noen bestemte personer vet om. Det kan også siktes til opplysninger av særlig sårbar og sensitiv karakter, som ikke egner seg å være til det offentliges kjennskap.

Det at bestemmelsen bruker ordlyden ”hemmeligheter”, tilsier at offentlig kjent informasjon ikke kan omfattes av taushetsplikten. Det siktes da til informasjon som er blitt gjort kjent gjennom media, men det kan også være informasjon i offentlige registre eller lignende. Samtidig er det i juridisk teori blitt påpekt at opplysninger som er ”åpenbart for enhver” vil falle utenfor taushetsplikten, typisk opplysninger som klienten signaliserer gjennom sitt utseende eller sin væremåte.⁷⁹

Det er ikke noe i ordlyden som tilsier at det må dreie seg om forhold av personlig eller sensitiv art. Ordlyden er generell, noe som tilsier at det dreier seg om hemmeligheter i alminnelighet.

⁷⁷ Skoghøy (2013), side 181

⁷⁸ Skoghøy (2013), side 172-173

⁷⁹ Svalheim (1996), side 102

En kan ved å se på andre bestemmelser om taushetsplikt lettere fastlegge omfanget av ordlyden ”hemmeligheter”. En kilde som er av særlig betydning her, da man har å gjøre med forsvarers taushetsplikt og dermed er på strafferettens område, er politi- og påtalemyndighetens taushetsplikt etter politiregisterloven § 23.⁸⁰ Etter denne bestemmelsens første ledd nr. 1 og nr. 2 dreier taushetsplikten seg om ”noens personlige forhold” og ”tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- og forretningsforhold”. Denne type informasjon må kunne leses inn i ordlyden ”hemmeligheter” i strl. § 211. Det synes naturlig at taushetsplikten for forsvarer har samme omfang som den politi- og påtalemyndigheten har, da de har å gjøre med mye av den samme type informasjonen og de samme mennesker. Klienten vil i stor grad være i kontakt med både politi- og påtalemyndigheten, samt sin egen forsvarer, i en straffesaksgang.

Et annet eksempel som underbygger at ordlyden skal ha et vidt omfang, er rettshjelperens taushetsplikt etter domstolloven § 218 tredje ledd. Her dreier det seg også om ”personlige forhold” og drifts- og forretningsforhold”. Det synes naturlig at taushetsplikten for en forsvarer og en rettshjelper har samme omfang. Dette er også klargjort i juridisk teori.⁸¹

Ifølge Skoghøy er det i tillegg en forutsetning for at det skal foreligge en ”hemmelighet” at den som har krav på hemmelighold, ikke ønsker at forholdet skal bli gjort kjent.⁸² Det kan imidlertid ikke stilles noe krav om at klienten har ytret et ønske om hemmelighold til sin forsvarer. Det avgjørende er om opplysningen er gitt under forutsetning om konfidensialitet. Det vil i utgangspunktet være lett for forsvarer å forstå hvilken type informasjon klienten ikke ønsker at skal videreformidles, særlig dersom det dreier seg om personlig, sensitiv eller ydmykende informasjon. Andre ganger vil det være vanskeligere å trekke denne grensen. I disse tilfeller vil fortrolighetsplikten i advokatforskriftens kapittel 12 punkt 2.3.2 annet ledd tilsa at advokaten bør forholde seg taus om alt som meddeles. Dette er fordi fortrolighetsplikten rekker lenger enn taushetsplikten, og vil omfatte alle opplysninger advokaten blir kjent med i sitt virke som advokat.

⁸⁰ Lov om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven) 28. mai 2010 nr. 16, heretter kalt politiregisterloven/politiregl.

⁸¹ Svalheim (1996), side 105

⁸² Skoghøy (2013), side 172

3.2.4 Hvem taushetsplikten gjelder for

Spørsmålet om hvem taushetsplikten gjelder for er det generelt enkelt å svare på.

Taushetsplikten gjelder for personer i bestemte pliktforhold.⁸³ De yrkesgrupper som er underlagt taushetsplikt er listet opp i bestemmelsen. Det fremgår uttrykkelig at ”forsvarere i straffesaker” har taushetsplikt, og bestemmelsen henviser til strpl. kapittel 9 om hvem som regnes som forsvarere.

En forsvarer vil i utgangspunktet være en advokat med advokatbevilling i medhold av dl. § 220, jf. strpl. § 95 annet ledd første punktum.

Spørsmålet blir om også andre enn advokater med advokatbevilling kan opptre som forsvarere. Det fremgår av strpl. § 95 annet ledd annet punktum at ”med særskilt tillatelse av retten kan en annen skikket person gjøre tjeneste”. Av Norsk lovkommentar til straffeprosessloven, fremgår det at dette for eksempel kan være en person med juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap, men uten advokatbevilling – som ut fra sakens art og omfang antas å kunne skjøtte vervet som forsvarer på tilfredsstillende vis.⁸⁴ Et eksempel er en professor ved universitetet som har mastergrad i rettsvitenskap, og som underviser i straffe- eller straffeprosessrett, men som ikke innehar en advokatbevilling. Professoren vil i utgangspunktet være særlig skikket til å påta seg et forsvareropdrag på grunn av den kunnskap vedkommende har på det aktuelle rettsområdet. Det er dermed på det rene at også andre enn de med advokatbevilling i særskilte tilfeller kan utnevnes som forsvarer.

Spørsmålet er om annen skikket person er underlagt taushetsplikt etter strl. § 211. Det vil stride mot formålet med bestemmelsen, og hele rettssystemet, dersom en ikke-advokat som opptrer som forsvarer, ikke er underlagt de samme plikter som en forsvarer med advokatbevilling er underlagt. Dette spørsmålet er langt på vei løst i juridisk teori, hvor det fremgår at en ikke-advokat som opptrer som forsvarer i en straffesak er spesielt pålagt taushetsplikt og unntatt vitneplikt etter de samme taushetspliktbestemmelser som advokater.⁸⁵

⁸³ Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett*, 2015, Fagbokforlaget, side 4

⁸⁴ Norsk lovkommentar til straffeprosessloven, Skaflem, note 524 (lastet ned fra rettsdata.no 29.01.2018)

⁸⁵ Svalheim (1996), side 39

Etter ordlyden i bestemmelsen i strl. § 211 gjelder også taushetsplikten for forsvarers ”hjelpere”. Det er umiddelbart tenker ved ordlyden ”hjelpere” er advokatfullmektiger. Advokatfullmektiger har ikke advokatbevilling, og har dermed ikke rett til å utøve advokatvirksomhet på egne vegne. Advokatfullmektigers taushetsplikt er derfor avhengig av at de er å anse som en advokats ”hjelper”.⁸⁶

Ifølge juridisk teori faller også advokaters kontorpersonele innenfor ordlyden ”hjelpere”, typisk advokatsekretærer. Også ikke-ansatte som anses som advokatens medhjelpere i lovens forstand, typisk en ekstern translatør, en økonom eller en privatetterforsker som forsvarer benytter i saken faller inn under ordlyden ”hjelpere”.⁸⁷

Disse ”hjelperne” er dermed på samme måte som forsvarer underlagt taushetsplikt etter strl. § 211, og kan straffes dersom taushetsplikten blir brutt.

3.2.5 Hvem som er vernet av taushetsplikten

Det fremkommer ikke uttrykkelig av strl. § 211 hvem som er beskyttet av taushetsplikten. Det fremkommer imidlertid direkte av ordlyden at det er forsvarere som er pliktsubjektet etter bestemmelsen. Et forsvareropdrag trer ikke i kraft før enten en fysisk eller juridisk person er mistenkt eller siktet for en straffbar handling, og dermed har behov for en forsvarer.⁸⁸ Dette tilsier at det er mistenkte, siktede, tiltalte eller domfelte som er vernet av bestemmelsen om taushetsplikt.

Ikke enhver henvendelse til advokat kan gi den som meddeler opplysninger krav på taushetsplikt. Ordlyden ”i anledning av stillingen eller oppdraget” tilsier at det må foreligge en form for klientforhold.⁸⁹

Det karakteristiske for et klientforhold er at det er inngått en avtale mellom en rettssøkende og en forsvarer om juridisk bistand. Ifølge juridisk teori må det imidlertid legges en nokså vid norm til grunn for hvem som er vernet av taushetsplikten.⁹⁰ Ifølge Svalheim må det korrekte være å se på den konkrete situasjon opplysningene er meddelt i for å fastlegge hvem som er

⁸⁶ Svalheim (1996), side 42

⁸⁷ Svalheim (1996), side 48

⁸⁸ NOU 2009:4 side 144

⁸⁹ Svalheim (1996), side 53

⁹⁰ Svalheim (1996) side 54

vernet av bestemmelsen. Dersom vedkommende har en berettiget forventning om å bli betraktet som klient på det tidspunkt og i den situasjonen opplysningene blir avgitt, vil vedkommende være vernet av bestemmelsen.⁹¹

Det er dermed på det rene at det er klienten som er vernet av den yrkesmessige taushetsplikten.

3.2.6 Overfor hvem forsvarer har taushetsplikt

Spørsmålet om hvem forsvarer har taushetsplikt overfor vil ved første øyekast være relativt enkelt å svare på. Selv om det ikke fremkommer uttrykkelig av strl. § 211 hvem forsvarer har taushetsplikt overfor, vil en naturlig forståelse av bestemmelsen tilsi enhver utenforstående.

Hvem som kan regnes som enhver utenforstående er først og fremst utenforstående tredjemenn, men også forsvarers familiemedlemmer, venner eller andre som kan regnes som hans ”nærmeste”, jf. strl. § 9 første ledd. Dette gjelder selv om forsvarer er skråsikker på at opplysningene ikke blir videreført. Det er faren for informasjonsflyt som er begrunnelsen for at bestemmelsen eksisterer, og derfor vil det virke kunstig dersom forsvarer straffritt kan røpe hemmeligheter om sin klient til sine nærmeste. Også andre personer som er underlagt taushetsplikt, for eksempel offentlige tjenestemenn, vil regnes som utenforstående. Det praktiske eksempelet er en politiadvokat som er underlagt taushetsplikt om det han i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om nærmere angitte opplysninger, jf. politiregl. § 23 første ledd. Hensynet til bevisbyrden i påtalemyndigheten, personvern og forbudet mot selvinkriminering er sterke grunner som taler for å ikke gi videre hemmeligheter til en politiadvokat, selv om påtalemyndigheten i utgangspunktet også er underlagt en taushetsplikt.

