



Samtykke som opphevelsesgrunn av advokaters taushetsplikt

av **Benedikte Morberg Forslund**

Liten masteroppgave i rettsvitenskap

ved Universitetet i Tromsø

Det juridiske fakultet

Høsten 2010

Innhold

1. Innledning	3
1.1 Oppgavens tema og problemstilling	3
1.2 Forutsetninger og avgrensinger	5
1.3 Rettskilder	6
2. Advokaters taushetsplikt	10
2.1 Taushetspliktens innhold	10
2.2 Taushetspliktens formål	14
2.3 Advokaters fortrolighetsplikt	15
3. Samtykke som opphevelsesgrunn av taushetsplikten	16
3.1 Opphevelse av fortrolighetsplikten	17
4. Hensynet til klienten selv	18
4.1 Klientens samtykke	18
4.2 Flere klienter	19
4.3 Juridisk person som klient	20
4.4 Klienten er umyndig	20
4.5 Klienten er død	22
4.6 Underforstått samtykke	25
5. Hensynet til advokaten	27
6. Hensynet til samfunnet og tredjepersoner	28
6.1 Avverging av kriminelle handlinger og nødrett	28
6.2 Situasjoner der noen blir uskyldig anklaget	31
6.3 Opplysninger av betydning for historieforskning	32
6.4 Klienten går konkurs	33
7. Krav til samtykket	38
8. Hvem kan samtykket gis overfor?	40
9. Samtykkets rekkevidde	40
10. Tilbakekall av samtykke	41
11. Avsluttende bemerkninger	44
12. Kilder	46

1. Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Oppgavens tema er "Samtykke som opphevelsesgrunn av advokaters taushetsplikt".

Advokater er, som yrkesgruppe, ilagt taushetsplikt. Taushetspliktens innhold behandles i oppgavens punkt 2.1. Taushetsplikten er streng og hovedsakelig begrunnet med hensynet til at klienter skal kunne stole på at opplysninger de gir til sin advokat, ikke skal komme videre. Dette for at advokater på en best mulig måte skal kunne gi riktig hjelp til sine klienter. Et annet hensyn som ligger bak regelen om taushetsplikt for advokater er hensynet til en velfungerende rettspleie. Advokater som en profesjonell part er viktige, ikke bare for sine klienter, men også for å sile ut saker fra rettssystemet og for å hjelpe dommeren med å legge frem saken ryddig og oversiktlig. Hensynene bak taushetsplikten behandles mer inngående i punkt 2.2. Det er nødvendig for oppgaven med en inngående drøftelse av taushetsplikten og hensynene bak. Dette for lettere å kartlegge i hvilke tilfeller hovedregelen om at advokater har taushetsplikt kan fravikes, og i hvor stor utstrekning samtykke da kan benyttes som opphevelsesgrunn.

Den strenge taushetsplikten gjelder i utgangspunktet for alle klientforhold, og både når klientforholdet består og etter at det har opphørt. Siden hensynet til klienten er viktig og ønskes ivaretatt ved reglene om taushetsplikt, er det likevel naturlig at klienten selv kan oppheve taushetsplikten ved å samtykke til at advokaten kan gi ut informasjon om saken. Når opphevelse med samtykke blir aktuelt, og i hvilke situasjoner det er mulig å oppheve taushetsplikten behandles i oppgavens punkt 3.

Det er mange motstridende hensyn som kan gjøre seg gjeldende i saker om advokaters taushetsplikt. I noen tilfeller kan hensynet til klienten selv tale for at taushetsplikten må oppheves, uten direkte samtykke fra klienten. Dette kan komme av at klienten ikke er i stand til å avgi samtykke, for eksempel etter en klients død. Problemstillingen blir i disse tilfellene om noen andre kan samtykke i klientens sted, og i hvilke situasjoner dette eventuelt er mulig. Kan eksempelvis rettsetterfølgere overta klientens samtykkekompetanse? Motsatt kan det tenkes at advokaten nekter å oppheve taushetsplikten selv om det foreligger samtykke fra klienten. Situasjoner hvor dette kan bli aktuelt, er der advokaten for eksempel

har en mindreårig klient eller der klienten ikke forstår rekkevidden av sine uttalelser. Situasjoner der hensynet til klienten gjør seg gjeldende på ulike måter drøftes under punkt 4.

Det kan også reises spørsmål om advokater i noen tilfeller kan oppheve taushetsplikten av hensyn til seg selv. Eksempelvis for å unngå straffeansvar eller økonomisk ansvar. Advokater vil som oftest være mer interessert i å beholde advokatbevilgningen sin enn i å beskytte sin klients interesser. Spørsmålet blir i disse tilfellene om advokaten kan ta slike hensyn, og samtykke til å oppheve taushetsplikten, uten å bli strafferettslig ansvarlig for brudd på den yrkesmessige taushetsplikten. Hensynet til advokaten selv behandles i punkt 5 i oppgaven.

Også hensynet til tredjemenn kan spille inn i saker om opphevelse av advokaters taushetsplikt. Dersom advokaten får vite at noen blir tiltalt for kriminelle handlinger som han vet at det er hans klient som har begått, vil det reises spørsmål om advokaten kan oppheve sin taushetsplikt for å beskytte den uskyldige tiltalte. Videre vil hensynet til skyldnerens kreditorer stå som en motsetning til hensynene bak advokaters taushetsplikt i situasjoner der skyldner går konkurs, og hans advokat sitter på viktige økonomiske opplysninger. Disse situasjonene og andre situasjoner der hensynet til samfunnet eller tredjemenn kan gjøres gjeldende drøftes i punkt 6.

Spørsmålet som må stilles i forhold til alle de motstridende hensynene, er hvor langt taushetsplikten skal gjelde på bekostning av andre tungtveiende hensyn. Dersom regelen om taushetsplikt ikke skal gjelde for enhver pris, må det klarlegges hvilken hjemmel som kreves for å oppheve taushetsplikten ved samtykke. I disse tilfellene må det være klart for advokaten om det er mulig og eventuelt i hvilke tilfeller han kan oppheve taushetsplikten uten samtykke fra klienten.

At det er mulig å oppheve taushetsplikten ved å samtykke til opphevelse er på det rene. Det kan imidlertid reises spørsmål om hva som kreves for at et slikt samtykke skal være gyldig. Hvilke krav som stilles til samtykkets form og klarhet er viktige spørsmål i denne sammenhengen. Problemstillingen behandles i punkt 7.

Samtykkets rekkevidde er det ofte problematisk å fastslå. Det er viktig for advokaten å vite hva han kan si og hva han må tie om. Dette er viktig for å være lojal ovenfor klienten. Videre må advokaten unngå å trå over grensen for å medvirke til en straffbar handling ved å oppgi

mangelfulle og villedende opplysninger til myndighetene. I punkt 8 og 9 behandles spørsmålene vedrørende samtykkets rekkevidde og problemstillingene som kan oppstå dersom klienten ønsker å trekke samtykket tilbake etter at det er avgitt.

Som en videreføring og utvidelse av taushetsplikten, må advokater forholde seg til fortrolighetsplikten. Fortrolighetsplikten introduseres i oppgavens punkt 2.3. Også i forhold til denne kan det oppstå spørsmål om det kreves samtykke fra klienten for å bli fritatt fra plikten. Forholdet til fortrolighetsplikten vil bli behandlet fortløpende. Drøftelsene på dette punktet blir ikke fullstendige, men der det er viktige forskjeller vil disse analyseres nærmere.

Formålet med denne oppgaven er å klarlegge gjeldende rett vedrørende spørsmålene som reiser seg i forhold til samtykke som opphevelsesgrunn av advokaters taushetsplikt og fortrolighetsplikt i norsk rett. Hovedregelen er absolutt taushetsplikt for advokaten. Dermed vil drøftelsen hovedsakelig dreie seg om hvordan hensynene bak regelen om taushetsplikt skal avveies mot andre viktige hensyn i norsk rett i de situasjonene der opphevelse blir aktuelt. Temaet er forholdsvis lite regulert, og det er viktig å klarlegge hvilke regler som gjelder siden det kan oppstå vanskelige problemstillinger for advokater og andre involverte når de motstridende hensynene skal veies opp mot hverandre. Hovedvekten i oppgaven vil ligge på spørsmålene som reiser seg i forhold til opplysninger omfattet av advokaters taushetsplikt. Rettskildene som benyttes i oppgaven og spesielle rettskildemessige utfordringer for temaet er behandlet i punkt 1.4.

Avslutningsvis er oppgaven oppsummert med noen avsluttende bemerkninger om temaet i punkt 11.

1.2 Forutsetninger og avgrensinger

I den videre fremstilling er det klientens samtykke eller samtykkekompetanse som behandles så lenge ikke noe annet uttrykkelig fremkommer av teksten. Imidlertid vil de samme regler og hensyn gjelde også for andre som har samtykkekompetanse.

Ordet "samtykke" vil bli brukt i noe vid forstand i oppgaven. Det vil omtales som samtykke til opphevelse av taushetsplikten også når advokaten selv, på eget initiativ, ønsker å oppheve taushetsplikten. Dette for å få med de interessante problemstillingene som reiser seg når

sterke samfunnsmessige hensyn gjør seg gjeldende i slik grad at advokaten føler at han må handle mot sin taushetsplikt.

I noen tilfeller er det lovfestede regler som pålegger advokaten å utlevere opplysninger uten klientsamtykke. På denne måten er taushetsplikten begrenset i lovs form.¹ Disse opphevelsesgrunnene faller utenfor oppgavens ordlyd og dermed avgrenses fremstillingen mot reglene om dette. Det forutsettes i drøftelsen at løsningene på problemstillingene ikke strider mot preseptorisk rett.

Problemstillinger som rekker over landegrensene, herunder problemstillinger i forhold til utenlandske klienter og utenlandske regler om klientsamtykke, vil ikke bli behandlet. Dette fordi det vil gjøre oppgaven for omfattende. Internasjonale regler vil heller ikke bli særskilt behandlet, men det forutsettes at norsk rett i hovedsak er i samsvar med gjeldende internasjonale regler. Det kan her kort nevnes at advokaters taushetsplikt anses ivaretatt i EMK² artikkel 8 som gir et generelt vern om hjem, privatliv og korrespondanse.³

1.3 Rettskilder

1.3.1 Klientavtalen

Når en advokat får en ny klient er det vanlig at det inngås en avtale med klienten, eller at det utstedes en skriftlig oppdragsbekreftelse. De fleste advokatfirmaer har da et standard dokument som brukes til dette formålet. Avtalen vil, som ellers i forretningslivet, være en viktig rettskilde i en sak vedrørende taushetsplikten. Avtalen, eller oppdragsbekreftelsen, inneholder ofte noen generelle retningslinjer vedrørende taushetsplikten, eksempelvis om advokatens og klientens forhold til media. Dersom klienten fra begynnelsen av klientforholdet ønsker å oppheve taushetsplikten, kan samtykket til dette fremgå direkte av avtalen. Det kan også avtales strengere vilkår enn det som følger av reglene om samtykke. Klientavtalen kan for eksempel presisere at advokaten har taushetsplikt så lenge ikke skriftlig samtykke til opphevelse av denne foreligger.

¹ Et eksempel på slike regler finnes Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) kapittel 15 om ransaking. Videre finnes det i lov 6. mars 2003 nr. 11 om hvitvasking i kapittel 2 og 3 omfattende unntak fra advokaters taushetsplikt.

² Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)

³ Se blant annet NOU 2009: 4 s. 142

Klientavtalen vil etter dette være en viktig rettskilde i konkrete saker om taushetsplikten og ved spørsmål om taushetsplikten kan anses som opphevet. For å kartlegge de generelle reglene, vil derimot avtalene ha mindre betydning siden utformingen og ordlyden av klientavtalene vil være forskjellige fra sak til sak.

Advokatforeningen⁴ har lagt ut en mal på en oppdragsbekreftelse på sine nettsider⁵. I malens punkt 7 nr. 1, om behandling av informasjon, fremgår det (med Advokatforeningens fotnoter) :

” Advokater i advokatfirmaet har forbud mot rettstridig å røpe betrodde hemmeligheter.⁶ I tillegg plikter advokatene også å behandle opplysninger utover dette fortrolig.⁷ I visse lovbestemte tilfeller gjelder unntak fra taushets- og fortrolighetsplikten.⁸ ”

Det er i dette punktet henvist til straffeloven § 144, men opphevelse ved samtykke nevnes ikke. Dermed er det nærliggende å konkludere med at det ikke er vanlig å regulere dette i oppdragsbekreftelsen/ klientavtalen. Ved undersøkelse av tilfeldige standardiserte oppdragsbekreftelser fra advokatfirmaer i Norge som ligger på internett, har det heller ikke fremkommet noe om samtykke ved opphevelse i noen av avtalene.⁹

I den videre drøftelsen forutsettes det at problemstillingene ikke er regulert i klientavtalen.

1.3.2 Lovtekst og forarbeider

Advokaters taushetsplikt er ikke positivt lovfestet i norsk rett. At det foreligger en taushetsplikt er imidlertid forutsatt flere steder i lovgivningen. Den viktigste lovbestemmelsen i denne sammenheng er straffeloven¹⁰ § 144. Ved denne bestemmelsen er det å bryte taushetsplikten belagt med straffeansvar. At samtykke kan oppheve

⁴ Advokatforeningen er advokatenes profesjons- og interesseorganisasjon i Norge

⁵ <http://advokatforeningen.no/Drift-av-advokatvirksomhet/Klientforholdet/Oppdragsbekreftelse/Maler-for-oppdagsbekreftelse/>

⁶ Jf. straffeloven av 1902 § 144.

