

Beslag av materiale som kan inneholde advokatbetroelser

Hvilke skranker setter advokaters taushetsplikt for beslagsadgangen og hvilken fremgangsmåte må anvendes i slike tilfeller?

Kandidatnummer: 583

Leveringsfrist: 25. november 2018

Antall ord: 17 953



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema.....	1
1.2	Problemstillinger og perspektiv	2
1.3	Presiseringer og avgrensninger	2
1.4	Rettskilder	3
1.5	Overordnede hensyn	6
1.6	Begrepsbruk	7
1.7	Fremstillingen videre	8
2	ADVOKATERS TAUSHETSPLIKT SOM SKRANKE MOT BESLAG	9
2.1	Overordnede skranke	9
2.1.1	Lovskravet	9
2.1.2	Grunnloven og folkerettslig konfrontasjon.....	9
2.2	Rammene for den norske reguleringen	10
2.2.1	Kort om adgang til beslag.....	10
2.2.2	Beslagsforbud i strpl. § 204 første ledd.....	11
2.2.3	Unntak i annet ledd.....	11
2.2.4	Bevisforbud i strpl. § 119	12
2.2.5	Unntak ved «samtykke»	13
2.3	Forholdet mellom reglene	13
2.4	Prosessuelle utgangspunkter	14
3	BESLAGSFORBUDETS REKKEVIDDE	15
3.1	Beslagsforbudet beskytter opplysninger	15
3.2	Nærmere om betroelser	16
3.2.1	Betroelse gjennom tredjemenn og bruk av medhjelpere	18
3.2.2	Siktede innhentet opplysninger	20
3.2.3	Eksistensen av klientforholdet.....	21
3.2.4	Vurderinger foretatt av advokat og råd gitt til klient.....	22
3.2.5	Nedtegnelser og forberedende notater	22
3.2.6	Opplysninger gjort tilgjengelig for offentlig myndighet	24
3.3	Grensen for egentlig advokatvirksomhet	25
3.4	Bevisforbudet kan oppheves ved klientens samtykke.....	26
3.5	Sammenfatning	27

4	FREMANGSMÅTEN VED RANSAKING OG BESLAG AV MATERIALE SOM KAN INNEHOLDE ADVOKATBETROELSER.....	29
4.1	Presiseringer.....	29
4.2	Forholdet mellom ransaking og beslag	29
4.3	Generelt: Rettslig kontroll som rettssikkerhetsgaranti.....	30
4.3.1	Fremgangsmåte ved beslag på advokatkontor.....	31
4.3.2	Fremgangsmåte ved beslag utenfor advokatkontor	34
4.4	Praktiske spørsmål ved rettens forhåndskontroll	38
4.4.1	Metode for utskillingen av beslagsmaterialet.....	38
4.4.2	Krav til spesifisering og konkretisering av materiale.....	40
4.4.3	Forsvarers rolle ved rettens gjennomgang av materiale sikret hos advokat	41
4.4.4	Frigivelse av materiale sikret ved ransaking i ransakingsfasen.....	43
4.5	Sammenfatning	45
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	47
5.1	Oppsummering.....	47
5.2	Rettspolitisk vurdering av forslag til nytt unntak fra taushetsplikten	47
6	REFERANSELISTE.....	51

1 Innledning

1.1 Tema

Tema for oppgaven er beslag av materiale som kan inneholde advokatbetroelser. Advokatbetroelser er enkelt sagt informasjon klienter gir advokater i fortrolighet og som fører til taushetsplikt for advokaten. Taushetsplikten i rettspleien er en sentral rettssikkerhetsgaranti i et demokratisk samfunn. Uten taushetsplikten ville det være umulig å opprettholde og ivareta en fri advokatstand. I noen tilfeller kommer taushetsplikten i konflikt med myndighetenes adgang til å foreta ransaking og beslag i forbindelse med kriminalitetsbekjempelse. Særlige spørsmål gjør seg derfor gjeldende der beslag tas på et advokatkontor, eller der beslaget antas å inneholde advokatkorrespondanse.

De siste ti årene har det pågått en diskusjon om rekkevidden av advokaters taushetsplikt i forbindelse med statens kriminalitetsbekjempelse. Advokatforeningen holdt foredrag høsten 2009 om advokaters taushetsplikt og flere prinsipielt viktige temaer ble diskutert – deriblant tema for denne oppgaven. Videre har Advokatlovutvalget skrevet en omfattende utredning hvor blant annet spørsmål knyttet til beslag og taushetsplikt er vurdert. Etter utvalgets syn er det grunn til å regulere unntak fra taushetsplikten på en klarere måte enn i dag.¹

Uklarheter vedørende rekkevidden av taushetsplikten og fremgangsmåten ved beslag har resultert i flere viktige avgjørelser på området. Høyesterett har avgjort flere prinsipielt viktige avgjørelser om rekkevidden av advokaters taushetsplikt i straffesaker, saker som vil bli nærmere behandlet senere. En analyse av avgjørelsene tyder på en utvikling i retning av større beskyttelse av taushetsplikten. Særlig nevnes saksforholdet hvor en tidligere advokat i juni 2016 ble siktet for å ha brutt en rekke alvorlig straffbare forhold. Høyesterett har i forbindelse med dette saksforholdet avgjort tre prinsipielt viktige avgjørelser i første halvdel av 2018. Saken var mye omtalt i mediene i 2016 og de straffeprosessuelle avgjørelsene er avgjort fortløpende i domstolsapparatet. Derfor foreligger det behov for å kartlegge og undersøke rettstilstanden nærmere slik den er i dag.

¹ NOU 2015: 3 s. 230.

1.2 Problemstillinger og perspektiv

Tema for oppgaven reiser to hovedproblemstillinger. Den første er hvilke begrensninger advokaters taushetsplikt setter mot beslagsadgang i straffesaker; den materielle rekkevidden av beslagsforbudet. Den andre hovedproblemstillingen knytter seg til den praktiske ransakingen og beslagleggelsen av materiale som kan inneholde advokatbetroelser. Spørsmålet er hvilken fremgangsmåte som må benyttes for å sikre at de materielle rettsreglene respekteres. Formålet med oppgaven er å belyse og kartlegge viktigheten av advokaters taushetsplikt sett hen mot hensynet til statens kriminalitetsbekjempelse i lys av nyere rettskildemateriale.

Hovedproblemstillingene er inspirert av artikkelen til Rui publisert i tidsskrift for strafferett nr. 3, 2013,² men også hentet fra de siste avgjørelsene fra Høyesterett om temaet.

Perspektivet for oppgaven er et rettsdogmatisk perspektiv der jeg skal analysere hovedproblemstillingene utfra alminnelig juridisk metode med sentralt fokus på høyesterettspraksis for å kartlegge gjeldende rett.

1.3 Presiseringer og avgrensninger

Advokaters taushetsplikt og forholdet til myndighetenes inngrep i den privates sfære har relevans og forbindelseslinjer til flere rettsområder. Oppgaven skal behandle spørsmål knyttet til beslag etter straffeprosessloven³ (strpl.) §§ 203, 204 og 205. Selv om liknende spørsmål oppstår på sivilrettens, forvaltningsrettens- og konkurranserettens område⁴ vil det føre for langt å behandle det i denne oppgaven. Der det er naturlig å nevne andre rettsområder vil det bli gjort fortløpende.

Spesielle eller generelle unntak fra taushetsplikten som faller utenfor strpl. § 204 første ledd, jf. § 119 første ledd vil heller ikke bli nærmere behandlet fordi det ligger utenfor kjernen av oppgavens tema.

Det er dermed politi- og påtalemyndighetens behov for å foreta ransaking og beslag i forbindelse med straffeorvertredelser denne oppgaven behandler. Spørsmålene knytter seg til tilfeller hvor en advokat har en klient som er mistenkt for et straffbart forhold, eller der advokaten selv er mistenkt. Det vil føre for langt å behandle problemstillinger hvor advokat og klient er medskyldige i lovbruddet, jf. strpl. § 204 andre ledd, men nevnes kort under kapittel 2.

² Rui (2013) s. 299.

³ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåte i straffesaker.

⁴ Hjort (2017) s. 180.

For å behandle de overordnede spørsmålene oppgaven reiser må det forutsettes videre at de generelle vilkårene for ransaking og beslag er oppfylt, blant annet forholdsmessighetsprinsippet i strpl. § 170 a. Under enhver omstendighet må tvangsinngrepet være forholdsmessig dersom det skal tillates.⁵ Det vil føre for langt å behandle reglene utførlig, men der hvor det er relevant vil det vurderes fortløpende.

1.4 Rettskilder

Lovregler vedtatt av Stortinget er den dominerende rettskilden innenfor straffeprosessen. Den sentrale lovteksten i oppgaven er straffeprosessloven av 1981. Reglene for beslags- og bevisforbud finnes i strpl. §§ 204 og 119. Straffeloven⁶ (strl.) § 211 omhandler straffansvar for advokater som bryter sin taushetsplikt ved å røpe «*hemmeligheter* som er *betrodd dem* eller deres foresatte i anledningen *stillingen eller oppdraget*». Straffeloven av 2005 trådte ikke i kraft før i 2015, men det følger av forarbeidene til strl. § 211 at § 144 i gammel straffelov, som vernet blant annet advokaters taushetsplikt, skulle videreføres til ny straffelov med samme innhold som tidligere.⁷

Beslagsforbudet følger av strpl. § 204 første ledd og henviser til bevisforbudet i strpl. § 119. Etter § 119 første ledd kan ikke retten ta imot forklaringer av advokater eller forsvarere i straffesaker om noe som er «betrodd dem i deres stilling». Ordlyden i bestemmelsen er utgangspunktet for vurderingen av problemstillingene.

Selv om beslag-, og bevisforbudene hovedsakelig bygger på lovbestemmelser er det nærmere innholdet av bevisforbudene for advokater fastlagt i rettspraksis.⁸ Rundt tusenårsskiftet har Høyesterett ved avklarende fortolkninger av bevisforbudsreglene utøvd en aktiv, rettsskapende virksomhet og bruk av *formålsbetraktninger* etter strpl. §§ 119 og 204 har ført til betydelig utvikling av innholdet i bestemmelsene.⁹ Høyesterettspraksis vil derfor utgjøre en vesentlig rettskilde ved vurderingen av rekkevidden av taushetsplikten. Den siste avgjørelsen som berører spørsmålet er HR-2018-104-A fra januar 2018. Det er med andre ord stadig behov for rettsavklaring på dette området.

⁵ Øyen (2016) s. 179.

⁶ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

⁷ Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 407.

⁸ Skoghøy (2016) s. 64.

⁹ Skoghøy (2016) s. 63.

Fremgangsmåten man har etablert ved utskillingsprosessen i forbindelse med beslag av materiale som kan inneholde advokatbetroelser følger ikke direkte av loven. Forarbeidene til straffeprosessloven av 1981¹⁰ gir heller ikke særlig veiledning. I forbindelse med denne problemstillingen har høyesterettspraksis vært en sentral rettskilde, se HR-2018-699-A og HR-2018-1517-U som behandles senere.