Det er imidlertid ikke slik at alle som ikke er klient av forsvarer er å regne som enhver utenforstående.

Klienten kan for eksempel selv gi samtykke til at andre kan innlemmes i saken, og dermed vil advokaten ha taushetsplikt overfor alle andre enn dem klienten uttrykkelig har sagt at ikke skal regnes som utenforstående.⁹² Dette kan for eksempel være klientens familiemedlemmer

⁹¹ Svalheim (1996) side 54

⁹² Svalheim (1996), side 130

eller andre personer klienten ønsker at skal ha informasjon om saken, for eksempel en psykolog.

Det er også tidligere redegjort for at forsvarerens hjelpere, herunder advokatfullmektiger, advokatsekretærer og andre forsvareren engasjerer til å gjøre et oppdrag for ham, har samme taushetsplikt som forsvareren selv. Det er dermed på det rene at forsvarer kan diskutere saken med disse, uten at det kan regnes som å ”røpe hemmeligheter” til uvedkommende.

Spørsmålet om forsvarer kan diskutere hemmeligheter som klienten har betrodd ham med andre advokater i samme advokatfirma er imidlertid mer problematisk. Forsvarer har gjerne et behov for å diskutere saken med kollegaer i samme firma dersom han for eksempel ikke har en advokatfullmektig som kan hjelpe ham med saken. Bestemmelsen sier ikke noe om at disse er underlagt taushetsplikt. Ser man problemstillingen i lys av formålet med bestemmelsen, taler det for at forsvarer ikke skal kunne diskutere saken med sine kolleger, da disse ikke er underlagt samme taushetsplikt som han selv er i den konkrete saken.

Utviklingen innen advokatbransjen aktualiserer imidlertid spørsmålet om en advokat er underlagt samme taushetsplikt for andre advokater ved samme kontor, som overfor helt utenforstående tredjemenn. Advokatvirksomheten har blitt til firmaer med samarbeid mellom flere advokater, kontra tidligere når man i stor grad drev med enkeltmannsforetak.⁹³ På den ene siden vil advokatfirmaet som oftest bli ansett som en helhet, og de som arbeider der har alle skrevet under på en taushetserklæring om at de ikke skal videreføre informasjon de får kunnskap om til utenforstående. Det praktiske er at det er en adgang til å hjelpe hverandre, men da bør det i så fall gjøres ved anonymisert form. Det virker imidlertid unødvendig og særlig vanskeliggjørende dersom man for eksempel trenger å anonymisere en tekst for at en kollega skal kunne lese den. De samme hensyn som gjør seg gjeldende for at forsvarerens medhjelpere er underlagt taushetsplikt, vil også gjøre seg gjeldende ved forsvarerens advokatkolleger. Det er i Norsk Sakførerblad fra 1962 gjort klart at ”det er åpenbart at en sakfører ikke kan forventes personlig å utføre ethvert arbeid som oppdraget fra klienten medfører, og at han, uten å konferere med klienten, har en selvfølgelig rett til å la seg bistå av de medarbeiderne han selv måtte velge (...).”⁹⁴ Uttalelsen om at forsvarer skal ha rett til å la seg bistå av ”de medarbeiderne han selv måtte velge” er for vid, og vil stride mot flere av

⁹³ Svalheim (1996), side 132

⁹⁴ Norsk Sakførerblad nr. 8-9/1962, side 194-195, sitert etter Svalheim (1996), side 134

hensynene bak taushetsplikten. De beste grunner taler derfor for å tolke uttalelsen på den måten at forsvarer kan la seg bistå av sine kolleger ved samme advokatkontor uten at det skal komme i konflikt med taushetsplikten.

Det kan også være veiledende å foreta en sammenligning av hvordan reglene er i forhold til andre yrkesgrupper som er underlagt samme taushetsplikt som forsvarere. Et praktisk eksempel er taushetsplikten som gjelder for helsepersonell. Ifølge hpl. § 25 første ledd kan ”taushetsbelagte opplysninger gis til samarbeidende personell når dette er nødvendig for å kunne gi forsvarlig helsehjelp”. Bestemmelsen forutsetter at pasienten ikke motsetter seg at opplysningene blir gitt videre til annet helsepersonell. Dersom leger kan gi taushetsbelagte opplysninger videre til samarbeidende helsepersonell, taler også de beste grunner for at forsvarere skal kunne be om hjelp fra sine advokatkollegaer dersom det kan gi et bedre og mer forsvarlig saksgrunnlag for klienten. Men i slike tilfeller bør det i hvert fall gjøres i klientens interesse, og ikke i forsvarerens egen interesse.

Alt i alt taler de beste grunner for at forsvarer skal kunne diskutere saken med sine advokatkollegaer uten at det kreves at dette gjøres i anonymisert form. Det burde imidlertid stilles som forutsetning at dette blir gjort i lys av klientens interesser, og at informasjonen som videreformidles gjøres på en profesjonell måte. Ifølge juridisk teori vil det være mindre grunn til å akseptere for eksempel sosialt sladder om en klients sak i en lunsjpause, enn dersom forsvareren ber en kollega om hjelp i den ”egentlige” arbeidstiden.⁹⁵

3.2.7 Har taushetsplikten noen tidsbegrensning?

Det finnes ingen uttrykkelige bestemmelser i lovgivningen som fastslår at forsvarers taushetsplikt opphører etter et visst antall år, slik den for eksempel gjør etter forvaltningsloven § 13c tredje ledd siste punktum.⁹⁶ Spørsmålet om taushetsplikten har noen tidsbegrensning må derfor løses etter andre rettskilder.

For at taushetsplikten skal være reell, må den bestå etter at klientforholdet er avsluttet. Det vil underminere hensynet bak taushetsplikten dersom den opphører idet man slutter å være klient hos en bestemt forsvarer, eller dersom man bytter forsvarer. Opplysninger man gir til

⁹⁵ Svalheim (1996), side 135

⁹⁶ Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) 2. februar 1967, heretter forkortet til fvl.

forsvarer skal altså anses beskyttet av taushetsplikten uten hensyn til om man har vedkommende som sin advokat lenger eller ikke.

Taushetsplikten må bestå også etter at forsvarer har avsluttet i sin stilling.⁹⁷ De samme hensynene vil spille inn her.

Spørsmålet om taushetsplikten består etter at klienten dør er mer problematisk. I eldre rettspraksis er det lagt til grunn at advokaters taushetsplikt består også etter at den som har krav på hemmelighold har avgått ved døden.⁹⁸

Nyere rettspraksis har også sluttet seg til dette synspunktet, men har konkludert med at det må foretas en helhetsvurdering i det konkrete tilfellet. I Rt-2006-633 avsnitt 36 mente førstvoterende at hensynet til å beskytte fortroligheten betyr som utgangspunkt at klienten i live også må ha en visshet om at opplysningene ikke bringes videre etter hans død. Ved dødsfall oppstår det imidlertid en ny situasjon, og det kan da foreligge sterke reelle grunner som tilsier at det gjøres unntak i avdødes taushetsplikt. De som trer inn i avdødes rettsforhold, vil for eksempel kunne ha behov for å få klarhet i forholdene. Tilsvarende gjelder der avdøde har foretatt disposisjoner som først aktualiseres ved dødsfallet, slik som ved testament og andre dødsdisposisjoner.

Høyesterett kom enstemmig frem til at det kan gjøres unntak fra taushetsplikten i tilfeller der fordelene ved unntaket er vesentlig større enn den krenkelse av fortroligheten mellom klient og advokat det vil dreie seg om. Det vil dermed måtte foretas en konkret helhetsvurdering av omstendighetene i det enkelte tilfellet. Det er flere momenter som vil være av betydning i denne vurderingen, herunder avdødes interesse og hans formodete vilje, de etterlattes interesser og standpunkt og advokatens oppfatning. Opplysningens karakter og formålet med bruken av opplysningene vil også være av betydning.⁹⁹ Det er dermed på det rene at det kan gjøres unntak fra taushetsplikten når klienten er avgått ved døden, dersom det etter en helhetsvurdering kan sies å foreligge vesentlig større fordeler ved et slikt unntak.

⁹⁷ Norsk Lovkommentar, Matningsdal, note 1195 til strl. 1902 § 144 (lastet ned fra rettsdata.no 02.02.2018)

⁹⁸ Rt-1983-430 side 438

⁹⁹ Rt-2006-633 avsnitt 37

4 UNNTAK FRA TAUSHETSPLIKTEN

4.1 Innledning

Det er tidligere lagt til grunn at taushetsplikten har et sterkt vern i norsk rett, da taushetsplikten går under korrespondanse-alternativet i EMK artikkel 8, jf. punkt 2.2.5. For at det skal kunne unntas fra denne taushetsplikten, stilles det visse krav som må være oppfylt etter EMK art. 8 nr. 2.

De formål som etter artikkel 8 nr. 2 kan begrunne inngrep i retten til respekt for sin korrespondanse er nasjonal sikkerhet, offentlig trygghet, landets økonomiske velferd, forebygging av uorden eller kriminalitet og beskyttelse av helse, moral og andres rettigheter eller friheter.

For at det skal kunne foretas et inngrep med et av disse formålene, stilles det et krav om at unntaket er å finne i en lovhjemmel som er tilstrekkelig presis og tilgjengelig.¹⁰⁰ I tillegg kreves det at inngrepet ut fra en avveining av de interesser som står mot hverandre, finnes så godt begrunnet at det må aksepteres som nødvendig i et demokratisk samfunn.¹⁰¹

Dersom disse kravene ikke er oppfylt, kan et unntak regnes å stride mot våre menneskerettslige forpliktelser. De momenter som er listet opp vil derfor gjennomgående være vurderingsmomenter i hvorledes et unntak kan sies å være i tråd med artikkel 8 nr. 2 eller ikke.

4.2 Samtykke fra den som har krav på hemmelighold

I utgangspunktet fremtrer taushetsplikten etter strl. § 211 som absolutt. Straffebudets rettsstridsreservasjon åpner imidlertid for en viss relativisering.¹⁰² Straffelovkommisjonen har i NOU 1983:57 side 122 gitt uttrykk for et alminnelig strafferettslig tolkningsprinsipp som lyder følgende: ”Ethvert straffebud må leses med reservasjonen for unntakstilfeller hvor handlingen etter en alminnelig sosialetisk vurdering bør være tillatt”.