⁷ Jf. regler for god advokatskikk pkt 2.3.2.

⁸ Unntak følger blant annet av straffeloven av 1902 § 139 og hvitvaskingsloven § 18.

⁹ Eksempelvis Norlegal advokatfirma AS og Dalan Advokatfirma DA MNA

¹⁰ Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)

taushetsplikten fremkommer i straffeprosessloven § 119 første ledd og tvisteloven¹¹ § 22-5 tredje ledd. Disse reglene er imidlertid prosessregler, knyttet til en rettergangsprosess, og kan ikke anses som generelle opphevelseshjemler.

Imidlertid vil tolking av lovteksten kunne gi svar på flere problemstillinger, både om taushetsplikten generelt og om samtykke som opphevelsesgrunn. Det vil også i denne forbindelse være hensiktsmessig å undersøke forarbeidene til bestemmelsene. Forarbeidene er ikke omfattende på dette området, og blir dermed heller ingen sentral rettskilde i denne oppgaven. Av nyere forarbeider er NOU 2009:4 og 2009:15 interessante, særlig for å belyse hensynene bak reglene om taushetsplikt.

1.3.3 Advokatforskriften

Advokatforskriften¹² er hjemlet i domstolloven¹³ kapittel 11. I henhold til domstolloven § 224 første ledd skal advokatvirksomhet utøves i samsvar med god advokatskikk. Etter annet ledd, kan Advokatforeningen utarbeide nærmere regler for hva som skal anses som god advokatskikk. Advokatforskriften kapittel 12 heter "Regler for god advokatskikk" (RGA)¹⁴ og tar opp spørsmålet om advokaters taushetsplikt generelt. Samtykke er imidlertid ikke nevnt som opphevelsesgrunn av taushetsplikten i forskriften. Det kan dermed utledes noe om taushetspliktens rekkevidde fra denne, men lite konkret om samtykke til opphevelse. Det sentrale prinsipp i RGA er likevel at advokaten på beste mulige måte skal ivareta klientens interesse. Dette prinsippet kan være en viktig tolkningsfaktor ved bruk av RGA for å løse spørsmål vedrørende samtykke.

1.3.4 Rettspraksis

Høyesterett har ikke behandlet saker som direkte omhandler oppgavens hovedtema. Noen dommer vil imidlertid bli brukt så langt de anses relevante for de aktuelle problemstillingene. Da ikke bare dommer om opphevelse av advokaters taushetsplikt, men også om andre yrkesgrupper. Dette fordi rettspraksis om problemstillingen i forhold til advokater er

¹¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven)

¹² Forskrift 20. desember 1996 nr. 1161 (Advokatforskriften)

¹³ Lov 13. august 1915 nr.5 om domstolene (Domstolloven)

¹⁴ RGA var i utgangspunktet foreningsregler i advokatenes profesjons- og interesseorganisasjon i Norge, Advokatforeningen. Medlemmene er bundet av RGA i kraft av sitt medlemskap. Mer enn 90 % av norske advokater og advokatfullmektiger er medlemmer av Advokatforeningen.

begrenset og fordi det kan være hensiktsmessig å trekke linjer mellom regelsettene som ofte er begrunnet med de samme hensynene.

1.3.5 Praksis fra disiplinærnemnda

Disiplinærnemnda for advokatvirksomhet er utnevnt av Kongen i statsråd og behandler salærklager og klager som gjelder brudd på RGA.¹⁵ Avgjørelser fra Disiplinærnemnda kan ikke påklages.¹⁶ Praksis fra nemnda er tradisjonelt sett en rettskilde som ikke har stor vekt. Imidlertid forutsettes det at advokater får med seg viktige avgjørelser fra nemnda. Siden det er problemstillinger vedrørende advokaters taushetsplikt som er oppgavens tema, må dermed slike avgjørelser ha noe vekt. På bakgrunn av dette er det referert til noen relevante avgjørelser i oppgaven.

I tillegg til dette finnes det relevant praksis fra Advokatforeningens disiplinærutvalg¹⁷, også denne praksisen må ha noe vekt. Disiplinærutvalgets uttalelser har imidlertid ikke blitt benyttet som kilde i denne fremstillingen.

1.3.6 Juridisk teori

Siden rettskildebildet er begrenset på området, har juridisk teori blitt en relevant kilde i denne oppgaven. Som ellers er det ikke mengden litteratur eller hvem som har skrevet litteraturen det legges vekt på. Det er kvaliteten på de juridiske argumentene som er interessant og som langt på vei bestemmer hvilken vekt den juridiske teorien skal gis som kilde. Det finnes ikke mange verk om samtykke til opphevelse av taushetsplikten. Likevel har Georg Lous¹⁸ delvis behandlet temaet i sitt verk fra 1960. En litt mer inngående drøftelse ble gjort av Knut Svalheim¹⁹ i 1996. Nylig kom også boka "Advokaters taushetsplikt under press" ut.²⁰ Også her er mange relevante hensyn og problemstillinger vedrørende taushetsplikten generelt behandlet.

¹⁵ Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene(Domstolloven) § 227 første og tredje ledd.

¹⁶ Domstolloven § 227 syvende ledd.

¹⁷ For advokater som er medlemmer i Advokatforeningen er dette utvalget førstestans – før disiplinærnemnda

¹⁸ Georg Lous, Sakføreres taushetsplikt 1960 (Lous)

¹⁹ Knut Svalheim, Advokaters taushetsplikt 1996 (Svalheim)

²⁰ Merethe Smith og Øyvind Precht-Jensen (Red.) Advokaters taushetsplikt under press 1. utgave 2010 (Smith/Precht-Jensen)

Det er disse bøkene det stort sett vil henvises til når juridisk teori blir brukt som kilde i denne oppgaven.

1.3.7 Nordisk rett

Samtykke som opphevelsesgrunn av advokaters taushetsplikt er lite regulert og diskutert også i svensk og dansk rett.²¹ Dermed utgjør ikke løsningene i de rettssystemene som tradisjonelt sett er mest sammenlignbare med Norge noen nye tolkningsmomenter i forhold til oppgaven.

2. Advokaters taushetsplikt

2.1 Taushetspliktens innhold

Det følger av straffeloven § 144 første ledd at den advokat som rettsstridig åpenbarer hemmeligheter meddelt ham i "stillings medfør" kan straffes. Ordlyden tilsier at det advokater får tilgang til av opplysninger, i kraft av å være advokat, er taushetsbelagt informasjon. Dette må bety at informasjon en advokat mottar når han er på jobb, eller i andre situasjoner hvor det er klart at det gjelder informasjon han ikke ville ha fått dersom han ikke var advokat, omfattes av taushetsplikten. Ordlyden gir ingen videre rettleddning på hvor grensen går for hva som skal anses for å være i "stillings medfør". Det er hensynet til klienten og klientforholdet som hovedsakelig begrunner taushetsplikten. For at noe skal anses som taushetsbelagt informasjon mottatt i stillings medfør, må dermed det aktuelle være informasjon fra klienter. Spørsmålet blir da hva som skal til for å etablere et klientforhold i denne sammenhengen.

Det kan tolkes ut fra ordlyden i § 144 at en advokat har taushetsplikt selv om personen som betror seg til ham ikke har underskrevet noen klientavtale. Hvis en advokat blir oppringt, og vedkommende som ringer kommer med informasjon om seg selv og en sak, vil advokaten ha taushetsplikt selv om han av en eller annen grunn ikke kan påta seg oppdraget.

Begrunnelsen for dette er at vedkommende mest sannsynlig ikke ville ha oppgitt den gjeldende informasjon dersom han ikke visste at det var en advokat han snakket med.

Dermed er informasjonen mottatt "i stillings medfør". Dette kan styrke tilliten til

²¹ Kandidatnummer 145553, Forholdet mellom advokaters taushetsplikt og fortrolighetsplikt i norsk, svensk og dansk rett (masteroppgave 2006) s. 39 og 40

advokatyret, og det blir lettere å ringe og forhøre seg med en advokat om en sak før en formell avtale er underskrevet. Den som ringer til en advokat, vil da kunne gi fortrolige opplysninger til advokaten selv om advokaten ikke formelt sett har påtatt seg oppdraget enda. Motsatt vil løsningen bli dersom advokatens niese betror seg om familiære forhold på bakgrunn av at han er hennes onkel. I sistnevnte tilfelle kan ikke opplysningene anses betrodd i "stillings medfør". Advokaten vil dermed ikke være underlagt lovregulert taushetsplikt i slike tilfeller.

I tillegg ligger det en begrensning i at straffeloven § 144 angir det å åpenbare "hemmeligheter" som straffbart. Ordlyden tilsier her at advokater ikke må forholde seg tause om alle opplysninger de kommer over i kraft av sin stilling. Det er vanskelig å fastsette en generell regel om hva som er hemmeligheter. I enkelte tilfeller vil det at klienten i det hele tatt har advokat være en hemmelighet, andre ganger ikke. Noen beskytter sitt privatliv nøye, og ønsker ikke at andre skal få innsyn i deres juridiske problemer. Andre kan være interessert i å skape oppmerksomhet rundt sin person. Hva som er en hemmelighet må avgjøres i hvert enkelt tilfelle. Spørsmålet kommer sjeldent på spissen da advokaters fortrolighetsplikt utvider taushetsplikten på flere områder slik at advokaten må forholde seg taus om de fleste opplysninger uavhengig av om opplysningene er omfattet av taushetsplikten eller fortrolighetsplikten.

Straffeloven § 144 ilegger bare straff for "rettsstridig" åpenbaring av hemmeligheter. Begrepet "rettsstridig" anses i norsk strafferett som en generell reservasjon fra lovgiver, som innebærer at det ikke er meningen å ramme alle tilfeller som vanligvis ville ha gått inn under ordlyden i en straffebestemmelse.²² Det vil si at det ikke vil bli aktuelt med straffeansvar dersom det fins hjemmel for opphevelse av taushetsplikten eller andre grunner som tilsier at handlingen ikke kan oppfattes som rettsstridig. Jeg vil komme nærmere tilbake til hva dette kan innebære senere i denne avhandlingen.

Advokaters taushetsplikt anses som en "sterk" taushetsplikt.²³ Dette fordi advokaters taushetsplikt har et sterkere vern, med færre unntaksbestemmelser enn mange andre

²² Se Rt. 1979 s. 1492 på side 1499 og Johs. Andenæs, Alminnelig strafferett 5. utgave 2004 s.155 (Andenæs)

²³ 2009: 4 pkt. 9.2.1.1

taushetspliktbestemmelser. Vernet en advokats klient har, kan sammenlignes med en leges pasient eller en person som betror seg til en prest. Advokaters taushetsplikt går foran vitneplikten i straffeprosessloven og tvisteloven. Dette fremkommer av tvisteloven § 22-5 og straffeprosessloven § 119. Oppbyggingen av de to paragrafene er noe ulike, men det materielle innholdet er det samme.

I ordlyden i straffeprosessloven § 119 fremkommer det at det er mulig å gi samtykke for å frita advokaten fra den yrkesmessige taushetsplikten. Videre kommer kravet om at det gjelder opplysninger som er "betrodd dem i deres stilling" frem. Den naturlige språklige forståelse av "betrodd" tilsier at bestemmelsen ikke gjelder alle tilfeldige opplysninger klienten kommer med, men opplysninger med et mer hemmelighetsstemplet preg. Videre må "i deres stilling" tolkes som at det bare gjelder opplysninger advokaten får i kraft av å være advokat.

Fra prosesslovgivningen må det dermed trekkes en parallell til formuleringen i straffeloven § 144 om "hemmeligheter" og "i stillings medfør". Det må antas at det materielle innhold av taushetsplikten vil være det samme uavhengig av om det er prosessreglene eller straffeloven § 144 som tolkes. Dette gir den beste sammenhengen i rettsreglene. Det finnes heller ingen holdepunkter for at meningsinnholdet skal være ulikt i disse sammenhengene.

Tvil kan oppstå der det i lovgivningen er gitt en regel om opplysningsplikt. Problemstillingen blir i disse tilfellene at advokaten på den ene siden av lovgivningen pålegges å gi opplysninger om en sak, mens han på den andre siden trues med et straffeansvar for å røpe opplysninger som er omfattet av den yrkesmessige taushetsplikten. Dersom advokaters taushetsplikt ikke er nevnt i regelen om opplysningsplikt, blir spørsmålet hva som skal få det sterkeste vernet – opplysningsplikten eller taushetsplikten.

I forvaltningsretten kreves det klar hjemmel dersom taushetsplikten skal settes til side med en opplysningsplikt. Det holder ikke at det fremkommer en klar opplysningsplikt i lovgivningen, hjemmelen må presisere eller klart forutsette at taushetsplikten ikke skal gjelde.²⁴

²⁴ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker § 13 f annet ledd (Forvaltningsloven)

Mye kan tale for å bruke en analogi av denne regelen på yrkesmessig taushetsplikt. Særlig dersom det sees hen til at den forvaltningsmessige taushetsplikt er en "svakere" taushetsplikt enn den yrkesmessige.