Da store deler av oppgaven inneholder svært nye avgjørelser må vekten poengteres særskilt. Helt nye rettsavgjørelser har i teorien vært hevdet å ha liten rettskildemessig vekt, jf. Eckhoff hvor det uttales at «helt ferske dommer som ingen har fått tid til å innrette seg etter ennå, er det forholdsvis lite betenkelig å fravike».¹¹ Skoghøy er av den oppfatning at dette er for sterkt uttrykt og mener det er marginale forskjeller mellom å foreta «kursjustering» av ferske og festnede avgjørelser.¹² Et tilleggsmoment er at tidsaspektet må sees i sammenheng med hvilket rettsområde som vurderes.¹³ Straffeprosessen utgjør et dynamisk rettsområde hvor behovet for avklaring av aktuelle prinsipielle spørsmål oppstår jevnlig. Her vil det være nærliggende å vektlegge nyere avgjørelser på området.

Nyere rettspraksis fremhever i større grad betydningen av Grunnloven (Grl.) og den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) ved tolkningen av advokaters taushetsplikt og hvilke skranker den setter for beslag på strafferettens område, se HR-2018-104-A og HR-2018-699-A. Etersom EMK er en del av norsk lov, jf. menneskerettsloven¹⁴ (mrl.) § 2 vil rettsavgjørelser fra den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) ha rettskildemessig betydning for tolkningen av de nevnte regler; det er EMD som tolker EMK med bindende virkning for den staten som er innklaget, jf. EMK art. 19, jf. art. 46. EMD har med andre ord en normdannende myndighet¹⁵, og det følger av forarbeidene til menneskerettsloven at avgjørelser fra EMD derfor må tillegges meget høy vekt som rettskilefaktor.¹⁶

Etersom forarbeidene til straffeprosessloven av 1981 gir liten veiledning ved vurderingen av oppgavens problemstillinger, har Høyesterett i blant annet Rt. 2010 s. 1638 brukt forarbeidene til helsepersonelloven¹⁷ (hlspl.) ved tolkning av advokaters taushetsplikt da de samme hensyn langt på vei gjør seg gjeldende.¹⁸ I tillegg vil tvisteloven¹⁹ (tv1.) § 22-5 som viderefører tidli-

¹⁰ NUT 1969: 3.

¹¹ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 183.

¹² Skoghøy (2002) s. 341.

¹³ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 183.

¹⁴ Lov 21. mai 1999 nr. 14 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

¹⁵ Skoghøy (2002) s. 330.

¹⁶ Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) s. 67.

¹⁷ Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell.

¹⁸ Rt. 2010 s. 1638 avsnitt 35 og 36, jf. Ot.prp. nr. 13 (1998–1999).

gere tvistemålslov²⁰ (tvml.) § 205 være relevant ved tolkingen fordi bestemmelsene tilsvarer strpl. § 119.²¹ Tilhørende forarbeider²² og rettsavgjørelser er dermed av betydning ved fastleggelsen av gjeldende rett.

NOU 2015: 3 og NOU 2016: 24 inkluderer uttalelser om oppgavens tema. Disse er å anse som «forarbeider som er etterarbeider» fordi de begge er forarbeider til aktuelle lover som ennå ikke er vedtatt. Det er ikke bestridt at etterarbeider kan ha relevans som rettskildefaktor ved tolking av gjeldende rett, men det er omdiskutert i teorien hvilken vekt de skal tillegges.²³ Bergo uttrykker at etterarbeiders gjennomslagskraft må sees i sammenheng med eventuell motstrid med andre rettskildefaktorer og heller anvendes som en støtte- eller utfyllingsfunksjon der *loven er utilstrekkelig*.²⁴

Skoghøy uttaler i sin artikkel fra 2016 «Domstolsskapt prosessrett» at NOU 2015: 3 som lovfester advokaters taushetsplikt (§ 27) er utformet etter de kriterier som er *utviklet gjennom rettspraksis*, og at ordlyden i bestemmelsen vil danne basis for den videre tolkning og utvikling av advokaters taushetsplikt og de korresponderende bevisforbudsreglene.²⁵ I NOU 2016: 24 uttales det at «[i] korthet innebærer bevisreglene i utkastet omtrent samme beslagsfrihet som etter gjeldende rett» (s. 337).

Når det gjelder underrettspraksis vil jeg benytte meg av tre avgjørelser fra lagmannsretten som behandler spørsmål vedrørende *fremgangsmåten* av ransaking og beslag foretatt hos advokat. Avgjørelsene er fra høsten 2018²⁶, og gjelder samme saksforhold som de tre siste avgjørelsene fra Høyesterett våren 2018 som kommer til å belyses under den andre hovedproblemstillingen. Det er omdiskutert hvor stor vekt lagmannsrettspraksis har ettersom det er Høyesterett som dømmer i siste instans.²⁷ Nyansene av vekten ved lagmannsrettsavgjørelser påvirkes av hvordan det øvrige rettskildebilde ser ut. Det kan argumenteres for at avgjørelsene har større vekt hvor de er anket til Høyesterett, men nektet fremmet eller forkastet ved forenklet kjennelse. Selv om Høyesterett ikke er bundet av underrettspraksis vil avgjørelsene være veiledende for underrettene ved fastleggelsen av gjeldende rett.

¹⁹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

²⁰ Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål.

²¹ Rt. 2013 s. 1206 avsnitt 20–21.

²² Blant annet NOU 2001: 32.

²³ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 95.

²⁴ Bergo (2000) s. 78.

²⁵ Skoghøy (2016) s. 64.

²⁶ LB-2018-076734, LB-2018-123076, LB-2018-87329.

²⁷ Skoghøy (2002) s. 325.

Problemstillingene oppgaven reiser er ikke viet stor plass i juridisk teori, men har tidligere blitt behandlet av blant annet Svalheim og Jahre.²⁸ I 2013 skrev Skoghøy og Rui hver sin artikkel om temaet.²⁹ Advokatforeningen har vist stor interesse for temaet og kom blant annet med en artikkel i 2016 som tok stilling til noen av de samme spørsmålene som vil bli behandlet fortløpende.³⁰ Juridisk litteratur har normalt liten vekt som rettskilde, og anvendes stort sett som en supplerende rettskilde eller støtteargument ved siden av de øvrige rettskildefaktorene.³¹

1.5 Overordnede hensyn

Det er to overordnede hensyn som står mot hverandre. På den ene siden hensynet til fortrolighet mellom klient og advokat, og på den andre siden hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse. I Rt. 1999 s.1066 uttales det at begrunnelsen for bevisforbud etter strpl. § 119 er at «folk skal kunne søke profesjonell behandling, hjelp eller råd fra de yrkesutøvere som omfattes av bestemmelsen, uten at de skal risikere at de opplysninger de i den forbindelse gir, skal bli gitt videre». Dette er en forutsetning for å oppnå materielt riktige rettsavgjørelser, se Rt. 2010 s. 1638 avsnitt 33 og juridisk teori.³² Resultatet er at taushetsplikten og det prosessuelle bevisforbudet må ha et sterkt vern i et demokratisk samfunn.³³

Hensynet som ligger til grunn for advokaters taushetsplikt belyses også i NOU 2009: 15 Skjult informasjon – åpen kontroll. Metodekontrollutvalget uttrykker følgende:

«Ved siden av å ivareta alminnelige personvern hensyn, er et sentralt formål bak reglene om advokaters taushetsplikt at de skal legge til rette for et fortrolighetsforhold mellom klient og advokat. Hvor det foreligger et slikt fortrolighetsforhold, kan advokaten få de opplysninger som behøves og dermed den nødvendige handlekraft for å kunne ivareta klientens interesser på best mulig måte. Advokaters taushetsplikt utgjør utvilsomt en *viktig rettsikkerhetsgaranti*» (s. 341).

Beslagsadgangen er imidlertid et viktig institutt i strafferettspleien. Behovet for å opplyse saken så fullstendig som mulig taler for vid beslagsadgang. Et annet moment er politiets behov for en effektiv etterforskning. Likevel fremheves det fra Økokrims side i høring av NOU 2015: 3 at *hovedregelen* er at politiet ikke skal krenke advokaters taushetsplikt i straffesaker.

²⁸ Svalheim (1996) og Jahre (1990).

²⁹ Skoghøy (2013) og Rui (2013).

³⁰ Johnsen (2016).

³¹ Boe (2012) s. 320.

³² Rui (2013) s. 298.

³³ Økokrim (2016) s. 1.

At viktig informasjon kan gå tapt i tilfeller der materialet hevdes å inneholde advokatbetroelser er etter Økokrims betraktning en samfunnsmessig kostand.³⁴ På den andre siden argumenterer Økokrim for at det er «svært viktig at reglene om bevisforbud for advokatinformasjon rekker så langt som hensynene bak reglene krever, men heller ikke lenger».³⁵ Det er i dette grenseområdet mange av de interessante spørsmålene har blitt reist og som skal behandles nærmere nedenfor.

De kryssende hensyn har ført til at rettsområdet til stadighet er under utvikling, spesielt fordi vi er underlagt EMK og tolkingen av disse bestemmelser. Hensynene bak advokaters taushetsplikt fremheves også i forarbeidene til ny advokatlov og viser blant annet til rekommandasjonen fra Europarådets ministerkomité fra 25 oktober 2000³⁶, hvor det uttales i prinsipp 1 punkt 6: «All necessary measures should be taken to ensure the respect of the confidentiality of the lawyer-client relationship. Exceptions to this principle should be allowed only if compatible with the Rule of Law». Selv om rekommandasjonen ikke er bindende er den en presisering av EMK art. 8 som Norge er bundet av.³⁷

De hensyn som begrunner reglene har hatt stor vekt ved løsningen av de ulike rettsspørsmål og vil belyses i den videre fremstillingen.

1.6 Begrepsbruk

Med «beslag» mener jeg konfiskering av ting som kan ha betydning som bevis i saken. Et beslag vil innebære «at påtalemyndigheten overtar rådigheten over tingen, hvilket også følger forutsetningsvis av straffeprosessloven § 214, jf. også §§ 208, 209 og 213».³⁸ Det betyr at ordet «beslagsforbud» brukes der myndighetene ikke har mulighet til å overta rådighet over tingen. Med «bevisforbud» siktes det til at bevis ikke kan innhentes eller brukes av retten.

Oppgaven vil gjennomgående inneholde begreper som «dokumenter» og «materiale». Det vil stort sett siktes til elektroniske dokumenter eller materiale. Andre typer av dokumenter som faller utenfor de elektroniske vil også være omfattet av begrepet.

³⁴ Økokrim (2016) s. 2.

³⁵ Økokrim (2016) s. 2.

³⁶ NOU 2015: 3 s. 191–192.

³⁷ Skoghøy (2013) s. 169.

³⁸ NOU 2016: 24 s. 337.

1.7 Fremstillingen videre

Den videre fremstillingen vil i hovedsak fokusere på spørsmål som gjør seg gjeldende under de to ulike hovedproblemstillingene. For å kunne besvare hovedproblemstillingene i oppgaven er det behov for å redegjøre kort for de reglene som danner det rettslige utgangspunktet for den videre analysen. Det gjøres for å vise hvilke rettslige rammer vi befinner oss innenfor og vil behandles i kapittel 2. Kronologien er valgt fordi den gjenspeiler domstolenes egen fremgangsmåte de siste årene.

I kapittel 3 foretas en analyse av den første hovedproblemstillingen og de underspørsmål som gjør seg gjeldende ved bruk av rettspraksis. Deretter vil den samme fremgangsmåten brukes under kapittel 4 i forbindelse med den andre hovedproblemstillingen. Det er under kapittel 4 de nyeste avgjørelsene fra 2018 spesielt blir behandlet. Det oppsummeres avslutningsvis etter begge kapitler. Til slutt, i kapittel 5, vil det komme en kort oppsummering og noen avsluttende rettspolitiske vurderinger. Her behandles temaet for oppgaven gjennom et fremtidsrettet perspektiv med utgangspunkt i NOU 2015: 3 som foreslår å lovfeste et nytt unntak fra advokaters taushetsplikt.