¹⁰⁰ Rt-2012-608 avsnitt 48

¹⁰¹ Skoghøy (2013), side 169-170

¹⁰² NOU 2009:4 side 144

Det fremkommer ikke uttrykkelig av strl. § 211 at samtykke fra den som har krav på hemmelighold er et unntak fra taushetsplikten. En kan imidlertid lese ordlyden ”uberettiget” som et utgangspunkt for at samtykke fra den som har krav på hemmelighold kan være et unntak fra taushetsplikten. Dersom den som har krav på hemmelighold samtykker i at opplysninger meddeles videre til utenforstående, vil det heller ikke regnes som uberettiget å bryte taushetsplikten.

I prosesslovgivningen, nærmere bestemt i strpl. § 119 og tvl. § 22-5, er samtykke uttrykkelig gitt som et unntak fra bevisforbud. De beste grunner taler for at også strl. § 211 skal åpne for et unntak fra taushetsplikten ved samtykke fra den som har krav på hemmelighold.

Saksgangen blir betydelig vanskelig dersom klienten selv ikke kan fritta forsvarer fra taushetsplikten, særlig med tanke på sakens opplysning i retten. Også hensynet til den personlige autonomi vil spille inn her, da man som privatperson skal bestemme over opplysninger som angår seg selv.

En kan også ut fra alminnelige strafferettslige prinsipper lese samtykke som en ulovfestet rettmessighetsgrunn. Dersom den som er krenket av overtredelsen av straffebudet har samtykket i at forsvarer kan utføre handlingen i gjerningsbeskrivelsen, så kan heller ikke forsvarer straffes.

Det fremkommer i tillegg av en rekke høyesterettsdommer at samtykke fra den som har krav på hemmelighold er å regne som et unntak fra taushetsplikten, se blant annet Rt-2012-608 avsnitt 56.

Det er dermed på det rene at et samtykke fra klienten kan fritta forsvarer fra taushetsplikten etter strl. § 211.

Ordlyden ”samtykke” sikter til eksplisitt samtykke, nemlig det at man sier seg enig i noe. I Høyesterett er det imidlertid lagt til grunn at ”samtykke kan gis implisitt”.¹⁰³ Et eksempel på dette er dersom klienten gjennom sin adferd har gitt uttrykk for at han samtykker i at forsvareren røper hemmeligheter. I Rt-2012-608 var det spørsmål om advokaten, som følge av et implisitt samtykke, kunne inndrive salærkrav uten å bryte taushetsplikten. Ifølge Høyesterett kunne ikke dette anses som å bryte taushetsplikten, fordi man som klient, når man

¹⁰³ Rt-2012-608 avsnitt 56

engasjerer en advokat, samtidig pådrar seg en plikt til å betale advokatens salær. Ifølge førstvoterende ville det i dette allerede ligge en aksept av at en unnlattelse av å betale regningen ville kunne bli møtt med en rettslig inkasso fra advokatens side, selv om det ville innebære at klientforholdet ble opplyst for andre.¹⁰⁴

Om det stilles noen krav til samtykket for at det skal være gyldig er et annet spørsmål. Ifølge juridisk teori må det settes ”visse kvalitetsmessige krav til samtykket for at det skal få opphevende virkning”.¹⁰⁵

Et grunnleggende krav er at samtykket ikke er foranlediget av svik, tvang eller annen uredelighet.¹⁰⁶ I tillegg må samtykket være avgitt av en person med evne til å avgi forpliktende utsagn. Dessuten må det foreligge et informert samtykke.¹⁰⁷ Det vil si at den samtykkende har tilstrekkelig informasjon til å vite hva han utsetter seg for. Klienten må med andre ord forstå hva det innebærer å oppheve taushetsplikten ved et samtykke og hvilke konsekvenser det kan få.

Det naturlige er at samtykket innebærer at forsvarer får en rett, men ikke en plikt, til å gi opplysninger til andre. Det er forsvarers oppgave å vurdere om det er i klientens beste interesse at opplysningene blir kjent for andre. Det fremkommer blant annet av retningslinjer for forsvarere punkt 5.3 første punktum at ”forsvareren skal også når klientens samtykke foreligger behandle informasjon fra etterforskningen og sakens dokumenter med forsiktighet”.¹⁰⁸

4.3 Opplysningsplikt/Avvergingsplikt

4.3.1 Hindre at uskyldige blir dømt

Straffeloven § 211 har ingen unntak direkte nedskrevet i lovteksten. En kan imidlertid ut fra ordlyden ”uberettiget” lese at det kan gjøres unntak fra taushetsplikten i de tilfeller hvor det å røpe en hemmelighet kan sies å være ”berettiget”. Bestemmelsen har som tidligere sagt ikke

¹⁰⁴ Rt-2012-608 avsnitt 56

¹⁰⁵ Svalheim (1996), side 158

¹⁰⁶ Svalheim (1996), side 158

¹⁰⁷ Eskeland, *Strafferett*, 4. utgave, 2015, Cappelen Damm, side 269

¹⁰⁸ <https://www.advokatforeningen.no/advokatetikk/god-advokatskikk/retningslinjer-for-forsvarere/> (lastet ned 07.03.2018)

ment å fange opp alle tilfeller av brudd på taushetsplikten, bare de tilfeller som strider mot gjeldende rett.¹⁰⁹

Leser man lovteksten i lys av strpl. § 119, kan man se at det i strpl. § 119 tredje ledd er gjort unntak fra bevisforbudet i de tilfeller ”når forklaringen trengs for å forebygge at noen uskyldig blir straffet”. I lovteksten til strpl. § 119 henvises det til strl. § 226 som angår det samme. Det er naturlig at dette unntaket også gjelder for strl. § 211.

Etter strl. § 226 første ledd straffes den som ”unnlater å opplyse om omstendigheter som godtgjør at en som er tiltalt eller domfelt for en straffbar handling (...) er uskyldig” med bot eller fengsel i inntil 1 år. Bestemmelsens formål er å hindre justismord.

Det fremkommer uttrykkelig av første ledd siste setning at ”opplysningsplikten gjelder uten hensyn til taushetsplikt”. Bestemmelsen konstaterer altså en opplysningsplikt som går foran den yrkesmessige taushetsplikten i strl. § 211.

Bestemmelsen stiller krav om at den uskyldige må være ”tiltalt eller domfelt”. Det fremkommer av Norsk lovkommentar til straffeloven at ”opplysningsplikten er (...) betinget av at det faktisk er tatt ut tiltale eller er avsagt dom i saken”.¹¹⁰ Det er dermed ikke tilstrekkelig at vedkommende har status som siktet eller mistenkt etter strpl. § 82.

Det stilles videre et krav om at omstendighetene må ”godtgjør” at vedkommende er uskyldig. Ordlyden tilsier at det ikke er tilstrekkelig at opplysningene taler mot vedkommendes skyld. På den annen side kan det ikke kreves at opplysningene alene er avgjørende.¹¹¹

Det er sterkt i strid med hensynene bak det norske rettssystemet at man blir dømt til straff når man er uskyldig. Det er også ifølge våre folkerettslige forpliktelser viktig at en som blir siktet for en straffbar handling, skal antas ”uskyldig” inntil skyld er bevist etter loven, jf. EMK artikkel 6 nr. 2. Det å unngå at en uskyldig blir dømt til straff for en handling han ikke har begått, er et hensyn som går foran taushetsplikten for forsvarere. Unntaket vil også være i tråd med EMK artikkel 8 nr. 2 om å ”beskytte andres (...) friheter”. Det kan dermed sies at et

¹⁰⁹ Skoghøy (2013) side 174

¹¹⁰ Norsk lovkommentar til straffeloven 2005 til § 226 note 1488 (lastet ned fra rettsdata.no 20.02.2018)

¹¹¹ Norsk lovkommentar til straffeloven 2005 til § 226 note 1486 (lastet ned fra rettsdata.no 21.02.2018)

unntak fra taushetsplikten for å hindre at noen uskyldig blir dømt til straff er nødvendig i et demokratisk samfunn.

Det er dermed på det rene at forsvarer har anledning til å røpe ”hemmeligheter” som er betrodd ham i sin stilling eller via et oppdrag, dersom det for eksempel medfører at hans klient eller en annen blir frifunnet for en straffbar handling vedkommende ikke har begått.

Opplysningsplikten går likevel ikke foran taushetsplikten dersom den som ikke kunne fortelle sannheten ville ”utsette seg selv eller noen av sine nærmeste eller noen uskyldige for straff, fare for vesentlig tap av sosialt omdømme eller vesentlig velferdstap av annen art”, jf. strl. § 226 annet ledd.

4.3.2 Avverge alvorlige forbrytelser

Som det tidligere er redegjort for, kan man ut fra ordlyden ”uberettiget” i strl. § 211 lese at det kan gjøres unntak fra taushetsplikten.

Av strl. § 196 første ledd første punktum fremgår det at den som ”unnlater” gjennom anmeldelse eller på annen måte ”å søke å avverge en straffbar handling eller følgene av den” straffes med bot eller fengsel inntil 1 år. Bestemmelsen gir uttrykk for en såkalt avvergingsplikt.

Det presiseres i første ledd annet punktum at denne avvergingsplikten gjelder uavhengig av en eventuell taushetsplikt. Det fremkommer av Prop.116 L (2009-2010) side 19 at det rettslige grunnlaget for taushetsplikten er uten betydning. Det er dermed på det rene at denne plikten går foran den yrkesmessige taushetsplikt i strl. § 211. Hensynet til å verne om liv og helse og til å hindre omfattende materielle skader vil her veie tyngre enn taushetsplikten for yrkesutførere. Unntaket vil også være i tråd med våre menneskerettslige forpliktelser, jf. EMK artikkel 8 nr. 2.

Det stilles etter strl. § 196 et krav om at noen holder det som ”sikkert eller mest sannsynlig” at den aktuelle straffbare handlingen ”vil bli eller er begått”, for at avvergingsplikten skal inntre. Ifølge ordlyden må det foreligge en sannsynlighetsovervekt. Det må være mer sannsynlig at handlingen vil bli eller er begått, enn at den ikke blir eller er det, for at en avvergingsplikt skal inntre.

Det første alternativet ”vil bli (...) begått” sikter til situasjoner der det er selve gjennomføringen av den straffbare handlingen som avvergningen tar sikte på.¹¹² Alternativet ”er begått” relaterer seg til situasjoner hvor det kun er mulig å avverge følgene av den straffbare handlingen.¹¹³ Avvergingsplikten knytter seg altså til det tidspunktet hvor den straffbare handlingen eller dens følger *ennå* kan avverges. Dersom dette ikke er tilfellet, vil det heller ikke foreligge en plikt.