Dette støttes i en prinsipputtalelse fra lovavdelingen i Justis- og politidepartementet fra 2000²⁵, hvor lovavdelingen tar for seg spørsmålet om forholdet mellom opplysningsplikt etter ligningsloven²⁶ § 6-3 og taushetsplikt etter eiendomsmeglingsloven²⁷ § 5-1. Siden det ikke direkte er uttalt i bestemmelsen i ligningsloven at eiendomsmeglerens taushetsplikt må vike, kommer lovavdelingen til at taushetsplikten går foran. Lovavdelingen uttaler:

" Det følger av forvaltningsloven § 13 f at bestemmelser om taushetsplikt for noen som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan, går foran bestemmelser om opplysningsplikt med mindre den relevante bestemmelse fastsetter eller klart forutsetter at taushetsplikten ikke skal gjelde. Etter lovavdelingens syn taler de beste grunner for at den samme regelen legges til grunn i forhold til bestemmelser om taushetsplikt utenfor forvaltningslovens virkeområde, medregnet yrkesmessig taushetsplikt."

I denne uttalelsen nevner lovavdelingen yrkesmessig taushetsplikt på generelt grunnlag. Advokaters taushetsplikt er i tillegg er ansett som en mer kvalifisert form for taushetsplikt enn eiendomsmeglerens taushetsplikt jf. bevisforbudene i prosesslovgivningen som ikke gjelder for eiendomsmeglere.

Forholdet mellom taushetsplikt etter eiendomsmeglingsloven og opplysningsplikt etter ligningsloven er også omtalt i rundskriv nr. 21/2007 fra Kredittilsynet. I dette rundskrivet kommer Kredittilsynet til samme konklusjon som lovavdelingen gjorde i 2000.

Av dette må det sluttet at det må finnes en klar hjemmel også for at advokaters taushetsplikt skal bli opphevet av en regel om opplysningsplikt. Hensynene som begrunner taushetsplikten taler for samme løsning. Det ville gi liten forutsigbarhet for klienter og kanskje skade fortroligheten i klientforholdet dersom taushetsplikten kunne oppheves uten klar hjemmel.

²⁵ Lovavdelingens prinsipputtalelse 3.oktober 2000. Saksnr. 200010094 E TME/LST/ATV

²⁶ Lov 13. juni 1980 nr. 24 om ligningsforvaltning § 6-3

²⁷ Lov 16. juni 1989 nr. 53 om eiendomsmegling § 5-1. (Tilsvarende i Lov 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling § 3-6)

2.2 Taushetspliktens formål

Bakgrunnen for den strenge regelen om advokaters taushetsplikt er at advokatens klienter skal kunne være ærlige og gi advokaten alle opplysninger som er nødvendig for å få mest mulig riktig juridisk bistand. Klienten kan på bakgrunn av taushetsplikten lettere ha tillit til advokaten sin. Dersom klienter tror det er fare for at advokaten skal gå videre med private opplysninger, kan det fort bli fristende å holde tilbake nødvendig informasjon fra advokaten. Å kunne stole på at advokaten er uavhengig og har plikt til å bevare taushet kan da bli avgjørende. Hensynet til å løse saken kommer også inn her. Det vil ofte være lettere for advokaten å finne en effektiv og minnelig løsning med alle opplysninger på bordet.

Det norske rettssystemet forutsetter en profesjonell advokatstand. Det er da viktig at allmennheten har tillit til advokater som yrkesgruppe.²⁸ Når advokater opptre mot det offentlige i rettssaker, er det enda viktigere at samfunnet har tillit til at advokaten kan opptre uavhengig. Det er nødvendig å vite at advokaten ikke må stå til rette for opplysninger han har fått gjennom advokatoppdraget på et senere tidspunkt.²⁹

Hensynet til personvern står sterkt i norsk rett, og er på generelt grunnlag nedfelt i EMK artikkel 8 om vern av privatlivets fred. Dette hensynet gjør seg gjeldende i spørsmål vedrørende advokaters taushetsplikt. Det anses som viktig at personlige opplysninger om klienter ikke skal komme på avveie. Det bør i stor grad være opp til klientene selv å bestemme hvilken informasjon om dem allmennheten skal ha tilgang til.

Det kan trekkes paralleller mellom advokaters og andre yrkers taushetsplikt. Eksempelvis trenger leger detaljert informasjon om menneskers private forhold for å stille riktig diagnose på sine pasienter. Da kan det være viktig for pasienten å vite at disse private opplysningene ikke blir kjent for allmennheten. I dette ligger både hensynet til personvern og til å løse saken, for legers del ved å stille riktig diagnose, slik at pasienten kan få den behandling han trenger.

Hensynet til personvern får en annen karakter dersom klienten er en juridisk person. Her vil det ofte være viktig for klienten å bevare taushet om forretnings- og bedriftsmessige hemmeligheter. Hensynet står likevel sterkt også i disse sammenhenger. Det er viktig at også

²⁸ NOU 2009: 4 s. 143

²⁹ Disse hensynene er også nedfelt i RGA pkt 2.1.1.

juridiske personer kan søke juridisk bistand uten å frykte for å avsløre interne bedriftsmessige forhold.

Hensynet til tillit mellom advokat og klient står sterkt. Det er imidlertid motstridende hensyn som også gjør seg gjeldende, og som har fått gjennomslag på noen områder. Dette gjelder for eksempel i tilfellene der advokater må utlevere regnskap eller andre dokumenter som et ledd i kriminalitetsbekjempelse.³⁰

Hensynene som ligger til grunn for taushetsplikten tilsier også at det bør være mulig for klienten selv å bestemme at taushetsplikten skal oppheves. Dette vil ikke gå utover tillitsforholdet mellom advokat og klient. At taushetsplikten oppheves kan ofte være både praktisk og uproblematisk. Advokaten kan etter en opphevelse for eksempel uttale seg til media. Dette kan lette en byrde fra klientens skuldre dersom han ønsker å uttale seg om sin sak til allmennheten, men ikke ønsker å stå i rampelyset selv.

2.3 Advokaters fortrolighetsplikt

I tillegg til taushetsplikten, er advokater pålagt en generell fortrolighetsplikt, også kalt advokaters diskresjonsplikt. Fortrolighetsplikten innebærer en utvidelse av taushetsplikten på mange punkter. I denne sammenheng kan det reises spørsmål om det også kreves samtykke fra klienten for at fortrolighetsplikten skal oppheves.

Fortrolighetsplikten er nedfelt i RGA punkt 2.3.2 annet ledd. I henhold til denne bestemmelsen skal opplysninger advokater blir kjent med "i sitt virke som advokat" behandles "fortrolig". Dette gjelder selv om opplysningene ikke omfattes av taushetsplikten. Plikten til fortrolighet er etter samme punkt ikke tidsbegrenset.

Ordlyden utvider med dette fortrolighetsplikten til å omfatte flere opplysninger enn taushetsplikten omfatter. Ut fra ordlyden i RGA, kan det sluttet at alle opplysninger en advokat mottar i kraft av å være advokat skal behandles fortrolig. Dette må, i tillegg til å gjelde opplysninger fra egen klient, også gjelde opplysninger om motpart eller vitner i en sak. Det er likevel ikke gitt at dette gjelder uten unntak. Hensynene som ligger bak regelen om fortrolighetsplikt, må være de samme som de som begrunner taushetsplikten. Det vil da også være naturlig at fortrolighetsplikten skal kunne oppheves på bestemte vilkår.

³⁰ Se fotnote 8.

Disiplinærnemnda uttalte i 2005 om dette: "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." ³¹ I nevnte sak var en advokat innklaget til disiplinærnemnda for å ha gått til et ukeblad med negative opplysninger og karakteristikk vedrørende motpartens klient i en sak. Disiplinærnemnda kom til at advokaten ikke hadde brutt taushetsplikten, men at det helt klart forelå et brudd på fortrolighetsplikten.

Disiplinærnemnda uttalte også: "Opplysninger må ikke spres utover den krets som er nødvendig for å ivareta klientens interesser."

Opplysninger omfattet av fortrolighetsplikten som ikke er omfattet av taushetsplikten, finnes det ingen regler for i prosesslovgivningen. Det vil si at det ikke foreligger noe uttalt lovfestet bevisforbud mot opplysninger omfattet av fortrolighetsplikten. Likevel må det antas at det heller ikke kan kreves at advokater forklarer seg om opplysninger som bare er omfattet av fortrolighetsplikten. Det vil med en slik praksis bli vanskelig å skille ut hvilke opplysninger som er egnet til å avsløre "hemmeligheter" etter straffeloven § 144 og ikke. Små detaljer som i seg selv kan virke uviktige, kan fort avsløre mer enn det advokaten klarer å ha oversikt over. I noen tilfeller må jo også det at det i det hele tatt eksisterer et advokat-klientforhold anses som en hemmelighet. I slike tilfeller vil det bli nærmest umulig å vitne om opplysninger som bare omfattes av fortrolighetsplikten.

3. Samtykke som opphevelsesgrunn av taushetsplikten

Straffeloven § 144 ilegger straff til den som bryter taushetsplikten. Det fremkommer ingen tidsbegrensning på ansvaret i ordlyden. Utgangspunktet må være at taushetsplikten aldri oppheves. Eksempelvis har advokaten i utgangspunktet fortsatt taushetsplikt etter at oppdraget for klienten er fullført og etter en klients død.³² Hensynet bak regelen gjør seg gjeldende i disse tilfellene også. En klient kan lettere betro seg til sin advokat når han vet at taushetsplikten gjelder også etter oppdragets slutt. På den andre siden kan det av og til virke firkantet at en advokat ikke skal kunne si noe når klienten eksempelvis er gått bort. I slike tilfeller blir regelen om at samtykke kan oppheve taushetsplikten viktig. Spørsmålet om et

³¹ Disiplinærnemndas sak D092/2005

³² Rt. 2006 s. 633 avsnitt 36

formodet samtykke i noen tilfeller kan være nok reiser seg også i saker der klienten har gått bort. Det fremkommer ikke uttrykkelig i lovgivningen at samtykke fra klient opphever taushetsplikten på generelt grunnlag. Samtykkeregelen i forbindelse med rettergang er imidlertid lovfestet i prosesslovgivningen.³³ At samtykke fra klient opphever taushetsplikten også i andre sammenhenger må anses som sikker rett.³⁴

I den videre fremstilling skal det drøftes noen situasjoner hvor det kan være aktuelt med samtykke som opphevelsesgrunn av taushetsplikten, og hvilke regler som gjelder i det enkelte tilfelle. Det tas utgangspunkt i en tredeling, der drøftelsen deles inn i situasjoner der det er hensynet til klienten som søkes ivaretatt, situasjoner der advokaten vil beskytte seg selv og til slutt situasjoner der det er hensynet til tredjemenn eller samfunnet generelt som blir aktuelt.

Når advokaten skal innhente samtykke eller vurdere om et samtykke er gyldig, slik at han kan uttale seg om klientens sak, er det viktig å være klar over hvem som kan avgi samtykket. I denne sammenheng kan det reises spørsmål om det bare er klienten selv som kan samtykke til opphevelse, eller om det finnes situasjoner der også andre har mulighet til å fritta advokaten fra hans taushetsplikt. Disse spørsmålene vil bli fortløpende behandlet i drøftelsene av de enkelte situasjoner som kan oppstå. Utgangspunktet og hovedregelen må være at klienten selv er den eneste som kan oppheve taushetsplikten. Det er klientens interesser som søkes beskyttet, og det er klienten som er nærmest til å vurdere konsekvensene av at samtykke gis.

3.1 Opphevelse av fortrolighetsplikten

Fortrolighetsplikten har ikke den samme absolutte karakter som taushetsplikten.³⁵ Ut fra ordlyden i RGA punkt 2.3.2 annet ledd, fremkommer det ingen regel om at samtykke kan oppheve fortrolighetsplikten. Siden opplysningene omfattet av fortrolighetsplikten, men ikke av taushetsplikten ikke har karakter av å være "hemmeligheter", må det anses som klart at samtykke fra klienten også opphever fortrolighetsplikten. En slik slutning må klart kunne gjøres ut fra et "fra det mer til det mindre - prinsipp". Denne løsningen gir også best sammenheng mellom reglene. Det ville vært upraktisk dersom et samtykke bare skulle gi

³³ Jf. straffeprosessloven § 119 og tvisteloven § 22-5

³⁴ Dette er forutsatt flere steder i litteraturen, eksempelvis i Lous s. 64 flg. og Svalheim s. 151 flg.

³⁵ Se oppgavens punkt 2.3

advokaten mulighet til å uttale seg om opplysninger omfattet av taushetsplikten. Det kan imidlertid reises spørsmål om det i det hele tatt er nødvendig med samtykke for å oppheve fortrolighetsplikten. Det er antatt i teorien at det er mulig å oppheve fortrolighetsplikten basert på en faglig, skjønnsmessig vurdering fra advokatens side, uavhengig av om klienten har samtykket eller ikke.

Sentrale momenter i en slik skjønnsmessig vurdering vil være opplysningenes art, hvem opplysningene angår, formålet med å gå ut med dem og måten dette gjøres på³⁶. Situasjoner hvor det kan være aktuelt å oppheve fortrolighetsplikten vil bli nærmere omtalt videre i fremstillingen.

4. Hensynet til klienten selv

4.1 Klientens samtykke

Det er klienten som er beskyttet av reglene om advokaters taushetsplikt, og det er dermed klienten som kan oppheve taushetsplikten. Det kan imidlertid reises spørsmål om det gjelder en ubetinget rett til å få oppheve samtykket uansett hvilken måte dette skjer på. Det kan tenkes situasjoner der klienten opphever taushetsplikten for at advokaten skal uttale seg til media, men at advokaten ser at dette vil kunne virke skadelig på klienten.