Alle kursiveringer og ord inntatt i klammer ved sitater er foretatt av meg.

2 Advokaters taushetsplikt som skranke mot beslag

2.1 Overordnede skranke

2.1.1 Lovskravet

Av praksis fra Høyesterett de siste årene har legalitetsprinsippet stått meget sterkt i forbindelse med politiets bruk av tvangsmidler. Kravet til lovhjemmel følger nå av Grunnloven (Grl.) § 113 og uttrykker at «[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Sikring av materiale som senere kan beslaglegges vil etter loven utgjøre et «inngrep» som krever lovhjemmel.³⁹

Et eksempel på at inngrep har grunnlag i lov er hovedregelen om beslag etter strpl. § 203. Oppgaven tar for seg unntaket i strpl. § 204 første ledd, jf. § 119 første og andre ledd som forbyr å ta beslag i materiale som kan inneholde advokatbetroelser.⁴⁰ Inngrep i taushetsplikten krever også lovhjemmel, se Rt. 2012 s. 608 som gjaldt advokaters taushetsplikt ved konkursbehandling. Det ble lagt til grunn at lovhjemmel ved inngrep i advokaters taushetsplikt er et vilkår (avsnitt 48).

Det poengteres i HR-2018-104-A at lovskravet setter skranke for hvor utvidende man kan tolke ordlyden i bestemmelsene i strpl. § 204 første ledd, jf. § 119 første ledd. Det følger av avgjørelsen at man ikke har anledning til å begrense rekkevidden av de nevnte bestemmelser lenger enn hva som er «forenelig med en alminnelig språklig forståelse av ordlyden» (avsnitt 24). Lovskravet setter også rammer for fremgangsmåten ved beslagleggelsen. Samlet sett må systemet «gi tilstrekkelige garantier for at politiet ikke mottar informasjon fra det sikrede materialet som det etter loven ikke er hjemmel for å gi til politiet» (avsnitt 24). Lovskravet berører dermed begge hovedproblemstillingene og anvendes som en overordnet skranke ved lovtolkningen.

2.1.2 Grunnloven og folkerettslig konfrontasjon

Ettersom vi er bundet av internasjonale konvensjoner må reglene etter straffeprosessloven leses i samsvar med reglene etter EMK. Av høyesterettspraksis fremgår det at advokaters taushetsplikt er forankret i Grl. § 102, jf. EMK art. 8 som beskytter retten til familieliv og privatliv, sitt hjem og sin kommunikasjon eller korrespondanse.⁴¹ Det siste alternativet er tek-

³⁹ HR-2018-104-A avsnitt 22.

⁴⁰ Johnsen (2016) s. 490.

⁴¹ HR-2018-104-A avsnitt 23.

nologinøytralt.⁴² Inngrep i EMK art. 8 nr. 1 kan bare legitimeres dersom vilkårene etter art. 8 nr. 2 er oppfylt.

EMD har avsagt flere relevante avgjørelser om myndighetenes mulighet til å beslaglegge materiale som kan inneholde advokatbetroelser.⁴³ Den klareste begrensingen er at inngrep i advokaters taushetsplikt må ha klar hjemmel i lov, være underlagt et legitimt formål og være nødvendig i et demokratisk samfunn.⁴⁴ Hva som er nødvendig i et demokratisk samfunn beror på om inngrepet er egnet, nødvendig og forholdsmessig.⁴⁵ Det nærmere innholdet behandles senere i kapittel 4 og 5.

Høyesterett har i HR-2018-104-A videre lagt til grunn at taushetsplikten har forankring i Grl. § 95 første ledd, jf. EMK art. 6 (avsnitt 29). Det samme er lagt til grunn i EMDs dom 10. mai 2007 *Modarca mot Moldova* som poengterer følgende:

«One of the key elements in a lawyer's effective representation of a client's interests is the principle that the confidentiality of information exchanged between them must be protected (...) The Court recalls that it has previously held that confidential communication with one's lawyer is protected by the Convention as an *important safeguard* of one's *right to defence*» (avsnitt 87).

For å ikke krenke reglene om advokaters taushetsplikt oppstiller EMD krav om prosessuelle rettssikkerhetsgarantier slik at mistenkte personer får en rettferdig rettergang under straffefølgningen. Det nærmere innholdet vil jeg komme tilbake til under kapittel 4.

2.2 Rammene for den norske reguleringen

2.2.1 Kort om adgang til beslag

Hovedregelen for adgang til beslag følger av strpl. § 203 hvor det blant annet fremgår at «ting som antas å ha betydning som bevis, kan beslaglegges inntil rettskraftig dom foreligger i saken». Begrepet «ting» vil etter ordlyden indikere at det er fysiske gjenstander som fast eiendom eller løsøre, for eksempel papirdokumenter, men etter rettspraksis omfatter begrepet blant annet også elektronisk lagret informasjon.⁴⁶ Inngrepet har i utgangspunktet således lov- hjemmel.

⁴² Skoghøy (2013) s. 168.

⁴³ Se blant annet *Michaude v. France* avsnitt 118–119 om det sterke vernet til advokaters taushetsplikt.

⁴⁴ *Sallinen v. Finland* avsnitt 74–95.

⁴⁵ HR-2018-104-A avsnitt 23.

⁴⁶ HR-2018-104-A avsnitt 26.

Tolkningen av strpl. § 203 inngår ikke i tema for oppgaven og behandles derfor ikke nærmere. Bestemmelsen nevnes imidlertid der den har relevans.

2.2.2 Beslagsforbud i strpl. § 204 første ledd

Temaet for fremstillingen videre er unntaket fra hovedregelen i strpl. § 203. Det aktuelle unntaket følger av strpl. § 204 første ledd, som legger til grunn at «[d]et kan ikke tas beslag i dokumenter (...) et vitne kan nekte å forklare seg om etter §§ 117-121 (...) og som besittes enten av den som kan nekte å forklare seg, eller av den som har rettslig interesse i hemmelighold».

Under fremstillingen er det strpl. § 119 første og andre ledd som er av relevans og som må leses i sammenheng med strpl. § 204 første ledd. Dersom et beslag inneholder blandende opplysninger, hvor bare deler er omfattet av bevisforbudet, vil ikke det resultere i at hele dokumentet blir nektet beslaglagt. Det er bare beslagsforbud for den delen av beviset som inneholder advokatbetroelser, jf. tvl. 26-7 annet ledd annet punktum. I straffesaker er den samme regelen slått fast i Rt. 2013 s. 1282 avsnitt 34.⁴⁷ Hvordan man skiller ut informasjon som er advokatbetroelser hører inn under den ene hovedproblemstillingen og vil bli behandlet i kapittel 4.

Det må nevnes at retten ikke har skjønnsmessig adgang til å pålegge advokater vitneplikt etter strpl. § 119. Med andre ord gjelder det er *absolutt* beslagsforbud etter strpl. § 204 første ledd.⁴⁸ Det nærmere innholdet av bestemmelsene vil bli behandlet under de ulike spørsmålene oppgaven reiser.

2.2.3 Unntak i annet ledd

Dersom en advokat og vedkommendes klient er mistenkt for å være medskyldige i samme straffbare forhold vil unntaket etter første ledd oppheves, og man vil kunne ta beslag etter hovedregelen i strpl. § 203. Hensynet til advokatens taushetsplikt er ikke beskyttelsesverdig her. Bestemmelsen gir rett til beslag i det konkrete tilfellet, men opphever ikke advokatens taushetsplikt etter § 119 på generelt grunnlag.⁴⁹ Det nærmere innholdet av vilkårene vil ikke bli behandlet fordi det vil føre for langt å behandle.

Spørsmålene oppgaven reiser vil likevel ha betydning der en advokat og vedkommendes klient er mistenkt for å være medskyldige i samme straffbare forhold. Det er bare advokatbetroelser mellom de medskyldige som kan beslaglegges; ikke betroelser fra advokatens *andre*

⁴⁷ NOU 2015:3 s. 196.

⁴⁸ HR-2017-111-A avsnitt 22.

⁴⁹ Rt. 2008 s. 158 avsnitt 76.

klienter. Beslagsforbudet etter første ledd omfatter dermed også tilfeller som beskrevet her og de samme problemstillinger gjør seg dermed gjeldende.

2.2.4 Bevisforbud i strpl. § 119

Ordlyden i strpl. § 119 *første ledd* uttrykker at retten ikke må ta imot forklaringer av blant annet advokater eller forsvarere i straffesaker «om noe som er betrodd dem i deres stilling» under den forutsetning at samtykke ikke foreligger fra den som har rett på hemmelighet. Bestemmelsen oppstiller et forklaringsforbud for advokater som mottar informasjon som omfattes av kallsmessig taushetsplikt.⁵⁰ Med andre ord er strpl. § 119 første ledd et unntak fra den alminnelige vitneplikten etter strpl. § 108.⁵¹

Det følger av juridisk teori at bevisforbudet ikke bare omfatter vitneforklaringer, jf. ordlyden «forklaringer» men også legger begrensninger for å ta imot dokumenter som har et innhold som omfattes av vitneforbudet.⁵² Denne tolkningen følger også indirekte av strpl. § 204 fordi bestemmelsene må leses samlet.⁵³

Strpl. § 119 *andre ledd* utvider forklaringsforbudet til å omhandle «underordnede og medhjelpere som i stillings medfør er kommet til kunnskap om det som er betrodd de nevnte personer».⁵⁴ Spørsmål om hvem som kan anses som «medhjelper» etter strpl. § 119 andre ledd har betydning for rekkevidden av beslagsforbudet ettersom medhjelperes taushetsplikt sies å være avledet personer etter bestemmelsens første ledd.⁵⁵ Ved vurderingen av om man skal anse en medhjelper for å være omfattet av bevisforbudet, vil det avgjørende være «om vedkommende kan sies å bistå advokaten i dennes bistand overfor sin klient».⁵⁶ Rettspraksis vil behandles nærmere i kapittel 3.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «er» betrodd «dem» i strpl. § 119 første ledd tilsier en snever grense for når informasjon er beskyttet og hos hvem den kan beskyttes.⁵⁷ Den indikerer at informasjonen allerede *er delt* med advokaten og at informasjonen er kommet til ad-

⁵⁰ Øyen (2016) s. 365.

⁵¹ NOU 2015: 3 s. 196.

⁵² Johnsen (2016) s. 490.

⁵³ Johnsen (2016) s. 490–491.

⁵⁴ Øyen (2016) s. 365.

⁵⁵ Rt. 2006 s. 1071 avsnitt 25.

⁵⁶ Svalheim (1996) s. 48.

⁵⁷ Øyen (2016) s. 365.

vokatens kunnskap. Samme gjelder etter andre ledd, jf. ordlyden «er» betrodd en av persone-
ne i første ledd. Ordlyden tilsier at betroelser allerede er delt med prinsipalen.

Høyesterett har imidlertid hatt en forholdsvis fri holdning til ordlyden. Hensynene bak regelen
i strpl. § 119 har fått sentral plass ved tolkningen. Utgangspunktet er at bevisforbudet i strpl. §
119 favner videre enn hva som følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden. En nær-
mere gjennomgang av praksis og tolking av vilkårene vil bli grundig analysert i kapittel 3.