Avvergingsplikten gjelder kun bestemte straffbare handlinger og disse er listet opp i første ledd bokstav a til c. For eksempel er krenkelse av Norges selvstendighet og fred, jf. strl. § 111, og voldtekt, jf. strl. § 291, listet opp som noen av de straffbare handlinger som kan aktivere avvergingsplikten. En kan se at de straffbare handlinger som er listet opp gjennomgående er av alvorlig karakter. En plikt til å bryte taushetsplikten for å avverge *alvorlige* forbrytelser, vil være mer akseptert i et demokratisk samfunn, enn dersom det dreier seg om små og ubetydelige forbrytelser og forseelser.

Etter strl. § 196 tredje ledd vil ikke brudd på avvergingsplikten straffes dersom handlingen det er tale om å avverge ikke er kommet så langt som til straffbart forsøk, jf. bokstav a, eller dersom plikten ikke kan oppfylles uten å utsette seg selv, sine nærmeste eller noen uskyldig for siktelse eller tiltale eller fare for liv, helse eller velferd, jf. bokstav b.

4.4 Nødrett

Det må etter alminnelige strafferettslige prinsipper kunne gjøres unntak fra straff dersom vilkårene for nødrett etter strl. § 17 er oppfylt. Etter denne bestemmelsen vil en handling være unntatt straff dersom den blir foretatt for å ”redde liv, helse, eiendom eller annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte”, jf. bokstav a. Det stilles videre et krav i bokstav b om at ”skaderisikoen er langt større enn skaderisikoen ved handlingen”. Med andre ord må det foretas en interesseavveining mellom den kriminelle handlingen forsvarer ønsker å avverge mot hensynene bak taushetsplikten.

Det problematiske er at det ikke fremkommer uttrykkelig av strl. § 17 at den går foran taushetsplikten, og at det dermed ikke kan sies å foreligge en tilstrekkelig klar hjemmel for å unnta fra taushetsplikten etter strl. § 211. Spørsmålet er om nødrettsalternativet kan

¹¹² Matningsdal, Norsk lovkommentar til Straffeloven 2005, note 1330 (lastet ned fra rettsdata.no 04.03.2018)

¹¹³ Prop.116 L (2009-2010) side 19

innfortolkes som et unntak i lovteksten i strl. § 211. Det fremkommer av forarbeidet til straffeloven 1902 at ”rettsstridsreservasjonen i straffeloven 1902 § 144 [nå § 211] kan gjøre det straffritt å bryte taushetsplikten for å avverge straffbare forhold, selv om vilkårene i § 139 [nå § 196] ikke er oppfylt.”¹¹⁴ (min parentes). Det skulle tilsynelatende se ut til at forarbeidene sikter til nødrettsbestemmelsen i strl. § 17, selv om dette ikke sies eksplisitt.

I juridisk teori er det er lagt til grunn at det kan gjøres unntak fra taushetsplikten dersom vilkårene for nødrett i strl. § 17 er oppfylt.¹¹⁵ Skoghøy har i sitt tidsskrift brukt helsepersonelloven § 23 som en veiledning i vurderingen av hvor langt det på grunnlag av den alminnelige nødrettsbestemmelse er berettiget å gjøre unntak fra taushetsplikten. Etter hpl. § 23 nr. 4 er ikke taushetsplikten for helsepersonell til hinder for at opplysninger gis videre når ”tungtveiende private eller offentlige interesser gjør det rettmessig å gi opplysningene videre”. Etter Skoghøys oppfatning bør det på grunnlag av nødrettsprinsippet kunne gjøres unntak fra kallsmessig taushetsplikt i de tilfeller hvor forsvarers forklaring kan ha avgjørende betydning for sakens utfall, eller dersom tungtveiende private eller offentlige interesser gjør det berettiget å kreve at forklaring blir avgitt.¹¹⁶

4.5 Rapporteringsplikt etter hvitvaskingsloven

Et særlig viktig unntak fra advokaters taushetsplikt finnes i hvitvaskingsloven § 18 første ledd.¹¹⁷ Ifølge hvvl. § 18 første ledd har bestemte yrkesutøvere en rapporteringsplikt til Økokrim. Rapporteringsplikten inntreder dersom vedkommende har mistanke om at en transaksjon har tilknytning til utbytte av en straffbar handling, eller forhold som rammes av strl. §§ 131 til 136a, jf. hvvl. § 17 første ledd. Rapporteringsplikten er begrunnet i et ønske om å bekjempe økonomisk kriminalitet og å hindre finansiering av terrorvirksomhet.¹¹⁸

Hvem som er rapporteringspliktige etter bestemmelsen fremgår av lovens § 4, jf. § 2. Ifølge hvvl. § 4 annet ledd nr. 3 fremgår det at ”advokater og andre som ervervsmessig eller stadig yter selvstendig juridisk bistand” er rapporteringspliktige etter lovens § 18. Det er imidlertid

¹¹⁴ Prop.116 L (2009-2010) side 19

¹¹⁵ Skoghøy (2013), side 193

¹¹⁶ Skoghøy (2013), side 193

¹¹⁷ Lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv. (hvitvaskingsloven) 6. mars 2009 nr. 11, heretter kalt hvitvaskingslov/hvvl.

¹¹⁸ Ot.prp.nr.72 (2002-2003) side 19

et krav om at advokaten bistår eller opptrer på vegne av klienter ved ”planlegging eller utføring av finansielle transaksjoner eller transaksjoner som gjelder fast eiendom eller gjenstander med verdi over 40.000 kr”.

Spørsmålet er om forsvarere vil falle inn under denne ordlyden.

Ifølge avgjørelse fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) 6. desember 2012 er det flere faktorer som er viktige ved vurderingen av om forsvarer vil falle inn under ordlyden.¹¹⁹ EMD uttaler om den første faktoren at ”*The obligation to report suspicions therefor only concerns tasks performed by lawyers, (...) and not the role they play in defending their clients*”.¹²⁰

Som en kan se i avgjørelsen fra EMD gjelder rapporteringsplikten i utgangspunktet for advokater som driver med alminnelig advokatvirksomhet.

Vurderingen blir om forsvarer på lik linje med advokater er rapporteringspliktige. Forsvarer vil sjelden komme i situasjoner hvor han utfører finansielle transaksjoner eller transaksjoner som gjelder fast eiendom eller gjenstander for klienten. Forsvarer bistår med rettslig rådgivning og skal ivareta klientens interesser gjennom alle stadier av straffesaken.

Det følger av hvvl. § 18 annet ledd at det skal gjøres unntak fra rapporteringsplikten dersom advokaten får kjennskap til et forhold nevnt i hvvl. § 17 gjennom arbeidet med å fastslå klientens rettsstilling. I forarbeidene til hvitvaskingsloven presiseres det at ”bistand som ytes av en advokat, hvor advokaten gir rettslig rådgivning og ivaretar klientens interesser basert på rådgivningen, er unntatt rapporteringsplikt”.¹²¹

Dersom oppdraget anses som rettslig rådgivning, medfører formålsbestemt tolkning og hensynet til ikke å uthule taushetsplikten, at all bistand som gjennomføres som ledd i oppdraget, herunder transaksjoner, omfattes av unntaket fra rapporteringsplikten.¹²²

Rapporteringsplikten for forsvarere har ikke samme omfang som for vanlige advokater. Dersom forsvarer yter klienten hjelp med finansielle transaksjoner mv. som i utgangspunktet

¹¹⁹ Dom 6. desember 2012, Michaud mot Frankrike, saksnr. 12323/11

¹²⁰ Michaud mot Frankrike, avsnitt 126 flg.

¹²¹ NOU 2016:27 side 118

¹²² NOU 2016:27 side 118-119

faller utenfor hans forsvarerrolle, vil han opptre som en vanlig advokat. Han vil etter dette også være rapporteringspliktig etter hvvl. § 4, jf. § 2. Dersom forsvarer får kjennskap til eller mistanke om hvitvasking av penger gjennom sin rettslige rådgivning som forsvarer, vil han naturligvis være unntatt fra rapporteringsplikten etter hvvl. § 18 annet ledd.

For at unntaket fra taushetsplikten i hvitvaskingsloven § 18 skal være i tråd med EMK artikkel 8, har EMD også lagt til grunn at rapporteringen må gå gjennom en såkalt ”filtreringsmekanisme”. I Frankrike gikk for eksempel rapporteringen via “the President of Bar Council of the Conceil d’Etat”. I disse tilfeller mente EMD at “*professional privilege has not been breached*”, fordi advokaten rapporterte til en annen profesjonell aktør som var underlagt de samme regler og som var valgt frem av hans likemenn.¹²³

I Norge har vi ingen såkalt ”filtreringsmekanisme”. Advokater må rapportere til Økokrim, som er et organ underlagt politi- og påtalemyndigheten. Per dags dato er dermed ikke unntaket fra taushetsplikten i hvitvaskingsloven § 18 i tråd med våre menneskerettslige forpliktelser. I NOU 2016:27 har imidlertid utvalget foreslått at det skal innføres en forskriftshjemmel slik at det senere kan bestemmes at advokater skal rapportere gjennom et selvregulerende organ, for eksempel Advokatsamfunnet, slik at bestemmelsen i hvitvaskingsloven § 18 blir mer i tråd med EMK artikkel 8, og den korresponderende praksis fra EMD.¹²⁴

5 FORTROLIGHETSPLIKTEN

5.1 Fortrolighetspliktens innhold

Straffeloven § 211 stiller krav om at forsvarer skal bevare taushet om de ”hemmeligheter” som blir betrodd ham i anledning stillingen eller oppdraget. Utover denne plikten har også advokater og forsvarere en såkalt fortrolighetsplikt. Denne plikten gjelder alle opplysninger advokaten blir kjent med i sitt virke som advokat. Fortrolighetsplikten fremkommer av advokatforskriften kapittel 12 punkt 2.3.2 annet ledd, som lyder: ”*Opplysninger advokaten blir kjent med i sitt virke som advokat, må behandles fortrolig også når opplysningene ikke omfattes av hans lovbestemte taushetsplikt (...)*”.

¹²³ Michaud mot Frankrike, avsnitt 126-129

¹²⁴ NOU 2016:27 pkt. 6.5.3.3

Ordlyden tilsier at fortrolighetsplikten strekker seg lenger enn taushetsplikten.

Fortrolighetsplikten gjelder enhver opplysning advokaten blir kjent med i sitt virke som advokat. Det stilles ikke et krav til opplysningens art, eller at de er gitt advokaten i anledning stillingen eller oppdraget.