I slike tilfeller er det klart at klientens samtykke er gyldig. Imidlertid må advokaten likevel vurdere om det er i klientens beste interesse å gå ut med opplysninger i henhold til samtykket. Advokaten skal alltid ha sin klients beste interesse i tankene. At samtykke opphever advokatens taushetsplikt medfører dermed ikke at advokaten får en uttaleelsesplikt. Å uttale seg i slike situasjoner vil ikke medføre straffeansvar etter straffeloven § 144, men det kan tenkes at advokaten kan pådra seg disiplinærreaksjoner for å ha satt hensynet til klientens beste til side i strid med RGA.

Videre kan det reises spørsmål om klienten kan disponere over taushetsplikten på hvilken som helst måte. Kan det eksempelvis tas inn bestemmelser om opphevelse av taushetsplikt i en klients testament?

³⁶ Svalheim s. 33

Ved en testamentarisk disposisjon om opphevelse av taushetsplikt, må som ellers stiftelsesgrunnlaget tolkes. Klienten har full disposisjonsrett over opplysningene som er omfattet av advokatens taushetsplikt, og må i utgangspunktet kunne disponere over disse i hvilken som helst form.³⁷ Det kan imidlertid være vanskelig for en klient å se an konsekvensene av å oppheve taushetsplikten i lang tid før spørsmålet blir aktuelt. Det er dermed viktig at advokaten ser an situasjonen og at testamentets ordlyd tolkes grundig, slik at det er klientens faktiske vilje som kommer frem.

4.2 Flere klienter

I noen tilfeller kan en advokat ha flere klienter i samme sak. Eksempelvis kan to naboer gå til advokat sammen for å løse en konflikt med en felles nabo. Dersom en av klientene velger å gi samtykke til opphevelse av taushetsplikten, oppstår spørsmålet om det blir gyldig, dersom de andre klientene er uenige i at opphevelse skal skje eller de ikke har fått uttalt seg om saken.

Å leie advokat sammen kan være en praktisk løsning for mange. Hensynene bak taushetsplikten tilsier at hver av klientene ikke kan disponere over taushetsplikten uavhengig av den andre. Dette vil skape en usikkerhet i klientforholdet, og det kan bli vanskelig for klienter å benytte seg av den praktiske løsningen med å ha felles advokat.

Dersom noen av opplysningene gjelder kun en av klientene, vil den naturlige løsningen være at den opplysningene gjelder har samtykkekompetansen i forhold til disse opplysningene. I eksempelet med to naboer, vil opplysninger vedrørende den ene naboens eiendom eller økonomiske forhold være opplysninger han selv må kunne disponere over.

Dersom det ikke er individuelle opplysninger om en av klientene, men opplysninger som gjelder begge, kan ikke advokaten oppheve taushetsplikten på bakgrunn av et samtykke fra en av klientene. Her må hovedregelen om at advokaten har taushetsplikt når samtykke ikke foreligger komme til anvendelse. I slike tilfeller må advokaten undersøke om begge klientene er enige. Når advokaten ikke bare skal ivareta interessene til en klient, men til flere, kan det være en særlig fordel å regulere samtykkekompetansen i klientavtalen da det lettere kan oppstå konflikt når det blir flere å ta hensyn til.

³⁷ Se mer om dette i oppgavens pkt. 7.

4.3 Juridisk person som klient

Ofte har advokater juridiske personer som klienter. Reglene som gjelder fysiske personer vil også være gjeldende for juridiske personer.³⁸ Dette fordi de samme hensyn vil gjøre seg gjeldende for juridiske personer. Det som vil kunne bli problemstillingen i saker med juridiske personer er hvem i selskapet som har samtykkekompetanse.

Problemstillingen må løses ut fra selskapsrettslige regler om hvem som har fullmakt til å fatte ulike vedtak. For aksjeselskap vil aksjelovens³⁹ regler gjelde, og det vil ofte være selskapets styre eller daglig leder som har samtykkekompetanse. Avtaler som er gjort lovlig innad i selskapet om samtykkekompetansen vil også være gyldige.

Videre kan det tenkes situasjoner der styret i et selskap ønsker å gå til sak mot daglig leder i selskapet. Det kan eksempelvis dreie seg om en oppsigelsesak. Dersom styret skaffer advokat uten at daglig leder vet dette, og informerer advokaten om hvem saken gjelder, kan det reises spørsmål om hva advokaten kan gå ut med dersom daglig leder ringer og sier at han ønsker opplysninger om saken. I selskapets vedtekter kan det godt tenkes at daglig leder har kompetanse til å oppheve taushetsplikten til advokaten og få tak i alle opplysningene i saken.

Imidlertid følger det av sakens natur at advokaten i et slikt tilfelle ikke kan røpe hva saken dreier seg om uten samtykke fra resten av styret. Advokaten bør heller ikke bekrefte at han er leiet inn av styret. Om opplysningen skal anses som omfattet av taushetsplikten som en "hemmelighet" eller av fortrolighetsplikten er uten betydning. At saken dreier seg om den daglige lederen må medføre at de selskapsrettslige reglene må vike.

4.4 Klienten er umyndig

Det forutsettes i dette punktet at det dreier seg om en sak hvor en umyndig har advokat.⁴⁰ I hvilke tilfeller mindreårige eller umyndiggjorte kan engasjere advokat vil ikke drøftes nærmere her.

Når klienten er barn eller umyndige, kan det oppstå spørsmål om vergen til vedkommende kan samtykke til opphevelse. I henhold til prosessreglene er det den som har krav på

³⁸ Svalheim s. 152

³⁹ Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (Aksjeloven)

⁴⁰ Svalheim forutsetter også dette på side 154.

hemmelighold som kan gi samtykke. Verger kan ikke anses som omfattet av ordlyden, det er det bare den umyndige som er. Ordlyden i prosessreglene taler dermed mot at verger har samtykkekompetanse.

Bakgrunnen for at det finnes regler om verger, er at barn og andre som er umyndige, ikke er i stand til å ta tilstrekkelig veloverveide beslutninger for seg selv i alle situasjoner. Dersom dette hensynet skal vinne frem her, tilsier det at verger må ha adgang til å bestemme på vegne av den umyndige. Videre fremkommer det av straffeprosessloven § 94 annet ledd at det er vergen som skal velge forsvarer for mindreårige og umyndige i straffesaker. At vergen får velge hvem som skal være forsvarer tilsier at vergen må gis rett til å bestemme hvordan den umyndige skal forholde seg til advokaten videre i prosessen også.

Likevel må det også her sees hen til de sterke hensyn som ligger bak advokaters taushetsplikt. Dersom et barn trenger advokat, kan det være i forbindelse med en konflikt med sine foreldre. At foreldrene, som verger, i slike tilfeller skal ha mulighet til å bestemme om advokaten skal få uttale seg eller tie, kan medføre at tillitsforholdet mellom advokaten og barnet som klient svekkes. Videre finnes det regler, både i barneloven og i helsepersonelloven som gir barn mulighet til å bli hørt, og i noen tilfeller ta egne avgjørelser.⁴¹ Dette taler for at umyndige også skal ha samtykkekompetanse i forhold til advokaters taushetsplikt.

I juridisk teori er det en viss uenighet om spørsmålet. Georg Lous⁴² skrev i 1962 at samtykket må gis både fra den som er mindreårig og fra vergen. Svalheim konkluderer med at det må foretas en vurdering av den umyndiges modenhet og evne til å se an konsekvensene av et samtykke.⁴³

Andenæs har en lignende holdning vedrørende umyndiges samtykke til straffbare handlinger. Følgende hitsettes fra Andenæs Alminnelig strafferett:

⁴¹ Se eksempelvis lov 8.april 1981 nr. 7 om barn og foreldre §§ 31-33 (Barneloven)

⁴² Georg Lous, Sakføreres edisjonsplikt 1962

⁴³ Svalheim s. 153 flg.

”For at samtykket skal ha virkning, må den samtykkende ha oppnådd en slik modenhetsgrad at han har evnen til å forstå rekkevidden av handlingen og vurdere dens betydning.”⁴⁴

De samme hensyn som gjør seg gjeldende i strafferetten, må også gjøre seg gjeldende i saker hvor advokater har umyndige klienter. Det er klienten selv som har krav på hemmelighold, og som skal beskyttes ved reglene om taushetsplikt. Så lenge klienten selv forstår hva han disponerer over, virker det hensiktsmessig å la klienten beholde samtykkekompetansen alene, selv om han er umyndig.

Også med umyndiggjorte må det først foretas en vurdering av om den umyndiggjorte er moden nok til å ta beslutningen om samtykke selv. Hvis dette ikke er tilfelle, og den umyndiggjorte er varig ute av stand til å ta beslutninger, kan det argumenteres for at den umyndiggjorte skal betraktes på samme måte som om han var død.⁴⁵ Hvis den umyndiggjorte har gjort en betroelse til sin advokat før han ble umyndiggjort, vil det være et stort innhugg i taushetsplikten å la samtykkekompetansen gå over til vergen. Da den umyndiggjorte gjorde betroelsen, gjorde han den i tro om at den skulle forbli mellom han selv og advokaten.⁴⁶

Konklusjonen blir at det må foretas en modenhetsvurdering. Dersom den umyndige er moden nok til å samtykke selv, vil det være både tilstrekkelig og nødvendig med samtykke fra den umyndige.

En slik skjønnsmessig regel kan tenkes vanskelig å praktisere. Likevel har Høyesterett gitt anvisning på en lignende regel i Rt.2006 s. 633⁴⁷.

4.5 Klienten er død

I noen tilfeller er det ikke mulig å innhente samtykke fra klienten. Dette kan være fordi klienten har mistet evnen til å kommunisere etter en ulykke eller ved klientens død. Når en klient går bort, kan det oppstå spørsmål om hva arvingene har rett til å disponere over. Det kan virke naturlig at rådigheten over opplysninger klientens advokat sitter med, etter klientens død, skal tilfalle arvingene. Det er ofte arvingene som går igjennom avdødes

⁴⁴ Andenæs s.201

⁴⁵ Se nedenfor, punkt 4.5

⁴⁶ Svalheim argumenterer også for denne løsningen på s. 155

⁴⁷ Mer om Høyesteretts regel nedenfor i punkt 4.5

økonomiske anliggender for å avklare spørsmål om arv og å avvikle forretningsmessige forbindelser og lignende.

Det foreligger ingen lovhjemmel som gir arvingene denne rettigheten. Det er imidlertid antatt at samtykkekompetansen på generelt grunnlag ikke går over på en avdød klients suksessorer.⁴⁸ Dermed må arvinger, for å få de opplysninger de er ute etter, argumentere for at de har samtykkekompetanse på et annet grunnlag, eventuelt argumentere for at det foreligger et formodet samtykke fra klienten selv.⁴⁹

Her står hensynene som ligger bak taushetsplikten i motsetning til hensynet til praktiske løsninger i det enkelte tilfelle. Det kan eksempelvis virke unødvendig firkantet at en advokat ikke skal kunne si noe til klientens arvinger etter klientens død. På den andre siden kan det tenkes at klienten hadde en klar mening om at arvingene ikke skulle vite om enkelte forhold.

En adgang til å oppheve taushetsplikten uten et uttrykkelig samtykke, kan ikke utledes fra lovteksten.

Problemstillingen har imidlertid vært tatt opp i Høyesterett ved flere anledninger. I Rt. 1984 s. 430, Rekstendommen, var spørsmålet om konkursboet til et dødsbo kunne kreve utlevert dokumenter med tilknytning til avdøde, som var i den avdødes advokaters besittelse. Etter en omfattende interesseavveining kom Høyesterett til at advokatenes taushetsplikt ikke kunne oppheves. Dommen ble avsagt under dissens 3-2. Flertallet uttalte: "...jeg ikke her finner å kunne legge til grunn at taushetsplikten er modifisert på grunn av at debitor er død". Flertallet bemerker at det i forhold til legers taushetsplikt er antatt at det må foretas en mer omfattende interesseavveining når klienten er død, men finner ikke å kunne bruke en analogi fra legers taushetsplikt i dette tilfellet.⁵⁰ Det synes som at dette delvis er begrunnet med at det er forskjell på en sykejournal og et klientarkiv, da et klientarkiv kan inneholde opplysninger også om andre, som kan ha krav på taushet. Det ble også lagt vekt på at problemstillingen vedrørende konkursboets rettigheter oppstod på et lovregulert område. Dette medfører at det skal mer til for å fravike lovteksten enn en analogi fra legers taushetsplikt.

⁴⁸ Svalheim s. 156 og Lous s. 50

⁴⁹ Se om dette nedenfor i pkt. 4.6

⁵⁰ Rt.1983 s. 430 s. 437 og 438 (heretter Rekstendommen)

Mindretallet kom til at advokatene måtte utlevere dokumentene. Dette på bakgrunn av at de mente at dersom debitor var i live, ville han etter gjeldende lovgivning ha blitt tvunget til å utlevere all den dokumentasjon han kunne finne⁵¹. Det burde i følge mindretallet ikke utgjøre noen forskjell for realiteten at debitor var død.⁵² Mindretallet uttalte seg her mer direkte om reglene på konkursrettens område. Om utgangspunktet i de generelle spørsmålene i saker der klienten er død, virker de å være enige med flertallet.

I den enstemmige dommen inntatt i Rt.2006 s.633 ble det for Høyesterett reist spørsmål om arvinger kunne kreve å få utlevert dokumenter, vedrørende gyldigheten av en ektepakt, fra avdødes advokat. I denne saken kom Høyesterett til at advokaten måtte utlevere dokumentene. På generelt grunnlag ble det uttalt:

"I lys av dette mener jeg at det bør kunne 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."