2.2.5 Unntak ved «samtykke»

Retten vil kunne ta imot forklaring etter strpl. § 119 dersom den som har rett på hemmelig-
hold samtykker. Ettersom advokaters taushetsplikt er utformet med den begrunnelse at den
skal beskytte klienten, vil samtykke fra klienten oppheve advokatens taushetsplikt. Det sam-
me kan utledes etter strl. § 211 og vilkåret «uberettiget» som «må forstås som en henvisning
til den generelle rettsstridsreservasjonen».⁵⁸ Det vil ikke være uberettiget å røpe en hemme-
lighet som klienten har samtykket til å videreformidle.⁵⁹

Videre kan samtykket både være eksplisitt og implisitt.⁶⁰ Det er med andre ord ingen form-
krav til samtykke. Det kan være skriftlig eller muntlig og fremgå av passivitet eller konklud-
ent atferd. Her er det avtalerettslige regler som anvendes ved tolkingen.⁶¹ Hensynene bak
reglene om advokaters taushetsplikt vil også være relevant ved tolkingen siden både lovskra-
vet i Grl. § 113 og EMK art. 8 setter skranker for hvor langt man kan strekke et eventuelt
samtykke. Dette vil bli behandlet under kapittel 3 med utgangspunkt i HR-2018-104-A.

2.3 Forholdet mellom reglene

Det følger av rettspraksis at strpl. §§ 204, 119 må leses i sammenheng med strl. § 211. Se til
illustrasjon HR-2018-104-A, der retten la til grunn at «prosesslovenes beslags- og bevisforbud
står i sammenheng med straffeloven § 211» (avsnitt 29). Advokaters taushetsplikt er ikke po-
sitivt lovregulert, men siden strl. § 211 kriminaliserer brudd på taushetsplikten følger det av
lovens system at advokater har taushetsplikt og at den ikke kan brytes.⁶²

⁵⁸ NOU 2015: 3 s. 192.

⁵⁹ NOU 2015: 3 s. 202.

⁶⁰ HR-2018-104-A avsnitt 37.

⁶¹ NOU 2015:3 s. 202–203.

⁶² Rui (2013) s. 297.

Selv om bestemmelsene langt på vei speiler hverandre⁶³ følger det av juridisk teori at strpl. § 119 og strl. § 211 ikke fullt ut sammenfaller og at noen forhold vil kunne falle utenfor hver av de ulike bestemmelsene.⁶⁴ Denne grensdragningen er ikke relevant for de sentrale spørsmål i oppgaven og inngår derfor ikke i den videre fremstillingen.

Rekkevidden av beslagsforbudet etter strpl. § 204 første ledd må tolkes i sammenheng med strpl. § 119 første og andre ledd. Vitneplikten omfang har betydning for den materielle rekkevidden av strpl. § 204.⁶⁵ Dersom forklaringsplikten faller bort ved samtykke eller ikke oppfyller vilkårene etter strpl. § 119 første eller andre ledd vil det være mulig å beslaglegge etter hovedregelen i strpl. § 203.

2.4 Prosessuelle utgangspunkter

For å sikre at de materielle rettsreglene om bevis- og beslagsforbud respekteres har domstolene utviklet prosessuelle regler for gjennomføring av beslag og ransaking. I NOU 2015: 3 uttrykker utvalget at «gjennomføringen av ransaking og beslag må skje i overensstemmelse med reglene i straffeprosessloven kapittel 15 og 16 og forholdsmessighetsprinsippet i straffeprosessloven § 170 a, og dessuten innenfor rammene av EMK artikkel 8 om retten til respekt for privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse, jf. Grunnloven § 102.»⁶⁶ De relevante reglene vil behandles nærmere under kapittel 4.

⁶³ Rt. 2013 s. 92 avsnitt 38.

⁶⁴ Skoghøy (2013) s. 166.

⁶⁵ Johnsen (2016) s. 490–491.

⁶⁶ NOU 2015: 3 s. 197.

3 Beslagsforbudets rekkevidde

3.1 Beslagsforbudet beskytter opplysninger

Den nærmere forståelsen av hva som er beskyttet etter strpl. § 204 første ledd, jf. strpl. § 119 første og andre ledd følger blant annet av forarbeidene til straffeprosessloven som uttrykker at det avgjørende for om beslag kan tas eller ikke er hvorvidt opplysningene er dekket av taushetsplikten. Dette gjelder selv om den siktede er taushetsforpliktet.⁶⁷ Det er således *informasjonen eller opplysningene* i det aktuelle dokumentet som er vernet av bestemmelsene, og gjelder uavhengig av om den siktede er klient eller advokat. Juridisk teori beskriver at «det vesentlige ved forståelsen av loven er at den skal beskytte opplysninger som er dekket av retten til å nekte forklaring etter de bestemmelser § 204 viser til».⁶⁸

Etter strpl. § 204 første ledd gjelder det i tillegg et vilkår jf. «og» at dokumentene «besittes enten av den som kan nekte å forklare seg eller den som har rettslig interesse i hemmelighold». Det er altså ikke avgjørende om taushetsbelagt materiale besittes av advokaten eller befinner seg hos en mistenkt klient. I Rt. 1986 s. 1149 legger Høyesteretts kjæremålsutvalg til grunn at beslagsforbudet gjelder selv om informasjonen besittes av siktede selv. Saken gjaldt en siktet klient som motsatte seg beslag av hans pengeskap fordi han hevdet dokumentene inneholdt advokatbetroelser mellom han selv og advokaten. Kjæremålsutvalget viser til straffeprosesslovkomiteens innstilling⁶⁹ og uttrykker at «denne regel må være selvsagt når det gjelder brev fra forsvarer, og at komiteen er blitt stående ved at regelen bør gjelde ellers også» (side 1134).

Spørsmål om strpl. § 204 første ledd, jf. strpl. § 119 kommer til anvendelse hvor dokumentene besittes av tredjeperson uten rettslig interesse i hemmeligholdelsen har vært behandlet i Rt. 1999 s. 1066. Saken gjaldt tolkingen av tvml. § 205 første ledd som har tilsvarende ordlyd som strpl. § 119 første ledd. Tredjepersoner nevnes ikke direkte i ordlyden, og taler isolert for at beslagsforbudet ikke gjelder. Hensynet til fortroligheten er imidlertid her utslagsgivende. Det følger av Rt. 1999 s. 1066 at:

«Siden reglene om forbud mot vitneprov er gitt for å sikre at nærmere bestemte opplysninger ikke kommer ut, må dokumenter som inneholder opplysninger som det er forbudt å motta vitneprov om, nektes fremlagt uten hensyn til hvem som besitter dokumentet» (s. 1070).

⁶⁷ NUT 1969: 3 s. 253–254.

⁶⁸ Bjerke (2011) kommentar til § 204 s. 714.

⁶⁹ NUT 1969: 3 s. 253.

Det uttrykkes i forarbeidene til advokatlov at bevisforbudet «følger» dokumentet⁷⁰ og forståelsen konstruert i Rt. 1999 s. 1066 er opprettholdt i senere rettspraksis, se Rt. 2012 s. 1601 hvor det poengteres at: «[d]ersom en opplysning er omfattet av et bevisforbud, er det *opplysningens karakter* som avgjør rekkevidden av dette forbudet» (avsnitt 20).

Høyesteretts ankeutvalg tok nylig stilling til spørsmålet i HR-2018-01691-U som gjaldt rekkevidden av tvl. 22-5. En tredjeperson som mottaker av taushetsbelagt informasjon hadde oversendt informasjonen videre til motpart. Det ble argumentert for at bevisforbudet i tvl. § 22-5 ikke gjaldt siden *avsender* ikke hadde lovbestemt taushetsplikt. Høyesterett benektet dette, og la til grunn at det var *informasjonen* som var beskyttet og at bevisforbudet kom til anvendelse (avsnitt 18). Avgjørelsen presiserte også at standarden hentet fra Rt. 1999 s. 1066 gjelder uavhengig om tolkingen omfatter tvl. § 22-5 eller strpl. § 119 (avsnitt 18).

3.2 Nærmere om betroelser

Hva som er betrodd etter strpl. § 119 må som presisert leses på tilsvarende måte som strl. § 211 hvor advokater ikke kan røpe «hemmeligheter» som er «betrodd» dem. Hemmeligheter vil etter en naturlig språklig forståelse omfatte informasjon som man har berettigede forventninger om at skal holdes fortrolig. Formuleringen «betrodd» retter seg mot opplysningens karakter og på hvilken måte opplysningen er mottatt.⁷¹

Det følger av rettspraksis at man i stor grad har tolket hemmeligheter og betroelser videre enn hva som følger av en naturlig forståelse av begrepet. Hvor vidt eller snevert man kan tolke ordet har satt skranker for beslagsforbudet etter strpl. § 204 første ledd jf. § 119 første ledd og andre ledd. Å "betro" betyr ifølge bokmålsordboka "å overlate", eller "å meddele i fortrolighet", jf. HR-2018-104-A hvor spørsmålet var om betroelsen var falt bort fordi forsvarer i en straffesak hadde gjort opplysningene tilgjengelig for offentlig myndighet. Denne avgjørelsen komme jeg tilbake til under punkt 3.3.6.

På den andre siden vil en betroelse eller hemmelighet etter sin ordlyd ikke omfatte opplysninger som er rene private opplysninger.⁷² Det samme gjelder for allment tilgjengelig eller offentlig kjent informasjon, se Rt. 2012 s. 268. I kjennelsen legges det til grunn at informasjonen må være «alminnelig kjent og omdiskutert» dersom den faller utenfor begrepet og marke-

⁷⁰ NOU 2015: 3 s. 197, jf. Rt. 2008 s. 158 avsnitt 142.

⁷¹ NOU 2015: 3 s. 195.

⁷² Rui (2013) s. 304.

rer at Høyesterett setter krav til at det må foreligge en «omfattende informasjonsutbredelse».⁷³ Det skal ikke være mulig å omgå bevisforbudet ved å meddele informasjon med omverden som i utgangspunktet er beslagsfritt, for deretter å hevde det er alminnelig kjent informasjon. Advokatlovutvalget foreslår å lovfeste dette i forslag til advokatlov.⁷⁴ I forarbeidene til ny straffeprosesslov er denne lovforståelsen kritisert og ikke foreslått videreført.⁷⁵

Forarbeidene til strpl. § 119 gir liten veiledning for hva man kan si er «betrodd» dem i deres stilling. Ettersom strpl. § 119 og tvl. § 22-5 (tidligere tvml. § 205) har tilsvarende ordlyd, har forarbeidene til tidligere tvistemålslov og tvisteloven betydning ved tolking av bestemmelsen.⁷⁶ Blant annet følger det av forarbeidene til tvistemålsloven at ordlyden «betrodd» ikke kan tas bokstavelig. Det beskrives følgende i Ot.prp. nr. 1 (1910):

«Man anser det selvsagt, at betroelse kan ske ikke bare i ord, men ogsaa i gjerning, f.eks. derved at en person lar seg undersøke av en læge eller overgir dokumenter til en sakfører til gjensyn» (side 181).

Et viktig argument for å tolke ordlyden utvidende er at hensynene bak bestemmelsen best ivaretas ved å gi den et slikt innhold. Høyesterett begrunner ofte sine standpunkt i hensynet til fortrolighet mellom klient og advokat, jf. blant annet Rt. 2010 s. 1638:

«Begrunnelsen for taushetsplikten i § 119 er at folk skal kunne søke profesjonell behandling, hjelp eller råd fra yrkesutøvere som omfattes av bestemmelsen, uten at opplysninger de i den forbindelse gir, skal komme ut eller bli gitt videre (...) Advokaters taushetsplikt skal altså verne fortroligheten mellom klient og advokat. Dette vil bidra til at man får materielt riktige avgjørelser og er dermed en viktig rettssikkerhetsgaranti» (avsnitt 19).