Fortrolighetsplikten kan imidlertid ikke strekkes for langt. Opplysninger som er offentlig tilgjengelig eller kjent av allmennheten vil naturligvis falle utenfor fortrolighetsplikten. I tillegg må opplysningene være mottatt av advokaten i tilknytning til advokatvirksomheten. Dersom advokaten får opplysninger som privatperson uten sammenheng med advokatvirksomheten, vil ikke opplysningene være beskyttet av fortrolighetsplikten.¹²⁵

Fortrolighetsplikten er i motsetning til taushetsplikten ikke absolutt. Forsvarer har adgang til å utvise et skjønn ved vurderingen av om en opplysning skal falle inn under fortrolighetsplikten eller ikke. Dette standpunktet underbygges av en avgjørelse fra Disiplinærnemnda, ADA-2005-D92, hvor nemnden uttalte følgende: ”Fortrolighetsplikten er ikke noe absolutt forbud mot å meddele en opplysning videre. Et faglig forsvarlig skjønn kan tilsi at meddelelse vil være riktig. Momenter ved denne vurderingen vil blant annet være opplysningenes art, hvem de gjelder og hvem de kommer fra. Opplysningene må ikke spres utover den krets som er nødvendig for å ivareta klientens interesser.”

Fortrolighetsplikten vil også kunne supplere taushetsplikten i strl. § 211. For at et brudd på taushetsplikt etter strl. § 211 skal kunne straffes, kreves det etter strl. § 21, jf. § 22 et krav om forsett. Etter denne bestemmelse vil altså ikke uaktsomme brudd på taushetsplikten kunne straffes. I ADA-2000-31A uttalte imidlertid Disiplinærutvalget følgende om fortrolighetsplikten i Advokatforskriften punkt 2.3.2 annet ledd: ”Det antas at denne bestemmelse kommer til anvendelse på uaktsomme overtredelser av taushetsplikten (...)”. Det vil med andre ord si at i de tilfeller hvor en forsvarer uaktsomt har brutt taushetsplikten etter strl. § 211, kan dette klages inn til Disiplinærnemnda som brudd på fortrolighetsplikten. Forsvarer vil dermed kunne få en disiplinærstraff av Disiplinærnemnda.

¹²⁵ ”Regler for god advokatskikk med kommentarer”, punkt 2.3.2 note 5

<https://www.advokatforeningen.no/advokatetikk/god-advokatskikk/komutgaven/Alminnelige-prinsipper/23-fortrolighet/> (lastet ned 05.03.2018)

6 BRUDD PÅ TAUSHETSPLIKTEN/ FORTROLIGHETSPLIKTEN

6.1 Straff etter straffeloven § 211

Det er fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at en forsvarer skal kunne dømmes til straff for overtredelse av strl. § 211.

For det første må det foreligge en straffbar handling. Denne handlingen må etter en objektiv vurdering representere en overtredelse av strl. § 211, det vil si at alle elementene i gjerningsbeskrivelsen må være oppfylt. Det vises om dette til punkt 3 i oppgaven.

For det andre må forsvareren ha utvist tilstrekkelig grad av subjektiv skyld. Etter den nye straffeloven skal det innfortolkes et krav om forsett i alle bestemmelser, med mindre det uttrykkelig fremgår noe annet av bestemmelsen, jf. strl. § 21, jf. § 22. Det fremgår ikke noe annet skyldkrav i strl. § 211, og en kan dermed legge til grunn at kun forsettlige handlinger kan straffes etter bestemmelsen.

For at forsvarer skal kunne dømmes til straff etter strl. § 211, må kravet til forsett være oppfylt, jf. strl. §§ 21, jf. § 22. Forsett foreligger når noen begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud med hensikt eller visshet, med sannsynlighetsovervekt, eller ved dolus eventualis, jf. strl. § 22 bokstav a til c.

Etter bokstav a vil forsettkravet være oppfylt dersom forsvarer med ”hensikt” uberettiget røper eller forsøker å røpe hemmeligheter til uvedkommende, jf. bokstav a. Det vil med andre ord si at forsvarer er klar over at han bryter taushetsplikten, og ønsker å gjøre dette.

Det neste alternativet som kan utløse forsettet er bokstav b, hvor det kreves at forsvarer har ”bevissthet” om at handlingen ”sikkert eller mest sannsynlig” dekker gjerningsbeskrivelsen. Ordlyden ”mest sannsynlig” sikter til at det må foreligge overvekt av sannsynlighet. Det er den sannsynlighetsgrad som gjerningspersonen regner med på handlingstidspunktet som er avgjørende.¹²⁶

¹²⁶ Rt-1966-698

Det siste tilfellet, er alternativet som kalles *dolus eventualis*, det eventuelle forsett, jf. bokstav c. Etter dette alternativet kreves det at forsvarer ”holder det mulig” at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og ”velger å handle” selv om det skulle være tilfellet. Ifølge rettspraksis til dette alternativet kreves det i tillegg en positiv innvilgelse. Med andre ord må man finne bevist at gjerningspersonen har tatt et positivt valg om å utføre den straffbare handlingen.¹²⁷

Forsettet må dekke alle objektive elementer av gjerningsbeskrivelsen.¹²⁸ Den objektive straffbare handlingen i strl. § 211 er ”uberettiget røper hemmeligheter som er betrodd dem eller deres foresatte i anledning av stillingen eller oppdraget.”

Det kreves for det første et krav om forsett om hvordan opplysningene er ervervet. Forsvarer må forstå eller anse det for overveiende sannsynlig at han opptrådte i stillings medfør da han mottok opplysningene og at opplysningene var betrodd hemmeligheter som noen hadde krav på å ha hemmeligholdt.¹²⁹ Dersom forsvarer for eksempel er av den oppfatning at opplysningene er meddelt til ham i et privat anliggende og utenfor hans stilling, vil han naturligvis ikke kunne straffes for å ha gitt videre slik informasjon etter strl. § 211.

I tillegg må det stilles et krav om at forsvarer forstod eller anså det for overveiende sannsynlig at han uberettiget røpte hemmeligheter. Dersom forsvarer for eksempel er av den oppfatning at den informasjon han gir videre er offentlig kjent, kan han ikke straffes for å uberettiget røpe opplysninger til uvedkommende. I denne situasjonen hadde ikke forsvarer et forsett om å røpe ”hemmeligheter”, da han var av den oppfatning at hans handling var berettiget. Et annet praktisk tilfelle er dersom forsvarer røper hemmeligheter fordi han er av den oppfatning at han har fått et samtykke fra klienten til å gjøre dette, selv om et slikt samtykke aldri har blitt gitt. I slike tilfeller kan en ikke si at forsvarer har handlet med forsett, da ingen av vilkårene i strl. § 22 bokstav a til c er oppfylt.

I begge tilfeller ovenfor kunne det imidlertid vært aktuelt med spørsmålet om uaktsomhet. Et krav om uaktsomhet fremgår imidlertid ikke av bestemmelsen, og kan heller ikke innfortolkes som et skyldkrav etter denne bestemmelsen. Det er dermed på det rene at rent uaktsomme

¹²⁷ Rt-1991-600 side 602, Rt-2004-1769 avsnitt 11

¹²⁸ Eskeland, *Strafferett*, 4. utgave, 2015, Cappelen Damm, side 307

¹²⁹ Svalheim (1996), side 126

handlinger ikke kan straffes etter strl. § 211. Det er imidlertid tidligere gjort klart at uaktsomme brudd på taushetsplikten kan betraktes som brudd på fortrolighetsplikten etter advokatforskriften kapittel 12 punkt 2.3.2 annet ledd, og forsvarer kan dermed ilegges disiplinærstraff.¹³⁰

Det tredje vilkåret er at forsvarer har vært tilregnelig på handlingstidspunktet, jf. strl. § 20. Forsvarer kan bare straffes i den grad evnen til å opptre skyldbetingende er i behold. Det vil imidlertid gå utenfor oppgavens tema å ta for seg disse problemstillinger, og en forutsetter derfor at forsvarer er tilregnelig.

Det siste vilkåret for straff er at det ikke kan ha foreligget noen rettmessighetsgrunn, straffrihetsgrunn eller straffbortfallsgrunn. Det kan med andre ord ikke foreligge omstendigheter ved handlingen som gjør den rettmessig eller uunnskyldelig. Dersom slike omstendigheter foreligger, kan ikke forsvarer straffes.

6.2 Disiplinærstraff etter advokatforskriften

Dersom en advokat har opptrådt i strid med god advokatskikk eller i strid med domstoloven eller annen lovgivning, kan det sendes inn en klage og saken bringes så inn for Disiplinærnemnda. Dette fremkommer uttrykkelig av dl. § 227 tredje ledd første punktum og advokatforskriften § 5-3 første ledd.

Regler for god advokatskikk finnes i advokatforskriften kapittel 12, hvor taushetsplikten og fortrolighetsplikten fremkommer av punkt 2.3.2. Det er dermed på det rene at dersom man klager på at forsvarer har brutt sin taushetsplikt i medhold av advokatforskriften kapittel 12 eller annen lovgivning, så kan saken bli behandlet av Disiplinærnemnda.

Det praktiske tilfellet hvor Disiplinærnemnda behandler klager, er der hvor forsvareren har brutt sin taushetsplikt, men forholdet ikke er alvorlig nok til at det blir tatt ut tiltale fra påtalemyndigheten, slik at saken bringes inn for domstolene. Ifølge advokatforskriften § 5-3 siste ledd kan ikke Disiplinærnemnda behandle saker som er brakt inn for domstolen.

Dersom Disiplinærnemnda finner at forsvarer har opptrådt i strid med god advokatskikk eller annen lovgivning, vil den mildeste reaksjonen være at advokaten meddeles kritikk, jf. dl. § 227 tredje ledd annet punktum. Disiplinærnemnda vil da konstatere at et brudd på reglene har

¹³⁰ ADA-2000-31A

funnet sted. Avgjørelsen vil være offentlig, jf. advokatforskriften § 5-3 annet ledd, og det vil dermed være en reaksjon som resten av omverdenen kan bli kjent med. Det er ikke et slikt omdømme man som forsvarer ønsker å ha, og reaksjonen kan derfor være særdeles problematisk for forsvareren i sitt virke.

Disiplinærnemnda kan videre beslutte at advokaten gis en irettesettelse, jf. dl. § 227 tredje ledd annet punktum. I de alvorligste tilfeller kan Disiplinærnemnda meddele forsvarer en advarsel, jf. dl. § 227 tredje ledd tredje punktum.