Videre uttalte førstvoterende at i interesseavveiningen skulle avdødes interesse og hans formodede vilje stå sentralt. Også de etterlattes interesser og standpunkt må tillegges vekt.⁵³

Etter denne uttalelsen må det anses klart at dersom en klient er død, og noen ønsker å oppheve advokatens taushetsplikt på vegne av klienten, må det foretas en interesseavveining. Avveiningen vil bli ulik i hver sak, men momentene fra dommen i 2006 kan brukes som en veiledning for advokater. I tilfeller der det ikke er noe som tilsier at advokaten skal tie, og det eksempelvis finnes dokumenter som kan hjelpe arvingene å drive en virksomhet videre eller som inneholder opplysninger om bortgjemte midler som ellers ville ha gått inn i arven, må hensynet til arvingene veie tyngre. I et slikt tilfelle vil det ikke skade forholdet mellom klient og advokat at klienten på forhånd vet at advokaten kan oppheve taushetsplikten ved hans død. Klienten har ikke noe ønske om å skjule

⁵¹ Lov 6. juni 1863 nr. 00 om Concurs og Concursboers Behandling §§ 25 og 30 (opphevet). I dag fremgår bestemmelsen av lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs § 101. (Konkursloven)

⁵² Rt. 1983 s. 430 s. 444

⁵³ Rt.2006 s. 633 avsnitt 37

opplysningene for sine arvinger, og det vil virke mest praktisk og i tillegg være mest effektivt at arvingene kan samtykke til opphevelse av taushetsplikten.

Motsatt, dersom klienten har gitt uttrykk for at dokumentene er hemmelige og skal forbli hemmelige, bør hensynene til arvingene være sterkere og mer fremtredende før de gis samtykkekompetanse.

Uansett hvilke hensyn som gjør seg gjeldende, vil det være en fordel om samtykkekompetansen ble regulert allerede ved inngåelsen av klientavtalen. Dette vil gjøre det lettere for advokaten å vurdere den enkelte sak, og risikoen for å gå mot klientens vilje blir mindre.

4.6 Underforstått samtykke

I noen tilfeller kan advokaten ha en oppfatning av at klienten har samtykket til opphevelse av taushetsplikten ved sin atferd eller at samtykket ligger der uten at det er uttalt. Dette selv om samtykket ikke har kommet uttrykkelig frem fra klienten på annen måte. Spørsmålet blir om advokaten kan bygge på et slikt formodet samtykke fra klienten.

Et eksempel på en situasjon der underforstått samtykke eller samtykke ved konkludent adferd kan være aktuelt, er dersom klienten innstevner sin advokat som vitne i en rettssak. Ved å gjøre dette antyder klienten at han ønsker at advokaten skal forklare seg. Advokaten må da anses løst fra sin taushetsplikt på generelt grunnlag. Dette fremkommer i Rt. 1992 s. 949, hvor en klient innstevnet sin tidligere advokat som vitne for et kontraktsforhold.

Høyesterett uttalte:

”...og han er, i tilknytning til det angitte tema, pliktig til fullt ut å forklare seg blant annet om de opplysninger han fikk fra sine klienter og de råd han ga. Innholdet av den fremprovoserte korrespondansen er derfor ikke lenger undergitt taushetsplikt...”

Motsatt vil det bli dersom en klient i en straffesak kommer med en uforbeholden tilståelse. Dette kan ikke anses som et samtykke. Det er mange opplysninger advokaten sitter med, som ikke har direkte betydning for straffesaken. Det kan også tenkes at advokaten sitter på informasjon som kan virke straffeskjerpene.⁵⁴

⁵⁴ Se Lous s.65

Uavhengig av hvordan advokaten vurderer situasjonen, vil dommeren i en rettssak ex officio måtte ta stilling til om det foreligger samtykke i saken. Dette følger av at bevisforbudet mot forklaringer om opplysninger som er underlagt advokatens taushetsplikt. Bevisforbudene retter seg mot dommeren, ikke mot advokaten jf. § 22-5 første ledd, første punktum: "Retten kan ikke ta imot bevis fra..." og tilsvarende ordlyd i straffeprosessloven § 119 første ledd.

Videre kan det tenkes situasjoner der samtaleadvokaten har hatt med klienten eller selve innholdet i det advokaten har bistått med, klart forutsetter at klienten ønsker å oppheve samtykket i en gitt situasjon. Klienten kan eksempelvis ha uttalt at han gleder seg til arvingene skal få høre om de bortgjemte verdiene han vil overraske arvingene med til jul. Hvis klienten etter en slik uttalelse blir ute av stand til å samtykke til opphevelse av taushetsplikten, må advokaten kunne oppheve taushetsplikten, i forhold til informasjon om de bortgjemte verdiene, uten et direkte samtykke.

Hensynene bak taushetsplikten tilsier imidlertid at advokaten må være forsiktig med å anta at klienten ville ha samtykket i en gitt situasjon.⁵⁵ Dersom det er mulig, må advokaten forsikre seg om at klienten faktisk ønsker å samtykke. Hvis det ikke kan innhentes samtykke, må advokaten ha sterke indikasjoner på at klienten ville ha samtykket. Dersom slike indikasjoner foreligger, må det være mulig å godkjenne et formodet samtykke som gyldig avgitt samtykke.

Dersom det gjelder opplysninger som er omfattet av advokatens fortrolighetsplikt, og ikke av hans taushetsplikt, vil rettsgrunnlaget og hensynene være klarere. Det er slått fast at advokaten selv kan vurdere når fortrolighetsplikten kan oppheves.⁵⁶ I vurderingen advokaten må gjøre når han skal slå fast om klienten ville ha samtykket i en gitt situasjon, kan avveiningen gjøres noe lettere dersom det dreier seg om opplysninger som ikke er "betrodd" advokaten. Dette kan eksempelvis gjelde opplysninger advokaten har mottatt fra en tredjeperson, og som ikke kan anses som betrodd til advokaten.

⁵⁵ Se Lous s. 64

⁵⁶ Se ovenfor i pkt. 2.3

5. Hensynet til advokaten

I enkelte tilfeller kan advokaten ønske å oppheve taushetsplikten for å ivareta hensynet til seg selv. Dersom advokaten kan risikere økonomiske eller strafferettslige konsekvenser ved å tie, som han hadde unngått ved å oppheve taushetsplikten, kan det reises spørsmål om advokaten selv kan samtykke til å oppheve taushetsplikten, dersom dette kan bidra til å renvaske han.

I straffeprosessloven § 119 tredje ledd fremkommer det et unntak fra bevisforbudet om taushetsbelagt informasjon. "Forbudet faller bort når forklaringen trengs for å forebygge at noen uskyldig blir straffet."

I forarbeidene fremkommer det ikke noe om bakgrunnen for regelen. Det er imidlertid presisert at § 119 tredje ledd: " gjelder den også når vitnesbyrdet trengs for å forebygge at en uskyldig blir straffet for en forseelse".⁵⁷ Dette i motsetning til straffeloven § 172 som setter straff kun for å unnlate å forebygge at noen blir straffet for forbrytelser.⁵⁸

Det kan her reises spørsmålet om regelen gjelder også for å forebygge at den tiltaltes advokat, som er den som har taushetsplikt, blir uskyldig straffet for forseelse eller forbrytelse.

Ordlyden og forarbeidene svarer ikke direkte på dette spørsmålet. Etter ordlyden kan det imidlertid virke som at alle situasjoner der det kan forebygges at en uskyldig blir straffet er omfattet. Det er heller ingenting som tilsier at det skal tas mindre hensyn til en advokat dersom det er han som risikerer å bli uskyldig straffet.

Advokaten må dermed kunne renvaske sitt navn dersom han er uskyldig. I Rt.1994 s.1337 fremkommer det at unntaket også gjelder dersom det gjelder en "vesentlig nedsubsumering". Dersom advokaten kan bevise at hans handlinger var vesentlig mildere enn det han er tiltalt for, kan han etter straffeprosessloven § 119 tredje ledd samtykke til å oppheve taushetsplikten av hensyn til seg selv. Hensynet til en rettferdig rettergang tilsier at advokaten også utenfor tilfellene som går inn under § 119 tredje ledd skal kunne forsvare

⁵⁷ NUT-1969-3 s. 202

⁵⁸ Mer om § 172 nedenfor i pkt. 6.2

seg mot tiltale. Går advokaten lenger enn det som er nødvendig for å forsvare seg selv, må han derimot kunne straffes for brudd på taushetsplikten.⁵⁹

Reglene om taushetsplikt er begrunnet i hensynet til klienter, ikke til advokatene. Det er reglene om advokaters uavhengighet som skal sikre at advokater ikke kommer i situasjoner der han lar sin virksomhet påvirkes av personlige hensyn.⁶⁰ Dersom advokaten likevel skulle komme i en slik situasjon, må hovedregelen om at det kreves klar lovhjemmel for å oppheve taushetsplikten uten samtykke gjelde.

Her kan det stilles opp et skille mellom opplysninger som er omfattet av taushetsplikten og opplysninger omfattet av fortrolighetsplikten. Dersom advokaten etter en faglig vurdering finner at enkelte bagatellmessige opplysninger kan renske hans navn, uten at dette skader tillitsforholdet mellom advokaten og en klient i særlig grad, må advokaten kunne gå ut med disse opplysningene. Eksempelvis kan en advokat bli fremstilt som en dårlig forhandler etter å ha inngått en avtale med dårlige vilkår for sin klient. Dersom advokaten, uten å skade klienten i stor grad, går ut med at klienten i forhandlingsprosessen stod fast på at vilkårene skulle være akkurat slik de ble i avtalen, må det være mulig uten å komme i straffeansvar.

6. Hensynet til samfunnet og tredjepersoner

I noen tilfeller kan advokaten ha en bestemt oppfatning av at taushetsplikten bør oppheves selv om klienten nekter. Spørsmålet blir om advokaters taushetsplikt er en absolutt verdinøytral regel som ikke viker for andre hensyn, eller om det kan tenkes unntak hvor advokaten selv kan samtykke, i vid forstand, til opphevelse når de motstridende hensynene er sterke nok.

6.1 Avvergelse av kriminelle handlinger og nødrett

Det kan reises spørsmål om en advokat i noen tilfeller kan påberope seg nødrett som grunnlag for å samtykke til å oppheve taushetsplikten eller for å oppheve den av eget initiativ.

Det kan tenkes situasjoner der advokaten etter å ha snakket med en klient mistenker at klienten kommer til å begå alvorlige kriminelle handlinger. Klienten kommer for eksempel til

⁵⁹ Svalheim s. 96

⁶⁰ RGA pkt. 2.1

advokatens kontor med spørsmål om grensene mellom terrorhandlinger og drap. Dersom klienten spør: "Vil det være drap eller terrorhandling dersom bare jeg og en venn plasserer en bombe på Stortorget når et rockeband har konsert der?" og advokaten mistenker at klienten har planer om å gjøre nettopp dette, og bare spekulerer i strafferammene dersom han skulle bli tatt, reiser det seg spørsmål om advokaten bare kan sitte og se på at dette skjer. Videre kan det i et skilsmisseoppgjør tenkes at en advokat skjønner at klienten kan bli farlig for sin tidligere ektefelle eller for sine barn. Den samme problemstillingen vil oppstå her. Kan advokaten bare sette seg passivt tilbake med visshet om at hans klient vil kunne komme til å skade sin tidligere ektefelle eller kanskje kidnappe sine barn?

Tidligere har spørsmålet vært delvis løst ved å anta at straffeloven § 139⁶¹ som setter straff for den "som unnlater å anmelde til politiet eller på annen måte å søke å avverge en straffbar handling eller følgene av den, på et tidspunkt da dette fortsatt er mulig og det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen vil bli eller er begått", gjaldt uten hensyn til taushetsplikten.⁶²

Denne oppfatningen strider mot prinsippet om at det skal være klar hjemmel for å oppheve taushetsplikten.⁶³ Lovgiver har tatt konsekvensen av dette, og i juni 2010 ble det i straffeloven § 139 første ledd, annet punktum inntatt en bestemmelse om at avvergingsplikten gjelder "uten hensyn til taushetsplikt". I forarbeidene fremkommer det at endringen er en presisering av gjeldende rett.⁶⁴

Straffeloven § 139 setter straff for å unnlate å avverge forbrytelser. Forbrytelsene det er straffbart å unnlate og avverge er nevnt i § 139 første ledd ved å liste opp paragrafer. For disse forbrytelsene vil advokaten ikke bare ha mulighet til å oppheve taushetsplikten uten samtykke, men ha en plikt til å gjøre dette.

⁶¹ Paragrafen er sitert slik den lyder på nåværende tidspunkt, men sannsynlighetskravet ble også skjerpet ved lovendringen i 2010.

⁶² Smith/ Precht-Jenssen side 17 og 18

⁶³ Se ovenfor i punkt 2.1

⁶⁴ Prop.116 L (2009-2010) s. 17

Det kan videre stiles spørsmål om nødrettsbetraktninger⁶⁵ kan brukes for at advokaten skal kunne oppheve taushetsplikten også i andre tilfeller, når det for eksempel er mildere forbrytelser enn de som er nevnt i § 139 som er aktuelle, eller dersom ikke vilkårene om sannsynlighetsovervekt er oppfylte.