I HR-2018-104-A legges det til grunn at «[f]or at beslagsforbudet ikke skal undergraves, må det derfor ha en *vid* rekkevidde» (avsnitt 26). Under de neste punktene vil konkrete spørsmål reist gjennom rettspraksis bli behandlet for å analysere rekkevidden av beslagsforbudet og advokaters taushetsplikt.

⁷³ NOU 2016: 24 s. 275.

⁷⁴ NOU 2015: 3 s. 221.

⁷⁵ NOU 2016: 24 s. 275.

⁷⁶ Rt. 2006 s. 1071 avsnitt 20.

3.2.1 Betroelse gjennom tredjemenn og bruk av medhjelpere

Et spørsmål som gjør seg gjeldende er hvorvidt bevisforbudet etter strpl. § 119 omfatter opplysninger advokaten får fra tredjemenn eller opplysninger advokaten innhenter fra andre enn klienten selv.

En ren språklig forståelse av ordlyden omfatter ikke tredjemenn. Tolkningen kan likevel ikke være bokstavelig. Forarbeidene til tidligere tvistemålslov, jf. punkt 3.3 bemerker at ordlyden må tolkes utvidende. Her har særlig to spørsmål oppstått. Det første er hvorvidt opplysninger gitt av tredjemenn omfattes av betroelsesbegrepet etter strpl. § 119 første ledd. Det andre spørsmålet gjelder hvilke begrensninger som følger for medhjelpere etter andre ledd.

Begge spørsmålene ble behandlet i Rt. 2006 s. 1071. Denne saken gjaldt spørsmål om hvorvidt informasjon innhentet av en privatetterforsker under oppdrag fra en advokat kunne anses som en betroelse etter strpl § 119 første ledd eller andre ledd. Høyesterett tok først stilling til «om opplysningene ville vært omfattet av vitneforbudet dersom det hadde vært advokaten selv som hadde innhentet dem» (avsnitt 17). Påtalemyndigheten anførte at betroelser etter strpl. § 119 første ledd ikke kunne omfatte informasjon som ble innhentet fra tredjemenn, og gjaldt kun for opplysninger klienten selv hadde gitt til advokaten eller ønsket innhentet av advokaten (avsnitt 19).

Høyesterett var ikke enig med påtalemyndigheten. Først og fremst viser Høyesterett til lovforarbeidene til den gamle tvistemålsloven, presisert i punkt 3.3 som uttrykkelig legger til grunn at begrepet ikke kan tolkes bokstavelig. For det andre viser førstvoterende til juridisk teori, jf. Skoghøy, Tvistemål (2001) side 572 hvor det uttrykkes at man må forstå bestemmelsen og begrensningen i den «til å gjelde opplysninger en yrkesutøver har fått fra eller har innhentet på vegne av den som har søkt behandling eller råd hos yrkesutøveren» (avsnitt 21). Dette inkluderer, ifølge Skoghøy, opplysninger innhentet av tredjemenn på vegne av advokaten. Denne betraktningssmåten sluttet Høyesterett seg til (avsnitt 22).

Høyesterett legger til grunn at en betroelse etter loven omfatter alt «*det advokaten i egenskap av sitt yrke og som ledd i et klientforhold innhenter eller får tilgang til på vegne av klienten*» (avsnitt 22). Formuleringen er senere fastholdt i rettspraksis og vil bli gjennomgående henvist til i dette kapitlet.

Det andre spørsmålet i saken var hvorvidt *privatetterforskeren* kunne nekte å gi forklaring etter strpl. § 119 andre ledd. Det var på det rene at privatetterforskeren var medhjelper etter andre ledd. Likevel anførte påtalemyndigheten at opplysningene privatetterforskeren hadde fått ikke kunne anses som «betrodd de nevnte personer» etter første ledd. Begrunnelsen var at opplysningene innhentet av privatetterforskeren enda *ikke var delt* med advokaten. Av ordly-

den «er» betrodd kan det tolkes som at det oppstilles vilkår om at opplysningene må være mottatt av prinsipalen i første ledd (avsnitt 25).

Ved bruk av en samlet juridisk teori⁷⁷ avviser Høyesterett at betroelsesbegrepet etter strpl. § 119 andre ledd kan tolkes så bokstavelig. En enstemmig Høyesterett uttrykker at selv om forskjellsbehandlingen som fremgår av bestemmelsen opprinnelig var tilsiktet kan ikke regelen lenger ha samme innhold som tidligere. Begrunnelsen var at «[h]ensynet bak bestemmelsen tilsier at opplysninger medhjelperen får kunnskap om i egenskap av medhjelper, og som er *ment å være tilgjengelig for prinsipalen som ledd i dennes oppdrag for klienten*, i realiteten ses som en betroelse gitt direkte til prinsipalen» (avsnitt 29). Opplysninger gitt til privatetterforskeren ble dermed underlagt bevisforbudet i strpl. § 119 andre ledd.

I Rt. 2015 s. 1463 som også gjaldt informasjon innhentet av en privatetterforsker ble resultatet det motsatte. Selv om privatetterforskeren var engasjert av siktedes advokat, lå det et forbehold om at informasjonen ikke skulle deles med advokaten. Opplysningene innhentet av privatetterforskeren var *ikke ment å være tilgjengelig* for forsvareren og privatetterforskerens stilling kunne dermed ikke anses som avledet av prinsipalen etter første ledd. Hensynet til fortrolighet mellom advokat og klient gjaldt ikke hvor det forelå en forutsetning om at opplysningene ikke skulle deles med forsvareren. Høyesterett åpnet ikke for at beskyttelsen skulle utvides for tilfeller som faller utenfor det bestemmelsen skal verne (avsnitt 12-14).

I en annen sak for Høyesteretts ankeutvalg, se Rt. 2013 s. 92, ble et liknende spørsmål vedrørende betroelser gitt av tredjemenn behandlet. Denne saken lå noe annerledes an enn de to nevnte avgjørelser foran. Forsvarer hadde fått uoppfordret informasjon av medtiltalte A i tilknytning til sitt forsvareroppdrag for siktede C. Det konkrete spørsmålet var om informasjonen gitt fra *medtiltalte A* til siktedes forsvareren kunne underlegges bevisforbudet i strpl. § 119 første ledd.

Et enstemmig ankeutvalg viser først og fremst til formuleringen av lovtolkingsresultatet uttalt i Rt. 2006 s. 1071 om at det som er «betrodd» etter strpl. § 119 er «det advokaten i egenskap av sitt yrke og som ledd i et klientforhold innhenter eller får tilgang til på vegne av klienten». Det legges til grunn at forklaringsforbudet også gjelder for opplysninger advokater får på vegne av klienter gjennom tredjemenn. Videre presiserer førstvoterende at «dette nødvendigvis også må omfatte opplysninger tredjemann *uoppfordret* formidler til advokaten i vedkommendes egenskap av å ha et *oppdrag for klienten*» (avsnitt 40).

⁷⁷ Rt. 2006 s. 1071 avsnitt 28 med videre henvisninger.

Det neste spørsmålet var om forsvareren innhentet eller fikk tilgang til informasjonen *på vegne* av sin klient. Ankeutvalget fant det klart at advokaten hadde mottatt opplysninger fra medtiltalte på vegne av klienten. Han var siktedes forsvarer og den personen som hadde anledning til å bringe meldingen videre til sin klient (avsnitt 41).

Konklusjonen er dermed at informasjon gitt uoppfordret av medtiltalte tredjemenn til siktedes forsvarere i anledning advokatoppdraget faller innunder beslagsforbudet etter strpl. § 204 første ledd, jf. § 119 første ledd.

3.2.2 Siktede innhentet opplysninger

En annen avgjørelse, inntatt i Rt. 2012 s. 1601 gjaldt rekkevidden av beslagsforbudet hvor forsvarer brukte *siktede/sin klient* til å innhente dokumentasjon. Spørsmålet var om forsvarer kunne engasjere sin egen klient – den siktede – som medhjelper, og på denne måten begrense beslag med påstand om at informasjonen innhentet av siktede er beskyttet av beslagsforbudet etter strpl. § 204, jf. § 119. Her hadde siktede innhentet opplysninger som var *ment tilgjengelig* for forsvarer uten at forsvarer enda var kjent med informasjonen.

Førstvoterende uttaler at det ikke nødvendigvis er et vilkår at advokaten er gjort kjent med opplysningene (avsnitt 24) og viser til tolkingen gjort i Rt. 2006 s. 1071; som legger til grunn at taushetsplikten omfatter det «*som er ment å være tilgjengelig for prinsipalen som ledd i dennes oppdrag for klienten*». Selv om den konkrete uttalelsen fra Rt. 2006 s. 1071 gjaldt tolkingen av strpl. § 119 andre ledd var Høyesterett av den oppfatning at strpl. § 119 første ledd burde tolkes tilsvarende som § 119 andre ledd. Høyesterett viser til juridisk litteratur til støtte for en slik forståelse med henvisning til Svalheim, som gir uttrykk for at beslagsforbudet etter strpl. § 204 første ledd, jf. § 119 første ledd også gjelder for dokumenter opprettet «med tanke på at de skal betros advokaten»⁷⁸ (avsnitt 25).

Retten poengterer at betraktningmåten har støtte i hensynet bak regelen og at det ikke burde ha betydning hvorvidt opplysningene har kommet frem til advokatens kunnskap eller ikke. Så lenge opplysningene er ment å deles med advokaten, er opplysningen beskyttet og dermed styrende for rekkevidden av beslagsforbudet (avsnitt 25).

Et spesielt spørsmål som oppstod i denne saken var om *siktede* skulle betegnes som medhjelper etter strpl. § 119 andre ledd eller omfattes etter strpl. § 119 første ledd. Førstvoterende uttalte:

⁷⁸ Svalheim (1996) s. 191.

«Materiale som [den siktede] har innhentet *etter oppdrag* fra sin forsvarer, og som er *ment for forsvareren*, er omfattet av beslagsforbudet i § 204 første ledd, jf. § 119 første ledd. Som jeg har nevnt, vil det avgjørende være om materialet er *innhentet som ledd i utøvelsen* av advokat [As] forsvareroppgave. Er det tilfellet, gjelder beslagsforbudet uavhengig av om A har innhentet opplysningene fra advokater i [X advokatfirma], fra andre eksperter i firmaet eller fra medsiktede B» (avsnitt 27).

Opplysningene innhentet av A ble dermed beskyttet gjennom forsvarerens taushetsplikt etter strpl. § 119 *første ledd*. En reservasjon er gitt hvor «A på eget initiativ har innhentet opplysninger for selv å vurdere hva som skal bringes videre til forsvareren» Da vil forholdet falle utenfor beslagsforbudet i strpl. § 204, jf. § 119 (avsnitt 28).

3.2.3 Eksistensen av klientforholdet

I rettspraksis har det ved flere anledninger vært spørsmål hvorvidt navn på klienter er underlagt advokaters taushetsplikt. En naturlig språklig forståelse av betroelsesbegrepet i strpl. § 119 første og andre ledd taler for at navn på klienter ikke omfattes. Det er vanskelig å lese ut av ordlyden at den omfatter betroelser om navnet sitt.⁷⁹

Rettspraksis har tidligere i Rt. 1999 s. 911 vurdert spørsmålet og kom frem under dissens 3-2 til at navn på klienter bare er underlagt taushetsplikt dersom det *er fare for* at betroelser gitt til advokaten vil bli røpet dersom navnet blir kjent. Denne forståelsen er fraveket i senere rettspraksis. Navn på klienter er etter gjeldende rett underlagt advokaters taushetsplikt og dermed unntatt beslag.