Reglene uttaler ikke hvilke overtredelser som kvalifiserer for de ulike reaksjonstyper, men dette kan en fastlegge etter Disiplinærnemndas praksis. Det finnes imidlertid lite praksis fra Disiplinærnemnda hvor det konstateres brudd på taushetsplikt for forsvarere. I de tilfeller hvor taushetsplikten blir nevnt, er det gjerne i sammenheng med andre regler.

I ADA-2017-D87 hadde Disiplinærnemnda ilagt advokaten irettesettelse som følge av at han hadde forklart seg uriktig i Fylkesnemnda. Saken omhandlet en advokat som hadde forklart seg uriktig i et forhandlingsmøte i Fylkesnemnda, som følge av at nemndleder ikke hadde godtatt hans henvisning til taushetsplikten og ved flere anledninger bedt advokaten forklare sin kontakt med sin klient. Advokaten mente at det var på grunn av klientens interesser at han forklarte seg uriktig. Disiplinærnemnda mente at den oppståtte situasjonen ikke ga advokaten anledning til å gi bevisst uriktige opplysninger.

I en annen sak, ADA-2016-179, kom Disiplinærnemnda til at advokatens brudd på taushets- og fortrolighetsplikt var i strid med Regler for god advokatskikk. Saken omhandlet en advokat som bistod en klient i forbindelse med spørsmål knyttet til klientens faste eiendom. På bakgrunn av klientens manglende betaling av forfalt salær spurte advokaten i forbindelse med en utleggsbegjæring om namsmannen skulle ta utlegg i klientens husleieinntekter. Advokaten hadde i forbindelse med dette vedlagt namsmannen kopi av husleieavtalene han hadde fått av sin klient. Disiplinærnemnda kom til at det var i strid med taushets- og fortrolighetsplikten å oversende namsmannen kopi av husleieavtalene, og meddelte advokaten kritikk.

6.3 Erstatningsansvar

Det kan tenkes at brudd på taushetsplikten kan medføre at forsvareren pådrar seg et erstatningsansvar overfor klienten. Et slikt erstatningsansvar er imidlertid ikke hjemlet i lov.

Domstolloven og Advokatforskriften forutsetter imidlertid at det kan oppstå et slikt ansvar. I domstolloven § 222 første ledd fremgår det at den som vil utøve advokatvirksomhet i eget navn skal stille sikkerhet. Sikkerheten skal hefte for ”erstatningsansvar vedkommende kan pådra seg under utøvelsen av advokatvirksomheten”. Det samme fremkommer av Advokatforskriften kapittel 12 punkt 3.6, hvor det står at ”advokaten skal til en hver tid være ansvarsforsikret mot erstatningskrav som retter seg mot hans yrkesutøvelse (...)”.

Det er dermed på det rene at forsvarer kan pådra seg et erstatningsansvar overfor klienten. Men etter langvarig rettspraksis stilles det krav om at tre kumulative grunnvilkår er oppfylt for at et erstatningsansvar skal kunne pålegges noen. Det må foreligge et økonomisk tap, et skyldansvar og en adekvat årsakssammenheng. Det er utenfor oppgavens rammer å gå nærmere inn på disse vilkårene.

6.4 Tilbakekall av advokatbevilling

Disiplinærnemnda har ikke anledning til å tilbakekalle advokatbevilling, men kan fremme forslag om at Advokatbevillingsnemnden trekker tilbake advokatens bevilling, jf. dl. § 227 tredje ledd siste punktum.

Advokatbevillingsnemnden kan kalle tilbake advokatbevilling etter dl. § 230 første ledd. Det mest aktuelle alternativet for tilbakekall av advokatbevilling ved brudd på taushetsplikten, er første ledd nr. 1. Tilbakekall kan her skje når advokaten gjør seg skyldig i forhold som gjør vedkommende ”uskikket eller uverdigg til å drive advokatvirksomhet”, eller som gjør at vedkommende ”mister den tillit som er nødvendig i yrket”. Ifølge Høyesterett er terskelen for å anvende bestemmelsen høy.¹³¹ Tilbakekall forutsetter at advokaten ”har utvist en opptreden som representerer et vesentlig avvik fra akseptabel advokatadferd”, jf. RG-2007-1582. Et brudd på taushetsplikten vil mest sannsynlig medføre at forsvareren mister den tillit som er nødvendig i hans yrke, og kan etter omstendighetene være nok til at hans atferd representerer et ”vesentlig avvik fra akseptabel advokatadferd”. En kan imidlertid ikke se eksempler på at det i rettspraksis er idømt tap av advokatbevilling på grunn av brudd på taushetsplikten.

Et annet alternativ som kan tenkes å gjøre seg gjeldende ved brudd på taushetsplikt er dl. § 230 femte ledd. Etter denne bestemmelsen vil advokatbevillingen tre ut av kraft for en tidsperiode dersom advokaten blir ”siktet for et lovbrudd som kan medføre tap av

¹³¹ Rt-2006-1435 avsnitt 31

advokatbevilling.” Det fremkommer ikke uttrykkelig hvilke bestemmelser som kan medføre tap av advokatbevilling, men dersom en ser bestemmelsens femte ledd i sammenheng med første ledd nr. 1, kan det tale for at brudd på taushetsplikt etter strl. § 211 er et tilfelle som ”kan medføre tap av advokatbevilling”. Det er dermed på det rene at dersom en forsvarer blir siktet for et brudd på taushetsplikten etter strl. § 211, så kan Advokatbevillingsnemnden bestemme at bevillingen skal tre ut av kraft inntil saken er endelig avgjort.

7 ETISKE PROBLEMSTILLINGER VED TAUSHETSPLIKTEN

7.1 Innledning

Det vil kunne oppstå en del etiske problemstillinger for forsvarer i hans virke. Disse problemstillingene oppstår som oftest på grunn av taushetsplikten som forsvarer har overfor sin klient. Det vil i det følgende foretas en kort vurdering av utvalgte etiske problemstillinger forsvarer kan møte på i sitt virke, og hvilke valg som vil være riktige å ta i slike situasjoner.

Forsvarers rolle er å være talerør for sin klient gjennom hele saksgangen, og skal ifølge Retningslinjer for forsvarere punkt 2.1 sikre at klienten ikke blir behandlet på utilbørlig måte, at klienten ikke unødvendig berøves friheten, at han ikke utsettes for umenneskelig behandling, at hans rettigheter under frihetsberøvelse ivaretas og at han gis en rettfærdig rettergang. Gjennom denne rollen vil forsvarer møte på en del etiske konflikter.

7.2 Konflikter som oppstår mellom forsvarer og klient

7.2.1 Innledning

Et etisk spørsmål som reiser seg i forbindelse med taushetsplikten mellom forsvarer og klient, er hva forsvarer gjør i en situasjon der klienten tilstår bare overfor ham, men nekter å tilstå overfor politiet og domstolen. Klienten kommer deretter med ønske om at forsvarer skal gjøre alt han kan for å få ham frifunnet. På grunn av taushetsplikten vil ikke forsvarer ha anledning til å gå videre med informasjon om at klienten er skyldig til politiet eller domstolen, og han ender derfor opp i en vanskelig situasjon.

Ifølge juridisk teori er det etisk riktig for forsvarer å råde sin klient til å tilstå overfor politiet og retten.¹³² Dersom klienten nekter å gjøre dette, vil forsvareren stå overfor to alternativer.¹³³ Det første alternativet er at forsvarer velger å fratre oppdraget, men da må dette gjøres uten at det skader klientens interesser eller at det er fare for at klienten kan utsettes for rettstap.¹³⁴ Det andre alternativet er at forsvarer velger å fortsette oppdraget, men må da prosedere i retten mot bedre viten med de konsekvenser det kan få for utførelsen.

7.2.2 Forsvarer kan fratre oppdraget

Dersom en klient tidlig under etterforskningen velger å tilstå overfor egen forsvarer, men nekter straffeskyld overfor politi- og påtalemyndigheten, er utgangspunktet at forsvarer bør velge å fratre oppdraget. Om forsvarer ønsker eller ikke ønsker å fortsette å representere klienten etter en slik tilståelse er i utgangspunktet uten betydning.

Hovedregelen er at en advokat plikter etter ”beste evne til å ivareta sine klienters interesser”, jf. RGA punkt 1.2 annet ledd. Denne oppgaven utføres ved at advokaten gir klienten råd og ivaretar hans interesser raskt, samvittighetsfullt og påpasselig.¹³⁵ Det kan stilles spørsmål med om en forsvarer kan oppfylle denne plikten, når han handler mot bedre vitende.

Det finnes egne regler i retningslinjer for forsvarere om akkurat slike tilfeller. I RFF punkt 6.1 annet ledd fremgår det at forsvarer har anledning til å frasi seg oppdraget dersom klienten tilstår bare overfor ham. Forsvarer kan imidlertid bare frasi seg oppdraget dersom dette kan skje uten at det skader klientens interesser, jf. RFF punkt 6.1 annet ledd.

En situasjon hvor en kan tenke seg at det å fratre oppdraget kan skade klientens interesser, er dersom forsvarer fratrer saken like før den skal inn for domstolene. Dette sender omverdenen det signal at det er noe som ikke er rett. Det kan også sende det budskapet at klienten har gjort straffbare handlinger som forsvarer ikke ønsker å representere, og dette vil igjen kunne skape et dårlig bilde av klienten for både politi, domstol og offentligheten generelt.

Dersom en forsvarer velger å frasi seg oppdraget, vil det etisk riktige være at forsvarer overfører saken til en annen forsvarer. Det må ikke gjøres på et tidspunkt som kan sette

¹³² Hall mfl., *Juss og Etikk*, 2005, Universitetsforlaget, side 162-163

¹³³ Hall mfl., (2005), side 163

¹³⁴ Regler for god advokatskikk punkt 3.1.6 siste avsnitt

¹³⁵ Regler for god advokatskikk punkt 3.1.2

klientens rettssikkerhet i fare, det betyr at det bør gjøres så tidlig i saksgangen som mulig. Dette fremkommer indirekte av RGA punkt 3.1.6 siste avsnitt. Det vil ofte være ubeleilig å frasi seg et oppdrag like før hovedforhandling. Det bør heller ikke rettes stor oppmerksomhet rundt forsvarerbyttet. Forsvareren må vurdere om det vil være skadelig for klienten å si fra seg oppdraget. Dersom et slikt advokatbytte er skadelig for klienten, er forsvareren forpliktet til å fullføre oppdraget etter beste evne.¹³⁶

7.2.3 Forsvarer kan velge å fortsette oppdraget

Dersom forsvarer velger å fortsette oppdraget, på tross av at han vet at klienten hans er skyldig, ender han opp med å måtte prosedere mot bedre viten i retten.