Straffeloven § 47 om nødrett, forutsetter en interesseavveining, der skaden som voldes ved å redde person eller gods må veies opp mot det som reddes. I tilfellene med advokaters taushetsplikt, må hensynene bak taushetsplikten veies opp mot den kriminelle handling advokaten ønsker å avverge. Straffeloven §§ 257 og 258 om henholdsvis tyveri og grovt tyveri, er ikke nevnt i § 139. Dersom en advokat får vite at hans klient planlegger å gjennomføre et grovt tyveri eller et bedrageri, vil han da etter § 47 måtte veie de viktige hensynene bak taushetsplikten mot verdien av det som klienten planlegger å bortta.

At advokaten kan anmelde planlagte kriminelle handlinger også i slike situasjoner er antatt i teorien.⁶⁶ Lous har ikke direkte uttalt at det er nødrettsbetraktninger som ligger bak vurderingen, han benytter tilsynelatende sammenhengen i rettsystemet og reelle hensyn som grunnlag.

I forarbeidene til endringene i straffeloven § 139 utelukker ikke departementet at det kan være straffritt å bryte taushetsplikten for å avverge straffbare forhold med rettsstridsreservasjonen⁶⁷ i § 144 som grunnlag. Departementet overlater den nærmere grensedragningen til domstolene.⁶⁸

Situasjoner hvor en advokat har en mulighet til å avverge en kriminell handling ved å bryte taushetsplikten, vil kunne innebære vanskelige vurderinger for advokaten. Dersom advokaten får mistanke om at hans klient skal bryte seg inn for å stjele et verdifullt maleri, og dermed gjøre seg skyldig i grovt tyveri, kan mye tale for at advokaten skal melde fra om dette. Likevel blir grensedragningen vanskelig, og før det kommer praksis på området er det en fare for at tankegangen blir svært ulik advokater i mellom. Uavhengig av hva advokaten gjør for å melde om planlagte kriminelle handlinger, vil han i stor grad ha en plikt til å

⁶⁵ I henhold til straffeloven § 47 kan ingen straffe for ellers straffbare handlinger gjort for å redde en person eller gods som ikke kan reddes på annen måte.

⁶⁶ Eksempelvis Smith/ Precht- Jenssen s. 18 og Lous s. 52

⁶⁷ Se nærmere i oppgavens punkt 2.1.

⁶⁸ Prop.116 L (2009-2010) s.19

avverge at noen uskyldige blir tiltalt for disse. En føre-var-betraktning tilsier at advokaten heller bør avverge handlingen før den skjer enn å oppheve taushetsplikten når feil person står tiltalt i saken.

Det kan også reises spørsmål om advokaten kan oppheve sin taushetsplikt for å anmelde kriminelle handlinger som allerede er begått av hans klient. Dersom klienten betror seg til sin advokat, og advokaten har mulighet til å gå videre med dette uten videre dersom det dreier seg om en kriminell handling, vil dette kunne svekke forholdet mellom klient og advokat. Det er her kjernen av advokaters taushetsplikt på mange måter ligger. Det vil være et stort inngrep i advokaters taushetsplikt dersom advokater skal kunne anmelde sine klienter for straffbare forhold som det er umulig å avverge konsekvensene av. Lovgiver har nevnt problemstillingen i forarbeidene til endringen av straffeloven § 139:

”Å utvide plikten til å melde fra til også å omfatte slike forhold, reiser vanskelige spørsmål, blant annet opp mot hensynene bak lovbestemt taushetsplikt. Dette gjelder særlig for yrkesgrupper som helsepersonell, prester og advokater. En slik eventuell utvidelse krever en grundigere vurdering. Departementet vil følge utviklingen nøye for å se om en slik utvidelse bør vurderes på et senere tidspunkt.”⁶⁹

Lovgiver har med dette tatt stilling til problemstillingen, men valgt å ikke innføre en generell plikt til å melde fra om straffbare forhold. Dersom advokater skal kunne anmelde allerede begåtte kriminelle handlinger på generelt grunnlag, blir konklusjonen at det må en lovendring til.

Problemstillingen kan imidlertid stille seg annerledes dersom en annen blir uskyldig anklaget for handlinger som advokaten vet er begått av klienten.

6.2 Situasjoner der noen blir uskyldig anklaget

Det kan tenkes at noen blir uskyldig anklaget eller dømt for noe som advokaten med sikkerhet vet at det var hans klient som gjorde. Spørsmålet blir da om advokaten kan oppheve taushetsplikten for å redde en uskyldig fra å bli dømt. Denne problemstillingen kan oppstå både mens klienten enda er i live, og etter hans død. I et slikt tilfelle vil hensynet til

⁶⁹ Prop.116 L (2009-2010) s. 17

den som sitter uskyldig anklaget for en forbrytelse stå som en motsetning til hensynene bak advokaters taushetsplikt.

Problemstillingen har tidligere blitt løst ved en antagelse om at straffeloven § 172 første ledd, som ilegger straff for å unnlate å komme med opplysninger som ” der godtgjør, at en for en Forbrydelse tiltalt eller dømt er uskyldig”, gikk foran bestemmelsene om taushetsplikt.⁷⁰ Lovteksten har nylig blitt endret, slik at konflikten nå er løst direkte i ordlyden i § 172 andre punktum jf. ” Opplysningsplikten gjelder uten hensyn til taushetsplikt.” Det fremkommer i forarbeidene⁷¹ at endringen er en presisering av gjeldende rett.

Lovgiver har her ønsket å presisere at hensynet til den som blir uskyldig dømt eller tiltalt må veie tyngre enn hensynene som ligger bak taushetsplikten. Hensynet til at ingen uskyldige skal dømmes har gjennomgående stor gjennomslagskraft i norsk rett, og ligger til grunn for mange av prosessreglene i straffeprosessen. I strafferetten er det eksempelvis en velkjent regel at tvilen skal komme tiltalte til gode ved at skyld må bevises utover enhver rimelig tvil.⁷²

Straffeprosessloven § 119 tredje ledd vil også gjelde i situasjoner der en uskyldig tredjemann står tiltalt. Opphevelsen av bevisforbudet i § 119 rekker imidlertid noe videre enn straffeloven § 172.⁷³

6.3 Opplysninger av betydning for historieforskning

En annen problemstilling som det kan tenkes oppstår, er dersom en klient har betrodd seg til advokaten om noe før sin død, som advokaten mener er av stor historisk betydning.

Eksempelvis kan det dreie seg om en drapssak eller lignende som har fått stor oppmerksomhet i media. Spørsmålet blir da om advokaten kan si noe om dette for å bidra til viktige fremskritt i historisk forskning eventuelt for å unngå at det spekuleres i andre drapsmenn, slik at politiets ressurser brukes helt unødvendig.

⁷⁰ Smith/ Precht-Jensen s. 17 og 18.

⁷¹ Prop.116 L (2009-2010) s. 20

⁷² Andenæs s. 102 flg.

⁷³ Se ovenfor i pkt. 5

Det finnes ingen hjemmel som gir advokaten rett til å oppheve taushetsplikten for å fremme historieforskning. Dette taler mot at advokaten kan samtykke til opphevelse på denne bakgrunnen. Imidlertid er hensynet til en opplyst og korrekt fremstilling av historiske hendelser viktig, og av allmenn interesse. Det er viktig å ha så nøyaktige opplysninger som mulig om fortiden, og da er historikerne avhengige av sikre og korrekte kilder. På den annen side vet klienten at advokaten har taushetsplikt når han betror seg til advokaten. Det vil kunne svekke tillitsforholdet mellom klient og advokat dersom klienten på forhånd vet at hans betroelser kan havne i historiebøkene og på denne måten bli allment tilgjengelig. Videre vil det være vanskelig for en advokat å vurdere hva som er opplysninger av stor viktighet for historieforskning og ikke. Det kan fort føre til en uthuling av regelen om taushetsplikt dersom advokater kan benytte som "unnskyldning" for å oppheve taushetsplikten at opplysningene er av historisk betydning. I og med at det ikke finnes noen klar hjemmel som gir advokaten denne muligheten må konklusjonen bli at advokaten ikke kan oppheve sin taushetsplikt av hensyn til historieforskningen.

Dersom taushetsplikten skal oppheves i forbindelse med historieforskning må det dermed foreligge et direkte samtykke fra klienten vedrørende dette eller advokaten kan basere opphevelsen på et formodet samtykke. Hvis klienten har sagt klart i fra at opplysningene aldri må komme ut, er ikke historieforskning et hensyn som veier sterkt nok til at advokaten kan gå mot klientens ønske.

Det kan vanskelig tenkes situasjoner hvor opphevelse av fortrolighetsplikten skal kunne bidra i stor grad til historieforskningen. Likevel vil advokaten kunne komme opp i en situasjon der han ser at noen bagatellmessige opplysninger, for eksempel om hvor en klient oppholdt seg på et visst tidspunkt, kan bidra til fremskritt i forskningen. I motsetning til opplysninger omfattet av taushetsplikten, må det være mulig å "lekke" noen slike opplysninger til en forsker uten konsekvenser. Dette gjelder bare dersom advokaten finner det forsvarlig etter en faglig vurdering.

6.4 Klienten går konkurs

Når det åpnes konkurs hos en skyldner, trer i utgangspunktet konkursboet inn i alle skyldnerens forpliktelser. Skyldneren mister sin rett til å forføye over det som ved

konkursåpning blir boets eiendeler og forpliktelser.⁷⁴ Dermed trenger boet mest mulig nøyaktige opplysninger om skyldnerens økonomi. Konkursboet skal ivareta skyldnerens kreditorers interesser. Konkursrettens dekningsprinsipp er viktig og begrunner de fleste av reglene i konkurslovgivningen. Prinsippet går ut på at skyldnerens kreditorer gjennom konkursprosessen og boets behandling skal få best mulig dekning for sine fordringer. Det er i denne sammenheng viktig at boet får vite om alle skyldnerens forpliktelser og krav. I tillegg trenger boet nøyaktige opplysninger om hvilke midler skyldneren disponerer slik at skyldnerens kreditorer får best mulig dekning for sine krav. Det er viktig at skyldner unndrar færrest mulig av sine midler fra oppgjøret. Skyldner har i denne sammenheng etter konkursloven en plikt til å oppgi detaljert informasjon om sin økonomi.⁷⁵

En kilde til informasjonen konkursboet trenger, kan, dersom det oppstår mistanke om at konkursskyldner unndrar midler fra boet, være konkursskyldnerens advokat. Det kan da reises spørsmål om konkursboet ved konkursåpning overtar skyldnerens samtykkekompetanse og videre om skyldnerens advokat har plikt til å utlevere opplysninger om skyldnerens midler til boet selv om de er omfattet av advokaters taushetsplikt.

6.4.1 Konkursboet som rettsetterfølger

Konkursboet ved bostyrer blir i mange henseende ansett som skyldnerens rettsetterfølger. Et slikt inntredelsessynspunkt kan vanskelig forsvares etter Rekstendommen. Både flertallet og mindretallet synes å være enige om at verken arvinger eller konkursbo som rettsetterfølgere overtar samtykkekompetansen.⁷⁶ Svalheim konkluderer med at dette må gjelde også etter vedtakelse av ny konkurslov, som skjedde etter at Rekstendommen ble avsagt.⁷⁷ Innsyn i dokumenter i skyldnerens advokats besittelse må dermed for konkursboets del oppnås på et annet grunnlag enn med inntredelsessynspunkter.

6.4.2 Advokatens plikt ved konkurs

Videre blir spørsmålet om advokaten selv har plikt til å utlevere dokumentene til tross for at det ikke foreligger samtykke fra skyldner.

⁷⁴ Jf. eksempelvis konkursloven §§ 85 og 100

⁷⁵ Jf. konkursloven § 101 første ledd

⁷⁶ Rt. 1983 s. 430 på side 438- 439 og 443- 445.

⁷⁷ Svalheim s. 197-198

Det finnes ikke hjemmel i lov som løser advokaten fra hans taushetsplikt i konkurstilfellene. Etter konkursloven § 101 jf. § 18 a, pålegges skyldnerens revisor og regnskapsfører å utlevere dokumenter vedrørende skyldners økonomi. Det fremkommer at: "Bistandsplikten etter denne paragrafen kan oppfylles uhindret av eventuell taushetsplikt."⁷⁸ Dette vil si at selv om opplysningene skulle omfattes av taushetsplikten deres, må skyldnerens regnskapsfører og revisor utlevere dokumentasjon som bryter taushetsplikten. Ved denne paragrafen har lovgiver latt hensynet til kreditorene vinne frem på bekostning av hensynet til forholdet mellom revisor og klient. Advokater er imidlertid ikke nevnt i bestemmelsen. At plikten er lovregulert for noen yrkesgrupper, taler mot at advokater også skal ha en opplysningsplikt som går foran taushetsplikten. Dette burde, hvis det var tilfelle, være direkte lovfestet.⁷⁹ Flertallet i Rekstendommen kom til at advokatene ikke hadde plikt til å utlevere dokumenter til skyldnerens konkursbo etter hans død. Mindretallet mente at skyldnerens opplysningsplikt tilsa at advokatene burde ha en plikt til å utlevere dokumentene siden det etter mindretallets syn ville foreligge en plikt for skyldner til å samtykke til opphevelse dersom han fortsatt var i live.⁸⁰ Det foreligger ingen rettspraksis om konkurstilfellene etter Rekstendommen. Dermed må det riktige bli å følge flertallet da lovgiver ikke har kommet med forslag til lovendring på dette området enda. Etter gjeldende rett må konklusjonen bli at advokater ikke har plikt til å utlevere dokumenter til konkursbo uten at klienten samtykker.