Avgjørelsen som knesetter denne forståelsen er Rt. 2010 s. 1638. Det konkrete spørsmålet i saken var om Økokrim kunne kreve å bli forelagt opplysninger fra et advokatfirma som satt med informasjon om hvem som var oppført som mottaker av pengeoverføringer ved firmaets klientkonto (avsnitt 30). Et av spørsmålene var om advokaters taushetsplikt vernet navn på klienter.

Høyesterett la vekt på at det vil være vanskelig for en advokat å forutse hvilke konsekvenser som kan oppstå for klienten dersom navnet hans blir kjent. Samtidig vil regelen være vanskelig å praktisere ettersom brudd på taushetsplikten er straffbart. Høyesterett bemerker at innholdet av betroelsesbegrepet uttalt i Rt. 2006 s. 1071 er så vidt formulert at den naturlige måtte

⁷⁹ Rui (2013) s. 303.

omfatte opplysninger om klientens navn (avsnitt 51). Samme forståelse er lagt til grunn i juridisk teori⁸⁰ og opprettholdt i senere rettspraksis.⁸¹

3.2.4 Vurderinger foretatt av advokat og råd gitt til klient

Det har oppstått spørsmål om hvorvidt råd og vurderinger gjort av advokater er omfattet av bestemmelsen i strpl. § 119 første ledd. Ordlyden kan tyde på at det bare er de opplysninger *klienten* deler med sin advokat, jf. «betrodd dem» som er beskyttet av bestemmelsen. Hensynet til fortrolighet mellom advokat og klient tilsier at råd og vurderinger en advokat foretar seg omfattes av loven. Om det skulle falle utenfor er det risiko for at klienter ville latt være å oppsøke advokat.

Spørsmålet ble behandlet i Rt. 2012 s. 868 som gjaldt hvorvidt påtalemyndigheten kunne beslaglegge en advokats timelister. Det ble tatt utgangspunkt i samme formulering fra Rt. 2006 s. 1071 om at betroelser omfatter alt en «advokat i egenskap av sitt yrke og som ledd i et klientforhold innhenter eller får tilgang til på vegne av klienten». Ankeutvalget var av den oppfatning at «taushetsplikten også må omfatte de vurderinger som yrkesutøveren har foretatt, og de råd han har gitt til pasienten eller klienten, jf. Skoghøy, *Tvisteløsning* 2010 side 668-669 om den tilsvarende bestemmelsen i tvisteloven § 22-5» (avsnitt 15). Denne forståelsen er også lagt til grunn i Rt. 2010 s. 740 avsnitt 31 og Rt. 2013 s. 1336 avsnitt 26 som begge gjaldt tolkingen av tvl. § 22-5.

Videre la ankeutvalget til grunn at advokaters timelister også måtte være underlagt beslagsforbud ettersom *råd og vurderinger* gjort av advokaten *kan fremgå av timelistene*. Sakens faktiske side eller den rettslige kompleksitet ville kunne fremgå av timelistene. Timelister er dermed underlagt begrepet «betrodd dem i deres stilling» (avsnitt 15 og 17).

3.2.5 Nedtegnelser og forberedende notater

Hvorvidt man kan beslaglegge notater eller andre nedtegnelser *siktede gjør før* han betror seg advokaten har vært avgjort av Høyesterett i Rt. 2014 s. 297. Dette spørsmålet har prinsipiell og praktisk betydning for hvordan man kan forberede sitt forsvar etter EMK art. 6 nr. 3 bokstav b og c.

⁸⁰ Skoghøy (2017) s. 778.

⁸¹ Se blant annet Rt. 2012 s. 868 avsnitt 41 og HR-2018-104-A avsnitt 27.

Siktede hadde skrevet notater i varetekt under et avhør som han senere ville dele med forsvarer. Notatene ble beslaglagt av politiet før notatene var formidlet til siktedes forsvarer. Det var *to spørsmål* Høyesterett tok stilling til. Det første var om det var et vilkår at notatene måtte være delt med forsvarer for at opplysningene omfattes av beslagsforbudet. Det andre var om det hadde betydning at politiet allerede var kjent med innholdet av notatene.

Høyesterett bemerker at hensynet til fortrolighet mellom advokat og klient er av avgjørende betydning ved tolkingen og henviser til tidligere rettspraksis. Førstvoterende uttaler at for å ivareta formålet bak bestemmelsen har det skjedd en «*betydelig utvikling av å utvide beskyttelsen av advokatens taushetsplikt*» (avsnitt 19). Det ble presisert at utviklingen hadde god støtte i EMK art. 6 bokstav b og c som setter opp minstevilkår for retten til en rettfærdig rettergang.

Førstvoterende uttaler at ordlyden «betrodd» har fått et vidtrekkende innhold selv om begrepet vanskelig kan hevdes å samsvare med en naturlig språklig forståelse (avsnitt 20) og henviser til de nevnte dommer, jf. Rt. 2012 s. 1601, Rt. 2010 s. 1638 og Rt. 2012 s. 868 som alle er behandlet foran. Den prinsipielle avgjørelsen i Rt. 2006 s. 1071 var også av stor betydning i denne kjennelsen. Som presisert over hadde det ikke betydning at opplysningene ikke var formidlet til prinsipalen så lenge informasjonen var «ment å være tilgjengelig» for vedkommende. Høyesterett var av den oppfatning at samme forståelse måtte legges til grunn for siktedes forberedende notater som han senere skulle gjøre bruk av i samarbeid med sin forsvarer (avsnitt 23).

Høyesterett forankret tolkningen direkte i strpl. § 186 første ledd fordi siktede var fengslet. Bestemmelsen fastsetter at «[d]en som er pågrepet eller fengslet, har rett til ukontrollert skriftlig og muntlig samkvem med sin offentlige forsvarer». Høyesterett var av den oppfatning at det samme må gjelde hvor siktede verken er pågrepet eller fengslet og begrunner sitt standpunkt i uttalelsene fra Rt. 2012 s. 1601 som er behandlet tidligere i fremstillingen. Det ble uttalt at det ikke kan være et vilkår at opplysningene er kommet frem til advokatens kunnskap (avsnitt 24). Det avgjørende er om opplysningene er ment å være *tilgjengelige* for ham.

Det andre spørsmålet berører betydningen av at politiet allerede var kjent med de forberedende notatene ettersom de ble beslaglagt under avhøret av siktede. Høyesterett poengterer at å tillate beslag her vil kunne føre til at etterforskere «får verdifull innsikt i hva siktede tenker om de forhold avhøret omhandler» (avsnitt 26). Hva som kan tolkes ut av forbedrende notater er ikke opp til påtalemyndigheten å vurdere. En konsekvens er at siktede ikke får tilstrekkelige minstegarantier etter EMK art. 6 som gir rett til å forberede sitt forsvar, jf. nr. 3 bokstav b. Slik Skoghøy formulerer det må siktede «kunne forberede sitt forsvar uten at påtalemyndighe-

ten skal ha rett til å 'kikke ham i kortene'». ⁸² At informasjonen allerede var kjent for politiet gav ikke grunnlag for å beslaglegge notatene.

Konklusjonen er dermed at forberedende notater gjort av siktede ikke kan beslaglegges etter strpl. § 204 første ledd, jf. § 119 første ledd.

3.2.6 Opplysninger gjort tilgjengelig for offentlig myndighet

En annen prinsipiell avgjørelse som fastsetter rekkevidden av beslagsforbudet er HR-2018-104-A. Dette er en avgjørelse som gjelder en tidligere advokat og inngår i samme sakskompleks som en rekke andre avgjørelser jeg skal behandle i fremstillingen videre under kapittel 4.

Avgjørelsen gjaldt spørsmål om forbudet etter strpl. § 204 første ledd, jf. § 119 første ledd faller bort dersom opplysningene er sendt offentlige myndigheter, herunder domstolene og politiet. Avgjørelsen gjelder spørsmål av generell karakter og både påtalemyndigheten og siktedes forsvarer ønsket en rettslig avklaring på hvorvidt dokumenter sendt fra siktede til domstoler og politi er beslagsfrie etter strpl. § 204 første ledd.

Siktede A var tidligere forsvarsadvokat. Siktelsen fra 6. februar 2017 gjaldt flere alvorlige straffbare forhold og i forbindelse med etterforskningen sikret påtalemyndigheten over 650 000 elektroniske filer som hadde tilknytning til siktedes advokatvirksomhet. Det ble foretatt speilkopiering av siktedes data og mobiltelefoner. Det konkrete spørsmålet ble formulert slik: «Spørsmålet er om det at informasjonen bearbeides og videreformidles til andre, i dette tilfelle i form av brev ol. til eksempelvis domstolene og politiet, endrer informasjons karakter med hensyn til beslagsvurderingen» (avsnitt 7).

For å besvare spørsmålet bemerker Høyesterett at ordlyden i strpl. § 204 første ledd, jf. § 119 første ledd ikke gir uttrykk for at beslagsforbudet ikke gjelder når politiet har tilgang til dokumentene. Ordlyden sies å beskrive en helt generell regel som ikke åpner for «situasjonsbestemt relativisering av beslagsforbudet», (avsnitt 34) med videre henvisning til Rt. 2012 s. 608 avsnitt 41 som poengterer at det ikke er «rom for noen *nyansering* av taushetsplikten alt etter hvilken situasjon som foreligger». Dette gjelder uavhengig av om politi eller annen offentlig myndighet er kjent med de angitte opplysninger. ⁸³

⁸² Skoghøy (2013) s. 181.

⁸³ Rt. 2014 s. 297 avsnitt 26.

Høyesterett vurderer videre om begrensningene i beslagsforbudet slik påtalemyndigheten anfører, kan forankres i at «informasjonen ikke lenger ‘er betrodd’ når den er videreformidlet, eller bygge på at det foreligger ‘samtykke’ fra klienten» (avsnitt 35). Begrensningen ved samtykke tar jeg for meg under punkt. 3.5.

Spørsmålet var dermed om materiale ikke lenger kan anses «betrodd» der offentlig myndighet anses å ha tilgang til materialet. Tolkningen av ordet å «betro» uttaler førstvoterende har sterk valør av tillitt og dermed en forventning om lojal forvaltning av det betrodde materialet. Høyesterett er av den oppfatning at dette må gjelde selv om offentlig myndighet blir gjort kjent med innholdet på et senere tidspunkt (avsnitt 36). Etter Høyesteretts oppfatning gjelder beslagsforbudet og bevisforbudet uavhengig av hvem som har tilgang til informasjonen; den blir ikke «fri» på advokatens hånd. *Høyesterett avviser anførselen om at materialet ikke lenger kan anses «betrodd» i en slik situasjon, og legger til grunn at det ikke kan konstrueres et generelt unntak fra beslagsforbudet etter påtalemyndighetens premisser* (avsnitt 39).

For Høyesterett var det av stor betydning at det var forskjell på å gi påtalemyndighet tilgang til informasjonen direkte hos den siktede advokaten, og å henvende seg til de angitte mottakerorganene. For det første ville politiet blitt gitt en «selvstendig sammenstilling av klienter og saker». For det andre ville politiet fått tilgang til informasjon som gir dem innblikk i hvordan advokaten har «organisert materialet» og til slutt kunne direkte tilgang til opplysningene føre til at politiet får tilgang til «metadata som ikke er formidlet til mottagerorganet» som for eksempel opplysninger om hvem som har arbeidet med dokumentene, når det er arbeidet med det og om det er foretatt endringer (avsnitt 40–42).