Forsvarer har en streng taushetsplikt, og kan straffes etter strl. § 211 dersom han ikke overholder denne taushetsplikten. Dersom forsvarer velger å fortsette å representere klienten sin selv om han vet at han er skyldig, kan han komme i en situasjon hvor han må snakke mot bedre viten i retten, samt holde tilbake deler av sannheten.

Selv om forsvarer ikke kan straffes for å oppgi uriktige opplysninger i retten, vil det fremdeles kunne være etisk uriktig å gjøre det. Forsvarer skal imidlertid ikke gi uttrykk for om klienten virkelig er skyldig eller ikke. Som det sies i juridisk teori vil det relevante i en straffesak være ”hva som er bevist, ikke den materielle sannhet”.¹³⁷ Forsvarers oppgave er å fremsette det beste forsvar som er mulig ut fra saksforholdet og innenfor lovens og etikkens rammer.

Det finnes mange regler for hvordan en forsvarer og advokater generelt skal opptre på vegne av klienten sin. Den viktigste regelen er gjerne at forsvarer ikke må tilskynde eller på annen måte medvirke til uriktig forklaring, falske bevis eller annen form for uredelighet, jf. RFF punkt 2.4.

Høyesterettsdommer Knut Blom sier også om forsvarers rolle at *”(...) han skal gjøre gjeldende alt det han kan tenke seg er til fordel for tiltalte. Men også her gjelder visse*

¹³⁶ Hall mfl. (2005), side 164

¹³⁷ Hall mfl. (2005), side 151

begrensninger. Forsvareren må holde seg til straffeprosessens regler og ikke gå utenfor disse. Og han må ikke bevisst søke å utvirke en frifinnelse som han vet er gal.”¹³⁸

Dersom forsvareren velger å fortsette oppdraget for klienten, bør dette skje i samråd med klienten. Klienten bør bli opplyst om hvilke etiske betenkeligheter som oppstår med at forsvarer velger å fortsette oppdraget, på tross av at prosessen må føres mot bedre vitende. Det viktigste er at forsvarer etter beste evne sørger for klientens rettsikkerhet og at forsvarergjeringen for øvrig er i tråd med de etiske retningslinjene.

7.3 Taushetsplikt i konflikt med domstolen

Flere av de samme type konflikter som oppstår mellom forsvarer og hans klient, vil også oppstå mellom forsvarer og domstolen i forhold til taushetsplikten.

Den generelle bestemmelsen som regulerer konflikten mellom den taushetsplikt forsvarer har overfor klienten og domstolen er strpl. § 119. Denne bestemmelsen gir uttrykk for et bevisforbud. Etter denne bestemmelsen kan retten ikke ta imot forklaring fra forsvarere i straffesaker om noe som er betrodd dem i deres stilling. For yrkesutøvere som har taushetsplikt om nærmere angitte opplysninger etter strl. § 211, vil strpl. § 119 inneholde et forbud mot bevisførsel. Taushetsplikten er således sterkere enn plikten til å vitne.

Problemet er imidlertid at bevisforbudet har et noe snevrere omfang enn taushetsplikten etter strl. § 211. Bevisforbudene gjelder bare for opplysninger som advokaten ”i egenskap av sitt yrke og som ledd i et klientforhold innhenter eller får tilgang til på vegne av klienten”.¹³⁹ Det vil dermed si at det bare er den informasjon advokaten får gjennom sin egentlige advokatvirksomhet som er underlagt bevisforbudet i strpl. § 119. Informasjon som en advokat har fått gjennom å være konkursbobestyrer, økonomiforvalter, formidler av pengetransaksjoner, økonomiforvalter, eiendomsmegler og lignende faller dermed utenfor bevisforbudet.¹⁴⁰ Slik informasjon vil fremdeles være underlagt taushetsplikt etter strl. § 211. Konsekvensen blir at opplysninger en advokat har fått i virksomhet som faller utenfor den egentlige advokatvirksomhet, ikke vil være underlagt bevisforbudet. Med andre ord vil det

¹³⁸ Knut Blom, ”Aktors og forsvarers stilling og oppgaver”, Oslo, side 8 (Lastet ned fra: http://jura.ku.dk/njm/28/28_17.pdf 22.02.2018)

¹³⁹ Rt-2006-1071, Rt-2012-868 og Rt-2012-1601

¹⁴⁰ Skoghøy (2013) side 181

dermed foreligge en vitneplikt for advokaten, med mindre det finnes en særlig hjemmel for annet.¹⁴¹ Advokaten står derfor i en særlig vanskeligstilt situasjon.

For forsvarere vil man sjelden komme i en slik situasjon, da forsvarerens arbeidsfelt for det meste går ut på det man kan kalle den ”egentlige advokatvirksomhet”, nemlig juridisk bistand og rådgivning. I ulike tilfeller kan man imidlertid komme i en situasjon hvor for eksempel klienten ber forsvarer om å overføre en pengetransaksjon til en konto på vegne av klienten, da han for eksempel selv sitter i varetektsfengsel og er ute av stand til å gjøre dette. Det kan også oppstå situasjoner hvor klienten ønsker at forsvarer skal være hans økonomiforvalter, da han ikke er i stand til å gjøre dette på egenhånd. Informasjonen forsvarer får gjennom disse arbeidsoppgavene på vegne av klienten, vil etter strpl. § 119 ikke falle inn under bevisforbudet, og konsekvensen blir som sagt at forsvarer har plikt til å vitne om disse forholdene.

Regler for god advokatskikk har egne regler for å unngå at forsvarer kommer i en situasjon hvor han har plikt til å vitne om et forhold som i utgangspunktet er underlagt taushetsplikt etter strl. § 211. I punkt 3.2.1 fremgår det at en advokat ikke skal påta seg oppdrag hvis det som følge av oppdraget ”oppstår risiko for brudd på advokatens lojalitet og fortrolighet overfor klientene”.

Det etisk riktige er at forsvarer holder seg til den virksomheten som angår rådgivning og juridisk bistand på vegne av sine klienter, og søker å unngå å ta på seg oppdrag utenfor dette som kan komprimere hans lojalitet og fortrolighet overfor klienten. På denne måten unngår også forsvarer å måtte vitne mot sin egen klient i retten.

7.4 Taushetsplikt i konflikt med media

Forsvarer har naturligvis som alle andre yringsrett til media eller offentligheten. Dette har forsvarer i kraft av å være menneske etter grunnloven § 100 første ledd. I noen tilfeller kan det være helt i tråd med forsvarergjerningen å sikre det som anses som et gunstig inntrykk i media for forsvarers klient. Det er imidlertid noe annet om det er hensiktsmessig å uttale seg som forsvarer til media.

¹⁴¹ Skoghøy (2013), side 181-182

Det finnes en del begrensninger i ytringsfriheten. De lovbestemte begrensningene er taushetsplikten som er regulert i strl. §§ 211, 209 og strpl. §§ 119 og 106a. Disse reglene setter en skranke for hva forsvarer har anledning til å uttale seg om i media.

Det følger av en del lovfestede og ulovfestede normer at det kan være grunn til ikke å uttale seg i media som forsvarer. Ytringsretten må benyttes på en slik måte at fortrolighetsplikten ivaretas. Det fremgår for det første av advokatforskriftens kapittel 12 punkt 2.3.2 (2) at opplysninger som ikke omfattes av advokatens lovbestemte taushetsplikt likevel ”må behandles fortrolig”. Det fremgår videre av Retningslinjer for forsvarere punkt 5.1 første punktum at klientens samtykke bør i alminnelighet innhentes før forsvareren uttaler seg om saken. I tillegg fremgår det av siste punktum i samme punkt at forsvareren skal respektere dersom klienten ikke ønsker at forsvarer skal uttale seg i media.

Forsvarer bør i utgangspunktet være tilbakeholden med å uttale seg i media om klientens situasjon i en straffesak. En uttalelse i media kan komme i konflikt med forsvarers taushetsplikt og hensynet til klienten.

Ifølge retningslinjer for forsvarere punkt 5.1 bør klientens samtykke alltid innhentes før forsvareren uttaler seg om saken. Dette gjelder ikke dersom hensynet til klienten nødvendiggjør at forsvareren uttaler seg uten forhåndsgodkjenning.

En situasjon hvor et slikt unntak kan være aktuelt, er dersom det er behov for en balansering i media. I tilfeller hvor media stiller klienten i et ”negativt” lys, og politiet bidrar til å rette søkelyset på klientens skyld, kan det være et behov for forsvarer å uttale seg om klientens uskyld i media. En person skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven, jf. EMK art. 6 (2). Klienten skal ikke fremstilles på en måte som kan medføre at han blir skyldstempelt før det er avsagt en dom i saken. Dersom forsvarer i slike situasjoner er nødt til å balansere synspunktet allmennheten har på klienten, så er det dette som er det etisk riktige.

8 AVSLUTNING

8.1 Rettspolitisk vurdering

Forsvarers taushetsplikt har ingen selvstendig lovbestemmelse per dags dato. Dette medfører vesentlige ulemper. Det er vanskelig å kunne forutberegne sin rettsstilling i en så generell og vag bestemmelse som strl. § 211, både i henhold til hvilket innhold taushetsplikten har og når

den aktiveres. Gjerningsbeskrivelsen er knapp, og det finnes lite praksis og forarbeid som gir uttrykk for hvilket innhold taushetsplikten har.

Taushetsplikten for forsvarere er ikke selvstendig forankret, og den nåværende bestemmelsen er for generelt utformet. Dette kan medføre at taushetsplikten gir uttrykk for å være et prinsipp, og et prinsipp kan være vanskeligere å håndheve enn en positiv lovhjemmel. En ulempe med dette kan være at det kan bli lettere å unnta fra taushetsplikten enn når den ikke har en selvstendig positiv lovhjemmel som fastsetter en streng taushetsplikt.

Forsvarers taushetsplikt er forutsatt lovfestet i egen bestemmelse i ny straffeprosesslov § 3-10, jf. NOU 2016:24 side 30. Bestemmelsen skal etter forslaget lyde følgende:

”(1) Forsvareren og andre i forsvarerens tjeneste plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det vedkommende i saken får vite om

- a) noens personlige forhold, eller*
- b) tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å holde hemmelig av hensyn til den opplysningene angår*

(2) Taushetsplikten er ikke til hinder for at opplysningene brukes i den utstrekning det er nødvendig for å ivareta mistenktes interesser i saken.”