6.4.3 Betydningen av skyldnerens bistandsplikt i konkurs

Dersom advokaten ikke selv kan oppheve taushetsplikten i disse tilfellene, kan det reises spørsmål om skyldneren har plikt til å oppheve taushetsplikten selv, slik mindretallet i Rekstendommen argumenterte for. Dette fordi skyldner uansett har opplysningsplikt om alle økonomiske forhold.

Det kan også for dette spørsmålet argumenteres med at skyldneren ikke kan ha en slik plikt, når det ikke er positivt lovfestet at skyldnerens opplysningsplikt også omfatter et slikt tvungent samtykke.

⁷⁸ Konkursloven § 101 fjerde ledd jf. § 18 a in fine

⁷⁹ Den samme løsningen er argumenter for av Leif Petter Madsen i Smith/Precht-Jensen s. 161

⁸⁰ Se også ovenfor i pkt.4

Det følger av konkursloven § 101 jf. § 18 at skyldner skal "bistå" bostyrer med å skaffe dokumentasjon om økonomiske forhold. Ordlyden kan her tolkes som at skyldner har plikt til å oppheve taushetsplikten, da det eneste unntaket fra opplysningsplikten som er lovfestet i konkursloven fremkommer i § 18 annet ledd om bedriftshemmeligheter. Videre følger det av konkursloven § 149 at tvistelovens regler gjelder så langt de passer. I tvisteloven fremkommer regelen om bevisforbud dersom advokaters taushetsplikt brytes i § 22-5. Videre heter det eksempelvis i § 22-9 at ingen forplikter å forklare seg om forhold som kan medføre straffeansvar, dette er et utslag av selvinkrimineringsprinsippet som er et viktig generelt prinsipp. Det har imidlertid blitt diskutert hvor langt tvistelovens fritaksregler kan gjelde i konkurssituasjonen.

Høyesterett uttalte i en tvist vedrørende konkursdebitors forklaringsplikt at: "meningen har vært å pålegge debitor en vidtgående plikt til å gi opplysninger om forhold av betydning for hvilke fordringer som kan gjøres gjeldende mot boet".

I juridisk litteratur hersker det uenighet om dette spørsmålet. Leif Haugen skriver i sin artikkel:

" Etter min oppfatning har Rekstendommen i dag begrenset betydning. Mye taler for at selskapets tidligere styre må kunne pålegges i å frita selskapets advokat fra taushetsplikt overfor konkursboet. For det tilfellet at selskapets styre nekter å gi et slikt samtykke, eller at et slikt samtykke ikke kan innhentes taler gode grunner for at boet har krav på å få disse opplysningene fra advokaten direkte eller at retten kan pålegge advokaten å gi betrodde opplysninger til konkursboet. I alle fall kan en med trygghet si at rettstilstanden på disse områder er uavklart."⁸¹

Haugen argumenterer her for at konkursdebitor har plikt til å frita advokaten for sin taushetsplikt, men vil ikke konkludere bastant på spørsmålet. Han avslutter med å tilføye at rettstilstanden er uavklart.

⁸¹ Leif O. Haugen Advokaters taushetsplikt overfor et konkursbo, publisert av Konkursrådet 20. september 2003

Brækhus er klarere i sin konklusjon, og kommer til at konkursdebitor har en plikt til å samtykke til opphevelse av taushetsplikten. Brækhus argumenterer videre for at selvinkrimineringsprinsippet må modifiseres i konkurstilfelle.⁸²

Leif Petter Madsen konkluderer i sin artikkel ikke på spørsmålet om skyldner har plikt til å oppheve taushetsplikten i konkurstilfeller.⁸³ Heller ikke Svalheim konkluderer på spørsmålet i forhold til selvinkrimineringsprinsippet, men nøyer seg med å vise til diskusjonen i juridisk litteratur. I forhold til advokaters taushetsplikt skriver Svalheim at dersom regelen om advokaters taushetsplikt skal falle bort må det kreves uttrykkelig hjemmel, videre uttaler han:

” Stilt overfor krav fra boet om å utlevere et dokument, må debitor følgelig kunne påberope seg en advokats taushetsplikt som fritaksgrunn i samme utstrekning som når det fremsettes krav om fremleggelse av dokumenter i en sivil rettssak.”⁸⁴

Spørsmålet må anses uavklart i teorien, forfatterne argumenterer på et tynt rettskildemessig grunnlag og konklusjonene blir ikke de samme for de ulike forfatterne.

Hensynene som ligger bak advokaters taushetsplikt, herunder hovedsakelig hensynet til tilliten mellom advokat og klient, må anses å bli noe modifisert dersom debitor får en plikt til å oppheve taushetsplikten ved konkurs. En slik regel vil kunne medføre at klienten benytter et føre var - prinsipp og helt fra begynnelsen unndrar opplysninger om sin økonomiske situasjon fra sin advokat.

På den andre siden er konkursdebitor i en konkurssituasjon skyldig sine kreditorer penger, og dekningsprinsippet tilsier at disse skal få best mulig dekning for sine krav.

Konklusjonen må i dette tilfellet bli at dersom det skal foreligge en plikt for konkursskyldner til å oppheve advokatens taushetsplikt ved samtykke, må dette uttrykkelig lovfestes.

⁸² Sjur Brækhus, *Omsetning og Kreditt* 1, 3. utgave 1991 s. 180 flg.

⁸³ Smith/ Precht-Jensen s.155

⁸⁴ Svalheim s. 184 og 185.

7. Krav til samtykket

Det stilles ingen formkrav til samtykket direkte i lovteksten, verken i straffeprosessloven eller i tvisteloven. Her må avtalerettslige regler komme til anvendelse. Etter generelle avtaleregler gjelder ingen formkrav for å inngå en avtale. Det må imidlertid foreligge en disposisjonshandling for at en avtale skal komme i stand.⁸⁵ Dette kan, i tilfellet for samtykke til opphevelse av taushetsplikten, være et muntlig eller skriftlig utsagn, eller klienten kan finne en annen måte å uttrykke at han ønsker å samtykke på. Samtykket må heller ikke gis i forbindelse med en konkret tvist eller problemstilling, men kan gis på forhånd, eksempelvis i klientavtalen eller på annen måte.⁸⁶ Det viktige i denne sammenheng er at advokaten vet sikkert at klienten har ment å oppheve taushetsplikten og at han vet hva det er han kan si noe om. Dette kan det sies lite om på generelt grunnlag. Hver disposisjonshandling må tolkes. Det må imidlertid kreves at samtykket fremstår som klart, bestemt og uttømmende. Advokaten må også ha fått kunnskap om samtykket for at det skal anses som avgitt. Dette er momenter som brukes i generell avtaletolkning, for å vurdere om en part har ment å binde seg ved avtale.⁸⁷ Ofte vil en tolkning av klientavtalen gi svar på hvor langt et samtykke kan anses å rekke. Dette fordi det ofte kan være nedfelt generelle retningslinjer i avtalen som kan være godt egnet til tolkningen av en klients utsagn.

Det kan, for å unngå uklarheter, være en fordel at samtykket avgis skriftlig der det er mulig.

Det må videre kunne være mulig å gi et delvis samtykke.⁸⁸ Dersom dette er gjort må advokaten tenke nøye over hva det er han kan si og ikke. Det må være klart at klienten vet hva det er han har samtykket til og nøyaktig hvor langt samtykket rekker. I tvilstilfeller bør advokaten søke å få klarlagt samtykkets rekkevidde mer nøyaktig før han uttaler seg på vegne av sin klient. Videre kan ikke advokaten forklare seg i henhold til et begrenset samtykke dersom han ser at dette fremstiller saken på en uriktig måte. Hvis samtykket er så begrenset at advokaten ser seg nødt til å gi et ufullstendig bilde av saken for å følge klientens ønsker, må dette anses som at samtykke ikke er gitt i utgangspunktet.⁸⁹

⁸⁵ Jo Hov og Alf Petter Høberg, *Alminnelig avtalerett* 1. utgave 2009 (Hov/ Høberg) s. 82 flg.

⁸⁶ Lous s. 64

⁸⁷ Hov/Høberg s. 87

⁸⁸ Svalheim s.164 og Lous s. 65

⁸⁹ Lous s. 66

De grunnleggende krav til gyldige avtaler må også være til stede. Dette vil si at samtykket ikke må være gitt på bakgrunn av noe som ellers vil lede til at en avtale anses som ugyldig. Eksempelvis vil et samtykke fremkalt på bakgrunn av svik eller annen form for utnyttning, som rammes av reglene i avtaleloven⁹⁰ §§ 28 flg. ikke være gyldig. Dersom en advokat vil uttale seg til media for å profilere seg selv og sine retoriske gaver eller for å vise at han jobber for en rik klient eller en klient som er kjent for allmennheten i reklameøyemed og lurer klienten sin til å samtykke til opphevelse på denne bakgrunn, uten at han har hatt klientens interesser for øyet, vil samtykket ikke anses som gyldig.

Der samtykket er avgitt på forhånd, før den konkrete situasjonen der advokaten ønsker å tale oppstår, må advokaten være særlig forsiktig med å uttale seg. Det kan være vanskelig for klienten å se an konsekvensene av et samtykke på forhånd. Som eksempel kan nevnes en situasjon der en klient på forhånd har samtykket på generelt grunnlag til opphevelse av taushetsplikten. Dersom klienten ved inngåelsen av klientavtalen var en anonym borger, men så i løpet av klientforholdet blir rikskjendis, kan det tenkes at samtykket ikke lenger gjelder. Dette bør advokaten i et slikt tilfelle dobbeltsjekke. Regelen om at advokaten alltid skal ha klientens beste interesse for øye vil bli viktig i en slik sak. I et slikt tilfelle kan også læren om bristende forutsetninger⁹¹ komme til anvendelse.

Læren om bristende forutsetninger er utviklet i den generelle avtaleretten, og går ut på at en avtale i enkelte tilfeller kan settes til side dersom forutsetningene som var til stede ved inngåelsen av en avtale vesentlig endres etter avtaleinngåelsen.⁹² Læren kan dermed bli aktuell der en klient har avgitt samtykke og forutsetningene klienten hadde for å avgi samtykke endrer seg i vesentlig grad. Dette vil kunne medføre at advokaten må anse samtykket som trukket tilbake.⁹³ I et tilfelle som nevnt ovenfor, der klienten blir kjendis på kort tid, vil det kanskje ikke være like uproblematisk som ved inngåelsen av avtalen, at advokaten uttaler seg til media. Små detaljer, som tidligere har blitt ansett som uproblematiske, kan plutselig bli gjenstand for granskning av massemedia. Klienten ønsker kanskje ikke at allmennheten skal vite om klientforholdet i det hele tatt i slike tilfeller.

⁹⁰ Lov 31. mai 1918 nr.4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer. (Avtaleloven)

⁹¹ Johan Giertsen, Avtaler 1. utgave 2006 s. 176 (Giertsen)

⁹² Giertsen s. 218

⁹³ Svalheim s. 169

Advokaten må da rette seg etter dette, og ikke holde fast ved det tidligere avgitte, generelle samtykket.

8. Hvem kan samtykket gis overfor?

Når klienten bestemmer seg for å oppheve advokatens taushetsplikt i en sak, kan det oppstå spørsmål om hvem han må samtykke overfor for at samtykket skal bli gyldig.

Det fremkommer ingen generell regel om hvem samtykket skal gis overfor i loven. I prosesslovgivningen kan det synes som at det må samtykkes direkte overfor retten jf. eksempelvis formuleringen i straffeprosessloven § 119: "Uten samtykke av den som har krav på hemmelighold, må retten ikke ta imot forklaring". Likevel kan dette også tolkes som at retten må forsikre seg om at det foreligger et samtykke før de mottar forklaring.

Hensynet til forholdet mellom advokat og klient, tilsier at den som mottar samtykket i alle fall må ha positiv kunnskap om at samtykket er avgitt, og om omfanget av dette. Retten må eksempelvis undersøke om det foreligger samtykke før den hører en advokat forklare seg om sin klient.

Videre tilsier det faktum at det er advokaten som risikerer straff ved brudd på taushetsplikten at advokaten alltid må ha positiv kunnskap om at det foreligger et samtykke før han forklarer seg, uavhengig av om klienten har samtykket direkte til han eller ikke.

Konklusjonen må i dette tilfellet bli at det ikke har noen betydning hvem klienten retter seg mot når han samtykker. Det viktige er at de ulike aktører skaffer seg positiv kunnskap om at samtykke foreligger.

9. Samtykkets rekkevidde

Hva som ligger i samtykket klienten har avgitt, og hvor langt dette strekker seg, vil bero på en tolkning av den disposisjonshandling som ligger til grunn for opphevelsen. Tolkningen må skje basert på vanlige avtalerettslige regler. Advokaten må også i denne sammenheng se an klienten, og om han har skjønt hva det er han samtykker til. Dersom advokaten eksempelvis forstår at klienten ikke har ment å gi en fullstendig opphevelse av taushetsplikten, må

advokaten forholde seg lojalt til dette, selv om klientens samtykke etter ordlyden virker å være fullstendig.

Har klienten for eksempel sagt at advokaten skal "ta seg av media", kan dette både tolkes som at advokaten skal snakke med media om saken og at advokaten skal bli kvitt media, slik at klienten slipper å komme i kontakt med dem. I et slikt tilfelle må advokaten holde seg for god til å benytte finurlige tolkningsmetoder for å snakke med media. Det må avklares med klienten hvilket av de to tolkningsalternativene som skal legges til grunn.