I tillegg poengterer Høyesterett i et *obiter dictum* at den merinformasjonen påtalemyndighet ville fått innsyn i, ved å ha direkte tilgang til informasjon hos advokaten, vil «mest sannsynlig i seg selv være beskyttet av beslagsforbudet» (avsnitt 43). Denne uttalelsen taler for at *merinformasjonen* omfatter det som er «betrodd» advokaten og dermed underlagt beslagsforbud.

3.3 Grensen for egentlig advokatvirksomhet

Det følger av strpl. § 119 at betroelser må være gitt til advokater «i deres stilling». Rui er av den oppfatning at Høyesterett har lagt til grunn en *formålsbestemt tolkning* ved utformingen av rekkevidden av advokaters taushetsplikt. Det er fastlagt et «skille mellom advokatrollen og andre roller advokaten opptrer i». ⁸⁴

⁸⁴ NOU 2015: 3 s. 194.

Det følger av forarbeidene til tvistemålsloven at taushetsplikten kun gjelder for *den egentlige advokatvirksomhet*. Forarbeidene til tvml. § 205 uttrykkes forståelsen slik: «Betroelser i anledning av forretninger, som sakførere ofte *driver ved siden av sin egentlige sakførervirksomhet*, f.eks. som formidlere av salg og laan eller som formuesbestyrere, vil derimot ligge utenfor bestemmelsens omraade.»⁸⁵

Høyesterett har ved flere tilfeller måttet ta stilling til problemstillingen. De har fastholdt dette skillet og har uttrykt det slik at det bare er opplysninger som følger av «den egentlige advokatvirksomhet – juridisk bistand og rådgivning» som beskyttes av bevisforbudet.⁸⁶

Forarbeidene til ny advokatlov beskriver det slik at «en advokats virksomhet innenfor for eksempel eiendomsmegling, granskning, formuesrådgivning, forretningsførsel, bestyrelse av dødsbo og verv som styremedlem faller *i utgangspunktet* utenfor» (s. 195). Det vil kunne argumenteres for at klienter ved slike oppdrag også har en berettiget forventning om konfidensialitet. Likevel vil ikke de hensyn som ligger bak bevisforbudet i strpl. § 119 slå til på samme måte.⁸⁷ Klienter kan henvises til å få andre yrkesutøvere til å påta seg de angitte oppdrag, mens det ved juridisk rådgivning og bistand bare er advokater som kan benyttes. Dersom det oppstår *rettslige spørsmål* i tilknytning til for eksempel eiendomsmegling eller formuesrådgivning vil det likevel regnes som egentlig advokatvirksomhet.⁸⁸

Pengetransaksjoner faller også i utgangspunktet utenfor, men dersom det er utført i forbindelse med advokatoppdraget vil det være omfattet av bestemmelsen. Dette følger av Rt. 2010 s. 1638 som la til grunn at «hensynene bak taushetsplikten tilsier at *alle ledd* i et *ordinært advokatoppdrag* omfattes av taushetsplikten, også transaksjoner» (avsnitt 34).

Det er dermed alt det advokater gjør i sin rolle som juridisk yrkesutøver som faller under egentlig advokatvirksomhet og «beror på en konkret vurdering av oppdragets innhold».⁸⁹

3.4 Bevisforbudet kan oppheves ved klientens samtykke

Det følger av strpl. § 119 første ledd at bevisforbudet kan falle bort dersom den som har rett til fortrolighet samtykker til at betroelsene deles med retten. Viser for øvrig til det som er redegjort for under punkt. 2.2.5. Det følger av HR-2017-2262-A at «begrensninger i samtykket

⁸⁵ Ot.prp. nr. 1 (1910) s. 181.

⁸⁶ Eksempel Rt. 2008 s. 645 og Rt. 2010 s. 1638.

⁸⁷ NOU 2015: 3 s. 220.

⁸⁸ Rt. 2014 s. 773 avsnitt 49.

⁸⁹ Skoghøy (2017) s. 776.

ikke kan tolkes innskrenkende slik at samtykket blir videst mulig» (avsnitt 30). Lovskravet setter også begrensninger for hvor langt man kan strekke ordlyden.

I HR-2018-104-A oppstod det spørsmål om man kunne innfortolke et samtykke i den grad siktede hadde oversendt materialet til offentlig myndighet. Viser til det som er beskrevet over i punkt 3.3.6.

Ett av de konkrete spørsmålene formuleres av førstvoterende slik: «Spørsmålet i saken her er imidlertid om klienten implisitt også har akseptert at den informasjonen som advokaten har brakt videre, blir tilgjengelig for politiet hos advokaten» (avsnitt 38). Ofte vil det være underforstått at det foreligger et implisitt samtykke fra klienter. Klienten aksepterer for eksempel at informasjon som gir grunnlag for en stevning blir tilgjengelig for andre. Dersom advokaten *må* ut med informasjon for å utføre sitt advokatoppdrag vil det være naturlig å konstruere et implisitt samtykke.

I den foreliggende sak var ikke dette tilfelle. Høyesterett gav uttrykk for at det vil være «fremmed å konstruere et samtykke her». Begrunnelsen var at informasjonen som var delt med offentlig myndighet ikke hadde «noen nødvendig faktisk eller rettslig forutsetning for at advokaten skal kunne utføre oppdrag for klienten» (avsnitt 38).

3.5 Sammenfatning

Illustrasjonen over viser at advokaters taushetsplikt setter vide begrensninger for politiets beslagsadgang. Vurderingstemaet for om det foreligger en betroelse og som danner bakteppet for hva påtalemyndigheten kan beslaglegge er formulert vidt av Høyesterett i Rt. 2006 s. 1071: en betroelse omfatter alt det «*advokaten i egenskap av sitt yrke og som ledd i et klientforhold innhenter eller får tilgang til på vegne av klienten*». Begrunnelsen er å sikre effektiv kommunikasjon og beskytte fortrolighet mellom advokat og klient.⁹⁰ Både opplysninger som allerede er delt med den taushetspliktige advokat og forberedende notater av den som har bruk for rettshjelp til bruk for fremtidige samtaler er beskyttet, jf. Rt. 2014 s. 297.

I HR-2018-104-A oppsummeres rettstilstanden om rekkevidden av betroelsesbegrepet. Det legges til grunn at betroelser etter loven også dekker «den omstendighet at det eksisterer et klientforhold, klientens identitet, timelister og annet som *direkte* eller *indirekte* kan gi grunnlag for *slutninger* om den kontakten advokaten har eller har hatt med klienten og andre i *anledning oppdraget*» (avsnitt 27). Videre i samme avsnitt ble det uttalt at også *råd og vurde-*

⁹⁰ Øyen (2016) s. 366.

ringer foretatt av advokater er omfattet av beslagsforbudet. Informasjon innhentet av tredjemenn omfattes av bestemmelsen selv om informasjonen ikke er kommet til overordnede kunnskap hverken etter strpl. § 119 første eller andre ledd.

Det som faller utenfor betroelsesbegrepet er opplysninger som ikke er ment å være tilgjengelig for den taushetspliktige,⁹¹ helt allment tilgjengelig informasjon⁹² og rent private opplysninger.⁹³ I tillegg vil ikke egne observasjoner, samtaler mv. som skjer uavhengig av klientforholdet dekkes av ordlyden.⁹⁴ Likevel argumenteres det i Ruis' artikkel for at det avgjørende for om opplysninger skal omfattes av bestemmelsen er om «formidling av opplysningene vil kunne medføre *et inngrep* i borgerens rett til konfidensialitet ved rettslig bistand». Han utelukker dermed ikke at private betroelser eller informasjon av åpne kilder kan omfattes av bestemmelsen.⁹⁵ Ettersom bevisforbudene og advokaters taushetsplikt har forankring i Grl. § 102, jf. EMK art. 8 og Grl. § 95, jf. EMK art. 6 vil det for fremtiden, under domstolene, være plass for videre rettsutvikling på dette området.⁹⁶

⁹¹ Rt. 2015 s. 1463.

⁹² Rt. 2012 s. 268.

⁹³ Bjerke (2011) s. 461.

⁹⁴ Øyen (2016) s. 366.

⁹⁵ Rui (2013) s. 304.

⁹⁶ Skoghøy (2016) s. 65.

4 Fremgangsmåten ved ransaking og beslag av materiale som kan inneholde advokatbetroelser

4.1 Presiseringer

Under straffeprosessens rettsområde er det gitt flere prosessuelle rettssikkerhetsgarantier for at mistenkte, siktede og tiltalte personer skal få en rettferdig rettergang. Det er en grunnleggende forutsetning for den demokratiske rettsstaten Norge er og gjenspeiler de forpliktelser vi har påtatt oss internasjonalt.

Oppgaven er begrenset til å behandle de prosessuelle garantiene som er utviklet gjennom rettspraksis i forbindelse med *fremgangsmåten ved beslag* av materiale som kan inneholde advokatbetroelser. Det som faller utenfor oppgavens tema, men som også er omfattet av prosessuelle rettssikkerhetsgarantier, er blant annet hvem som har personell kompetanse til å beslutte ransaking og beslag, hva denne beslutningen må inneholde og den praktiske gjennomføringen av ransakingen og beslagleggelsen; spørsmål om advokaters tilstedeværelse og krav om uavhengig observatør.⁹⁷ Det vil føre for langt å behandle alt og fokuset er valgt etter hvilke praktiske spørsmål som har vært behandlet nylig i rettspraksis. Der det er naturlig å nevne andre prosessuelle regler vil det gjøres fortløpende der det har betydning.

Hovedproblemstillingen under dette kapittelet knytter seg til praktiske spørsmål ved håndteringen av svært omfattende elektronisk dokumentmateriale hvor det er knyttet *usikkerhet* til om beslagsforbudet gjelder eller ikke. Spørsmålene under dette kapittelet knytter seg til *hvem* som skal gjennomgå materialet (punkt 4.3) og *hvordan* det skal gjennomgås.⁹⁸ (punkt 4.4).

4.2 Forholdet mellom ransaking og beslag

For at ikke reglene om beslagsforbud og bevisforbud knyttet til advokaters taushetsplikt undergraves har det blitt stilt vilkår til ransakingsprosessen politiet foretar seg.⁹⁹ I utgangspunktet reguleres reglene for ransaking og beslag i forskjellige bestemmelser, henholdsvis i strpl. kapittel 15 og 16. Ransaking og beslag angir to ulike faser, der ransaking foretas for å *søke etter* eventuelle bevis, jf. strpl. § 192, mens beslag vil kunne tas i materiale som politiet mener belyser det straffbare forhold, jf. strpl. § 203. De har en naturlig sammenheng, men formålet er ulikt.

⁹⁷ Se blant annet Rui (2013) s. 320–330.

⁹⁸ Hjort (2017) s. 179.

⁹⁹ Rui (2013) s. 300.

Uavhengig av om det er politiet selv som gjennomgår databeslaget eller tingretten etter strpl. § 205 tredje ledd skal *gjennomgangen anses som «et ledd i en pågående ransaking»*, jf. Rt. 2011 s. 296 som gjaldt ransaking og beslag på advokatkontor hvor det ble avgjort at retten skulle gjennomgå materialet før det ble utlevert til politiet (avsnitt 40). Dette skal jeg komme tilbake til under punkt. 4.3. Nylig er det også presisert i HR-2018-01901-U at også politiets gjennomgang av sikret databeslag er et ledd i en pågående ransaking (avsnitt 16). Under gjennomgangen foretar enten retten eller politiet en utvidende granskning av hva som kan være relevante bevis. Det betyr at man forblir i ransakingfasen helt til politiet beslutter å ta beslag av det utvalgte materialet.