Lovforslaget har et bredere nedslagsfelt enn strl. § 211, da det ikke lenger settes som betingelse at det må dreie seg om ”hemmeligheter”. Det fremkommer av forarbeidet at forsvarerens taushetsplikt vil omfatte all informasjon forsvareren får i forbindelse med oppdraget, uavhengig av form eller hvem informasjonen mottas fra.¹⁴² I tillegg er unntaket fra taushetsplikten noe videre enn det som gjelder for strl. § 211 og strpl. § 119, da man kan bryte taushetsplikten i den utstrekning det er ”nødvendig for å ivareta mistenktes interesser i saken”.

Når bestemmelsen trer i kraft vil en overtredelse av taushetsplikten kunne straffes etter straffeloven § 209.¹⁴³ Dette er fordi man ønsker at ”alle former for lovbestemt taushetsplikt bør rammes av én generell straffebestemmelse om brudd på lovbestemt taushetsplikt.”¹⁴⁴ At

¹⁴² NOU 2016:24 side 553

¹⁴³ NOU 2016:24 side 553 og NOU 2015:3 side 228

¹⁴⁴ NOU 2015:3 side 228

det er strl. § 209 som vil ramme brudd på taushetsplikten, vil ha den konsekvens at straffansvaret utvides, da også grovt uaktsomme brudd på taushetsplikten vil rammes av bestemmelsen.¹⁴⁵

Foreløpig er det ikke fastsatt et tidspunkt for når den nye straffeprosessloven trer i kraft. Den er fortsatt under revideringer og flere høringsinstanser har levert sine høringsvar til lovforslaget. Det er imidlertid rettet en del kritikk mot lovforslaget. Professor dr juris Anne Robberstad mener at Straffeprosessutvalget har brukt for liten tid til å utarbeide et forsvarlig lovforslag. Hun påstår at to år og fire måneder er ”alt for kort tid til et forsvarlig grunnlag for en helt ny straffeprosesslov”. Hun underbygger dette med at forrige lovkomité brukte 12 år på å avgi sin innstilling i 1969.¹⁴⁶ Advokatforeningen og Juristforbundet på sin side mener at helhetsinntrykket på lovforslaget er godt og vel utarbeidet, men har visse innvendinger til noen punkter av forslaget.¹⁴⁷ Politiets fellesforbund er på sin side kritiske til utvalgets behandling av problemstillinger som berører integrert påtale.¹⁴⁸ En kan imidlertid ikke se at det er rettet noe direkte kritikk til reglene om taushetsplikt for forsvarer.

En kan dermed legge til grunn at det er nødvendig med en selvstendig lovbestemmelse på området. Det er behov for en bestemmelse som synliggjør både taushetsplikten og det korresponderende bevisforbudet.¹⁴⁹

¹⁴⁵ NOU 2015:3 side 228

¹⁴⁶ <https://www.jus.uio.no/ior/personer/vit/annero/dokumenter/horingsuttalelse-anne-robberstad.pdf> (lastet ned 28.03.2018)

¹⁴⁷ <http://www.advokatbladet.no/2017/06/ny-straffeprosesslov-bryter-med-muntlighetsprinsippet/> og <https://www.juristforbundet.no/globalassets/dokumenter/politikk/horinger/politijuristene/horingsuttalsels-ny-straffeprosesslov-nou-2016-24.pdf> (lastet ned 28.03.2018)

¹⁴⁸ <https://www.pf.no/temaomrader/straffeprosess> (lastet ned 29.03.2018)

¹⁴⁹ NOU 2015:3 side 219

Kildeliste

Lover:

Grunnloven	Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814
Straffeloven 1902	Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) 22. mai 1902 nr. 28
Domstolloven	Lov om domstolene (domstolloven) 13. august 1915 nr. 5
Forvaltningsloven	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) 10. februar 1967
Straffeprosessloven	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) 22. mai 1981 nr. 25
Menneskerettsloven	Lov om styrking av menneskerettigheters stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr. 30
Helsepersonelloven	Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) 2. juli. 1999 nr. 64
Straffeloven 2005	Lov om straff (straffeloven) 20. mai 2005 nr. 28
Tvisteloven	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17. juni 2005 nr. 90
Hvitvaskingsloven	Lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv. (hvitvaskingsloven) 6. mars 2009 nr. 11
Politiregisterloven	Lov om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven) 28. mai 2010 nr. 16

Forskrift:

Påtaleinstruksen	Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen) 28. juni 1985 nr. 1679
Advokatforskriften	Forskrift til domstoloven kapittel 11 (advokatforskriften) 20. desember 1996 nr. 1161

Internasjonale konvensjoner:

EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjonen. Vedtatt 4. november 1940
Wien-konvensjonen	Vienna Convention on the Law of Treaties. Vedtatt 23. mai 1969

Forarbeider:

Ot.prp.1910 nr.1	Om utfærdigelse av love om domstolene og om rettergangsmaaten i tvistemaal. 30. desember 1909
Ot.prp.nr.13 (1998-1999)	Om lov om helsepersonell mv. (helsepersonelloven). 13. november 1998
Ot.prp.nr.72 (2002-2003)	Lov om tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger mv. (hvitvaskingsloven). 11. april 2003
Or.prp.nr.51 (2004-2005)	Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven). 4. mars 2005
Ot.prp.nr.22 (2008-2009)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning). 19. desember 2008

Prop.116 L (2009-2010)	Endringer i domstolloven (ekstraordinære valg til lekdommerutvalgene m.m.) og straffeloven 1902 (avvergningsplikt). 30. april 2010
NOU 1983:57	Straffelovgivningen under omforming. Straffekommisjonens delutredning I. 4. november 1983
NOU 2009:4	Tiltak mot skatteunndragelser. 24. februar 2009
NOU 2009:15	Skjult informasjon – åpen kontroll. Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker. 26. juni 2009
NOU 2010:11	Nemndsbehandling av forbrukstvister. 29. november 2010
NOU 2015:3	Advokaten i samfunnet. Lov om advokater og andre som yter rettslig bistand. 19. mars 2015
NOU 2016:24	Ny straffeprosesslov. 3. november 2016
NOU 2016:27	Ny lovgivning om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering II. Andre delutredning. 16. desember 2016

Rettsavgjørelser:

Høyesterett:

RG-2007-1582

Rt. 1966 side 698

Rt. 1983 side 430

Rt. 1991 side 600

Rt. 1992 side 894

Rt. 1998 side 1891

Rt. 1999 side 911

Rt. 1999 side 1066

Rt. 1999 side 1269

Rt. 2004 side 1668

Rt. 2004 side 1769

Rt. 2006 side 633

Rt. 2006 side 1071

Rt. 2006 side 1435

Rt. 2008 side 504

Rt. 2008 side 645

Rt. 2010 side 1683

Rt. 2012 side 608

Rt. 2012 side 868

Rt. 2012 side 1601

Rt. 2013 side 92

Rt. 2014 side 773

Lagmannsretten:

LB-2015-147248 (Borgarting lagmannsrett)

LB-2016-102209 (Borgarting lagmannsrett)

LB-2017-33994 (Borgarting lagmannsrett)

Disiplinærnemnda:

ADA-2000-31A

ADA-2016-179

ADA-2017-D87

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen:

Dom 25. April 1978, Tyrer mot Storbritannia, saksnr. 5856/72

Dom 22. Oktober 1981, Dudgeon mot Storbritannia, saksnr. 7525/76

Dom 7. juli 1989, Soering mot Storbritannia, saksnr. 14038/88

Dom av 25. Januar 1993, Funke mot Frankrike, saksnr. 10828/84

Dom 17. Desember 1996, Saunders mot Storbritannia, saksnr. 19187/91

Dom av 6. Desember 2012, Michaud mot Frankrike, saksnr. 12323/11

Juridisk litteratur:

- Andenæs, Johs. *Innføring i rettsstudiet*, 2. utgave, Grøndahl og Søn forlag AS (Oslo 1985)
- Andenæs Johs. *Innføring i rettsstudiet*, 6. utgave, Cappelen Akademisk Forlag (Oslo 2002)
- Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 5. utgave, Universitetsforlaget (2004)
- Auglend/Mæland *Politirett*, 3. utgave, Gyldendal (Bergen 2016)
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*, 5. utgave, Universitetsforlaget (Oslo 2001)
- Fanebust, Hall, Lie mfl. *Juss og etikk*, 3. utgave, Universitetsforlaget (2005)
- Matningsdal, Magnus *Norsk spesiell strafferett*, 2. utgave, Fagbokforlaget (Bergen 2015)
- Matningsdal, Magnus *Straffeloven. De straffbare handlingene. Kommentartutgave.*, Universitetsforlaget (2017)
- Svalheim, Knut *Advokaters taushetsplikt*, Universitetsforlaget (Oslo 1996)

Juridiske artikler:

- Blom, Knut "Aktors og forsvarers stilling og oppgaver" (Oslo)
Lastet ned fra: http://jura.ku.dk/njm/28/28_17.pdf (22.02.2018)
- Elgesem, Frode "Tolkning av EMK- Menneskerettsdomstolens metode", Lov og Rett nr. 5-4 2003 s. 203-230 (LOR-2003-203),
Universitetsforlaget (2003)
- Skoghøy, Jens Edvin A. "Advokaters taushetsplikt og de korresponderende bevisforbud i tvisteloven § 22-5 og straffeprosessloven § 119", Tidsskrift for

strafferett nr. 2/2013 s. 165-197 (TFST-2013-165), Gyldendal
Akademisk (2013)

Nettsider:

<https://www.advokatforeningen.no/advokatetikk/god-advokatskikk/retningslinjer-for-forsvarere/> (lastet ned 21.01.2018)

<https://www.advokatforeningen.no/advokatetikk/god-advokatskikk/kommentarutgaven/>
(lastet ned 18.02.2018)

http://jura.ku.dk/njm/28/28_17.pdf (lastet ned 22.02.2018)

<http://www.advokatbladet.no/2017/06/ny-straffeprosesslov-bryter-med-muntlighetsprinsippet/>
(lastet ned 28.03.2018)

<https://www.juristforbundet.no/globalassets/dokumenter/politikk/horinger/politijuristene/horingsuttalsels-ny-straffeprosesslov-nou-2016-24.pdf> (lastet ned 28.03.2018)

<https://www.jus.uio.no/ior/personer/vit/annero/dokumenter/horingsuttalelse-anne-robberstad.pdf> (lastet ned 28.03.2018)

<https://www.pf.no/temaomrader/straffeprosess> (lastet ned 29.03.2018)