Advokaten må også ta stilling til om samtykket er delvis avgitt for en sak eller en del av en sak eventuelt om samtykket gjelder for hele klientforholdet. Også her må klientens utsagn, klientavtalen eller et annet stiftelsesgrunnlag tolkes i den enkelte sak.

10. Tilbakekall av samtykke

Dersom klienten, etter å ha samtykket til å oppheve advokatens taushetsplikt, ombestemmer seg, vil spørsmålet om det er mulig å trekke tilbake samtykket reise seg.

Etter avtalerettslige regler er en avtale bindende når den er gyldig inngått. Dersom klientens samtykke til opphevelse anses som en vanlig avtale, tilsier dette at klienten ikke selv skal kunne bestemme på hvilket som helst tidspunkt at han ønsker å trekke samtykket tilbake. Likevel er hovedregelen om at advokaten har taushetsplikt der for å beskytte forholdet mellom advokat og klient. Dersom et avgitt samtykke skulle være ugjenkallelig, ville det ofte kunne få store konsekvenser for klienten å samtykke til opphevelse. Dersom klienten samtykket til å oppheve taushetsplikten for en kort periode, av praktiske årsaker, ville det være uhensiktsmessig dersom dette skulle være en endelig beslutning. Det ville da blitt vanskelig for klienten å se de endelige konsekvensene av å avgi et samtykke, og den praktiske fordelene dette gir, kunne ha blitt vanskeligere å få til i mange saker.

I Rt. 2008 s.504 presiserer Høyesterett at utgangspunktet er at et samtykke alltid kan trekkes tilbake.⁹⁴ Dommen gjaldt en psykologs taushetsplikt, men det samme må gjelde for advokater.

⁹⁴ Rt. 2008 s. 504 avsnitt 15

Hovedregelen må etter dette være at klienten kan tilbakekalle samtykket dersom det skulle være ønskelig. Dette er det også enighet om i teorien.⁹⁵ Problemstillingen videre blir da spørsmålet om hvor langt adgangen til tilbakekall rekker.

Det er hensyn som tilsier at klienten ikke skal kunne trekke tilbake samtykket i alle situasjoner. Først og fremst vil disse hensynene gjøre seg gjeldende under en rettergangsprosess, der klienten først har samtykket til opphevelse av taushetsplikten, for så å ville trekke samtykket tilbake på et senere tidspunkt. En slik endring kan skade klientens sak ved at klienten vil fremstå som mindre troverdig. I tillegg kan en slik praksis føre til at klientens sak blir ufullstendig opplyst, slik at advokatens delvise forklaring gir et feil bilde av den faktiske situasjon. Det anses også som problematisk og lite beskyttelsesverdig, dersom en klient skal kunne la advokaten avgi forklaring i førsteinstans, men deretter trekke tilbake samtykket i ankerunden hvis forklaringen ikke slår ut til hans fordel.

Inntil forklaring er gitt under rettergang oppstår ikke dette problemet. På dette tidspunktet kan samtykket alltid tilbakekalles.⁹⁶ Hensynene som nevnt ovenfor har ikke rukket å gjøre seg gjeldende enda, før forklaringen er gitt under rettergang. Dermed bør hensynene bak hovedregelen, at advokaten skal ha taushetsplikt så lenge det ikke foreligger samtykke, tillegges avgjørende vekt på dette tidspunktet.

I Rt. 2008 side 504 hadde tiltalte i en straffesak under rettssaken i førsteinstans, gitt samtykke til fritak for taushetsplikt for sin psykolog. Da tiltalte anket tingrettens dom til lagmannsretten, trakk han samtykket tilbake. Høyesterett kom i denne saken til at samtykket ikke kunne trekkes tilbake med virkning for ankeinstansen. Høyesterett drøfter straffeprosessloven § 119 på generelt grunnlag, og presiserer at det samme vil gjelde for alle yrkesgrupper som er nevnt i paragrafen.

I denne saken har Høyesterett kommet til at klienten ikke skal ha mulighet til å "spekulere" i å avgi og trekke tilbake samtykket på denne måten. Dersom klienten skal kunne få prøve ut en rettssak både med og uten samtykke i de ulike rettsinstansene, vil rettssystemet og instansrekkefølgen kunne bli misbrukt. Høyesterett argumenterer også for at opplysningene psykologen hadde forklart seg om i underinstansen ikke lenger kan anses som en

⁹⁵ Eksempelvis Lous s. 65 og Svalheim s. 169

⁹⁶ Lous s. 65

hemmelighet i henhold til straffeloven § 144.⁹⁷ Å stenge døren for en praksis der klienten kan trekke samtykket tilbake for ankeinstansen, svekker heller sannsynligvis ikke forholdet mellom klient og advokat i stor grad. Dersom en klient velger å trekke tilbake samtykket i ankeomgangen, vil mest sannsynlig bakgrunnen for dette være et ønske om å sette seg selv i et bedre lys. Forholdet til advokaten vil dermed komme i andre rekke.

Imidlertid er det klienten som har rett til å disponere over sitt samtykke. Høyesterett har også dette som utgangspunkt, men fraviker denne hovedregelen på et tynt rettskildemessig grunnlag. Avgjørelsen er bygget på sprikende uttalelser i juridisk teori. Det kan reises spørsmål om et avgitt samtykke for tingretten også skal være bindende overfor lagmannsretten, som på tidspunktet samtykket gis, ikke har fått kunnskap om dette. For klienten kan det også dreie seg om personlige forhold, som han ikke ønsker å "rippe opp i". Det kan også tenkes situasjoner der klienten ikke lengre har tiltro til rettssystemet. Uavhengig av dette, kreves det aldri begrunnelse fra klienten når han velger å trekke samtykket tilbake.

Tradisjonelt skal det mindre til for å bryte avtaler vedrørende den personlige integritet. Det kan argumenteres for at å tvinge en klient eller pasient til å oppheve taushetsplikten for ankeinstansen, strider mot prinsippet om "fair trial" i EMK artikkel 6. Videre kan det oppstå problemstillinger opp mot vernet mot selvinkriminering.⁹⁸ Dersom opphevelse av taushetsplikten direkte medfører at klienten får straff, har han bidratt til egen domfellelse i strid med dette prinsippet. Disse problemstillingene har ikke Høyesterett tatt stilling til i Rt.2008 s. 504. Det blir bare på generelt grunnlag utledet en rettsregel om at tiltalte ikke kan trekke tilbake samtykket for ankeinstansen.

Høyesteretts argumentasjon om å spekulere i rettssystemet er heller ikke helt treffende. Dersom en psykolog eller en advokat forklarer seg for underinstansen, og klienten deretter trekker samtykket, vil overinstansen stå fritt til å benytte underrettens avgjørelse og argumentasjon. Aktor vil mest sannsynlig ha mange gode argumenter å ta av når det gjøres

⁹⁷ Rt. 2008 s. 504 avsnitt 22

⁹⁸ Forbudet mot selvinkriminering fremkommer i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 bokstav g.

kjent at samtykket er trukket tilbake, og dette vil sjeldent få et positivt utfall for tiltalte i straffesaker.

Høyesterettsdommen er ikke avsagt under dissens, og må respekteres som rettskilde selv om den er avsagt på tynt grunnlag. Likevel, som det fremkommer flere steder i oppgaven, må det klar hjemmel til for å oppheve taushetsplikten mot klientens vilje. Spørsmålet egner seg heller ikke for en interesseavveining, der tiltalte i noen tilfeller får trekke samtykket tilbake og i andre tilfeller ikke. Det vil være relativt enkelt for lovgiver å ta stilling til problemet og lovfeste en regel om hva som skjer med samtykkekompetansen i ankeinstansen. Dette vil gi en klarere hjemmel og øke forutsigbarheten for klienter.

11. Avsluttende bemerkninger

Av fremstillingen over følger det at det i en rekke situasjoner kan være aktuelt og praktisk å oppheve advokaters taushetsplikt ved samtykke. Hovedsakelig ligger samtykkekompetansen fast hos klienten. Imidlertid kan det tenkes situasjoner der advokaten har både rett og i noen tilfeller plikt, til å samtykke til å oppheve taushetsplikten uten at klienten har godkjent dette.

Videre reiser de største problemstillingene seg i situasjoner hvor klienten selv ikke har mulighet til å samtykke til opphevelse av taushetsplikten. I disse situasjonene er det viktig med rettsregler som beskytter klientens interesse og som ivaretar de tungtveiende hensynene som ligger bak taushetsplikten.

Reglene om samtykke er imidlertid uoversiktlige og uklare på de fleste punkter. Dersom det i alle situasjoner skal bli en ren vurderingssak for den enkelte advokat om et samtykke skal godtas eller ikke, vil rettstilstanden bli usikker for klientene som ikke vet hva som skal til for at den enkelte advokat godkjenner et samtykke. Dette gjelder spesielt i situasjonene der klienten selv ikke er i stand til å avgi samtykke.

Med dagens rettstilstand, vil det etter dette kunne være hensiktsmessig å regulere problemstillinger vedrørende samtykke til opphevelse av taushetsplikten allerede i klientavtalen. Dette vil løse mange av problemstillingene nevnt i fremstillingen ovenfor og gi klienter muligheten til å tenke over problemstillingene som kan oppstå allerede ved inngåelsen av klientavtalen. Dette kan løses ved at advokatene kan ta inn generelle regler om samtykke som standardvilkår i oppdragsbekreftelsen eller ved at advokaten diskuterer

disse spørsmålene med klienten ved inngåelsen av avtalen. Imidlertid er det mange forhold som må klarlegges når et nytt klientforhold opprettes. Det er med dette en fare for at hypotetiske problemstillinger i stor grad vil bli oversett ved inngåelsen av avtalen.

Videre kan det dermed være hensiktsmessig med en lovendring på dette området. Problemstillingene er stort sett ikke nevnt i lovteksten, og det foreligger begrenset praksis på feltet. I tillegg er det uenighet om flere av problemstillingene i juridisk litteratur. En lovendring vil bidra til å oppklare mange ubesvarte spørsmål, og gjøre rettstilstanden klarere og mer forutsigbar for både klienter, advokater og tredjemenn.

12. Kilder

12.1 Lover

- Lov 6. juni 1863 nr. 00 om Conkurs og Konkursboers Behandling (Opphevet)
- Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov
- Lov 13. august 1915 nr.5 om domstolene
- Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.
- Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker
- Lov 13. juni 1980 nr. 24 om ligningsforvaltning
- Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre §§ 31-33
- Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker
- Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs
- Lov 16. juni 1989 nr. 53 om eiendomsmegling
- Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper
- Lov 6. mars 2003 nr. 11 om hvitvasking
- Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister
- Lov 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling

12.2 Forskrifter

- Forskrift 20. desember 1996 nr. 1161

12.3 Konvensjoner

- FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter
- Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen

12.4 Forarbeider

- NUT-1969-3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen
- NOU 2009:4 Tiltak mot skatteunndragelser
- NOU 2009:15 Skjult informasjon – åpen kontroll
- Prop.116 L (2009-2010) om endringer i domstolloven og straffeloven 1902

12.5 Rettspraksis

- Rt. 1979 s. 1492
- Rt.1983 s. 430 - Rekstendommen
- Rt. 1992 s. 949
- Rt.1994 s.1337
- Rt. 2006 s. 633
- Rt. 2008 s. 504

12.6 Avgjørelser fra Disiplinærnemnda

- Disiplinærnemndas sak D092/2005

12.7 Juridisk teori

- Andenæs, Johs, *Alminnelig Strafferett*, 5.utgave (Oslo 2004)
- Brækhus, Sjur, *Omsetning og Kreditt 1*, 3. utgave (Oslo 1991)
- Haugen, Leif , "*Advokaters taushetsplikt overfor et konkursbo*" Konkursrådet 20. september 2003
- Giertsen, Johan, *Avtaler* (Bergen 2006)
- Hov, Jo og Alf Petter Høberg, *Alminnelig avtalerett* (Oslo 2009)
- Kandidatnummer 145553, *Forholdet mellom advokaters taushetsplikt og fortrolighetsplikt i norsk, svensk og dansk rett* (Masteravhandling 2006) (Hentet fra Advokatforeningens nettside)
- Lous, Georg, *Sakføreres taushetsplikt* (Oslo 1960)
- Lous, Georg, "*En sakførers rett og plikt til i straffesaker og tvistemål å meddele retten eller motparten opplysninger som ikke går i hans parts favør*" (Edisjonsplikten) (Oslo 1962)
- Smith, Merethe og Øyvind Precht-Jensen (Red.) *Advokaters taushetsplikt under press* (Oslo 2010)
- Svalheim, Knut, *Advokaters taushetsplikt* (Oslo 1996)

12.8 Nettsteder

- Advokatforeningens oppdragsbekreftelse:
<http://advokatforeningen.no/Drift-av-advokatvirksomhet/Klientforholdet/Oppdragsbekreftelse/Maler-for-oppdagsbekreftelse/>
- Dalan advokatfirma DA MNAs oppdragsvilkår:
<http://www.dalan.no/Alminneligeoppdragsvilk%C3%A5r/tabid/5902/Default.aspx>

- Lovavdelingens prinsipputtalelse 3.oktober 2000. Saksnr. 200010094 E TME/LST/ATV:
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/id/kampanjer/tolkningsuttalelser/forvaltningsret/t/tolkningsuttalelser-om-eiendomsmeulingsl/-5-1---forholdet-mellom-opplysningsplikt.html?id=451957>
- Norlegal advokatfirma AS' oppdragsvilkår:
<http://www.norlegal.no/index.html?68821>

Antall ord i besvarelsen: 14573