For å gjøre analysen av problemstillingen enklere og mer oversiktlig legger jeg til grunn at ransakingen har to faser her; først den tradisjonelle ransakingen hvor politiet for eksempel konfiskerer en datamaskin hos siktede eller tredjeperson. Den andre fasen knytter seg til selve *gjennomgangen* av det allerede sikrede datamaterialet.

4.3 Generelt: Rettslig kontroll som rettssikkerhetsgaranti

Selv om primærkompetanse til å beslutte beslag er underlagt påtalemyndigheten, jf. strpl. § 205 første ledd, følger det av strpl. § 205 andre ledd at beslag *kan* vurderes av retten og etter tredje ledd at beslag *må* vurderes av retten. Det har vært spørsmål i hvilken utstrekning man kan kreve at påtalemyndigheten ikke gjennomgår materialet de konfiskerer under ransakingen. Det oppstår særlig i situasjoner hvor det besluttes ransaking på advokatkontor, men også utenfor, for eksempel hvor en siktet klient eller hans advokat påberoper at dokumenter i en beslaglagt data inneholder advokatkorrespondanse.

Det følger av juridisk teori at dersom politiet under ransakingen positivt oppdager at materialet ikke kan beslaglegges etter strpl. § 204, er det helt klart at disse ikke kan undersøkes nærmere.¹⁰⁰ Den aktuelle problemstillingen omhandler situasjoner hvor det knyttes *tvil* om materialet er beslagsfritt eller ikke. Spørsmålet er *hvem* som, under slike tvilstilfeller, har anledning til å undersøke om materialet kan beslaglegges eller ikke.

Hvilken fremgangsmåte man må benytte her er ikke direkte løst i loven. En analyse av høyesterettspraksis gir inntrykk av at det er flere nyanser og ulike konklusjoner avhengig av om det tas *beslag på et advokatkontor eller utenfor*. En annen faktor ser ut til å være om beslagsforbud *påberopes eller ikke* og i hvilken *fase av ransakingsstadiet man påberoper* seg beslags-

¹⁰⁰ Jahre (1990) s. 259.

forbud. De ulike reglene og nyansene som er utviklet gjennom rettspraksis vil gjennomgå i det følgende.

4.3.1 Fremgangsmåte ved beslag på advokatkontor

Avgjørelsen inntatt i Rt. 2013 s. 968 behandlet spørsmålet om hvordan beslag på advokatkontor måtte gjennomføres. Påtalemyndigheten ønsket å beslaglegge en datamaskin hos en tidligere advokat som var mistenkt for straffbare forhold etter strpl. § 204 andre ledd. Det ble protestert mot beslag fordi materialet inneholdt taushetsbelagt informasjon i tilknytning til andre klienter.

Det første spørsmålet var om politiet selv kunne gjennomgå dokumentene eller om retten måtte foreta en forhåndskontroll før materialet kunne utleveres til politiet. Det ble først og fremst uttalt at «det gjelder normalt en *presumsjon* for at ‘dokumenter og tilsvarende som befinner seg på kontoret hos en frittstående privatpraktiserende advokat’ er undergitt taushetsplikt og dermed beslagsforbud, jf. Rt. 1996 s. 1081. Jeg finner det ikke tvilsomt at denne presumsjonen omfatter en advokats databærere» (avsnitt 23). Utgangspunktet er dermed at slikt materiale er unntatt beslag. I mange tilfeller vil likevel dokumenter som er beslagsfrie og ikke være sammenblandet. Spesielt gjelder dette databeslag.

Ettersom det var usikkert om deler av det beslaglagte materialet inneholdt advokatkorrespondanse, måtte Høyesterett ta stilling til hvilken fremgangsmåte som skulle benyttes for å *skille ut informasjon* og unntas fra beslag. Det ble presisert at strpl. § 205 tredje ledd skulle anvendes analogisk (avsnitt 28).¹⁰¹ Etter denne bestemmelsen er det retten som avgjør om materiale kan utleveres eller beslaglegges.

Spørsmålet var videre hva som kunne utledes av strpl. § 205 tredje ledd vedrørende den nærmere fremgangsmåten, når det er tatt speilkopi hos en advokat (avsnitt 28). Påtalemyndigheten var av den oppfatning at de kunne besitte speilkopien og foreta en grovsortering av materialet. Forsvarer mente at materialet ikke kunne grovsorteres og besittes av påtalemyndighet, og krevde at materialet umiddelbart ble overlevert til tingretten for gjennomgang.

Høyesterett viser til forarbeidsuttalelsene fra NUT 1969: 3 side 256 som beskriver at «*ved ransaking må politiet kunne undersøke papirer i den utstrekning det er nødvendig for å skaffe grunnlag for skjønnet over hvilke papirer som bør beslaglegges ..., og i så fall er det ikke til å*

¹⁰¹ Se også Rt. 2011 s. 296 avsnitt 38 og Rt. 2008 s. 645 avsnitt 45.

unngå at politiet også kan komme til å gjennomse papirer som det ikke er adgang til å beslaglegge» (avsnitt 29).

Høyesterett fremhever at det siterte fra forarbeidene er av generell karakter og at det «... taler isolert sett for at politiet må kunne foreta en grovsortering av dokumenter også hvor det er en risiko for å komme over taushetsbelagt materiale» (avsnitt 30). Høyesterett påpekte imidlertid at beslag ved et advokatkontor etter at taushetsplikt er påberopt, er en *spesiell situasjon* fordi det følger en presumsjon for at beslagsmaterialet er undergitt taushetsplikt. Høyesterett henviste videre til liknende uttalelse i Rt. 1986 s. 1149 og til Jahre, Festskrift til Anders Bratholm side 259 hvor det uttrykkes at forarbeidsuttalelsen over ikke tar sikte på tilfeller hvor besitteren *påberoper* seg beslagsforbud for visse dokumenter *under eller før* ransakingen.

I Ot.prp. nr. 53 (1983–1984) side 63 som gjelder tolkingen av strpl. § 205 tredje ledd legges det til grunn at politiet ikke kan gjennomgå materiale på stedet i forbindelse med ransaking av et redaksjonslokale. Med utgangspunkt i dette uttaler førstvoterende at det er «*desto større grunn* til å stille opp begrensninger ved ransaking hos en advokat, der taushetsplikten rekker lenger, sml. straffeprosessloven § 125 tredje ledd om rettens adgang til å gjøre unntak fra pressens kildevern» (avsnitt 32).

Videre påpekte Høyesterett at hensynene som ligger til grunn for advokaters taushetsplikt nyter et sterkt vern. Uten at det hadde betydning for resultatet i saken uttaler førstvoterende at advokatkorrespondanse er beskyttet av EMK art. 8 og henviser til Kjølbros, Den europeiske menneskerettighedskonvention, 3. utgave:

«Nogle personer nyder efter praksis en helt *særlig beskyttelse* mod indgreb i form af ransagning og beslaglæggelse. Det gælder navnlig advokater, idet der gælder krav om særlig beskyttelse af professionel tavshed og fortrolighed mellem advokat og klient. Det har derfor stor betydning, at der findes retssikkerhedsgarantier til beskyttelse mot misbrug og vilkårlighed, og at sådanne efterleves» (avsnitt 37).

Det nærmere innholdet av strpl. § 205 tredje ledd innebærer dermed at materialet som presumeres å inneholde advokatbetroelser må forsegles og sendes til retten for rettslig forhåndskontroll *uten at politiet kan gjennomgå eller grovsortere materialet på stedet*.

Et annet spørsmål var om det var et problem at Økokrim hadde *besittelsen* av speilkopien. For dette uttalte Høyesterett at Økokrim ikke hadde anledning til å besitte materialet uansett om det bare var uavhengige datamedarbeidere som hadde tilgang til speilkopien. Høyesterett poengterte at:

«Så lenge speilkopien er i ØKOKRIMs besittelse, vil det alltid med rette eller urette kunne oppstå mistanke om at taushetsbelagt informasjon har tilflytt personer som ikke burde hatt den. Man kan også tenke seg situasjoner der den som sitter på avgjørende informasjon utsettes for et betydelig press. *Et system som baserer seg på tillit gir derfor ikke de nødvendige rettssikkerhetsgarantier.* Jeg viser her til EMDs dom 27. september 2005 i saken Sallinen mfl. mot Finland, som i avsnitt 89-92 nettopp fremhever behovet for ‘proper legal safeguards’ ved beslag hos advokat» (avsnitt 39).

Høyesterett konkluderte dermed med at materialet ikke skulle vært i Økokrims besittelse, men måtte forsegles og straks leveres tingretten for gjennomgang, jf. strpl. § 205 tredje ledd.

Et tredje spørsmål var om tingretten kunne benytte seg av uavhengige medarbeidere fra Økokrim ved gjennomgangen av det beslaglagte materialet. Ordlyden i strpl. § 205 tredje ledd taler for at det bare er retten som er gitt kompetanse for å avgjøre beslagsspørsmålet. Høyesterett viser til lagmannsrettens lovtolkning og tiltrer denne forståelse:

«Om lovens ordlyd fremstår som gammelmodig og kanskje upraktisk når det gjelder elektronisk lagrede dokumenter, viser kravet i straffeprosessloven § 205 tredje ledd in fine, at formålet er å skille *skarpt* mellom politiets og rettens befatning med materiale fra en ransaking» (avsnitt 41).

Uavhengige datamedarbeidere fra Økokrim omfattes dermed ikke. Forarbeidene gir heller ikke antydning på at loven kan tolkes slik påtalemyndigheten krever. Retten gis dermed enekompetanse til å avgjøre om beslag skal tas eller ikke. De praktiske utfordringene kan løses ved at retten utnevner uavhengig datakyndig som hjelper med å utskille materialet. Det er også slik det foregår i praksis.¹⁰²

Til tross for ordlyden i strpl. § 205 tredje ledd som gir retten kompetanse til å avgjøre «om beslag kan tas» vil retten med utgangspunkt i strpl. § 204 første ledd i praksis ikke foreta en vurdering av om materialet er etterforskningsmessig relevant, jf. HR-2018-104-A avsnitt 19. Dersom retten kommer til at materialet ikke er beslagsfritt, for eksempel fordi dokumentene «ikke er ledd i advokatvirksomhet eller gjelder betroelser, må de på vanlig måte tilbakeleveres påtalemyndigheten for vurdering og beslutning etter § 205 første ledd» jf. Rt. 2011 s. 296 avsnitt 39. Dette skiller seg fra rettens gjennomgang med utgangspunkt i strpl. § 204 andre ledd. Her må retten i tillegg foreta en relevansvurdering av materialet før det utleveres til påtalemyndigheten.¹⁰³

¹⁰² Hjort (2017) s. 181.

¹⁰³ Rt. 2011 s 296 avsnitt 42–43.

4.3.2 Fremgangsmåte ved beslag utenfor advokatkontor

Hvorvidt samme fremgangsmåte, jf. strpl. § 205 tredje ledd som drøftet i forrige punkt skal anvendes ved beslag utenfor advokatkontor er behandlet i flere avgjørelser av Høyesterett. En analyse av rettspraksis antyder at det gjøres et skille ut fra når i ransakingsprosessen beslaget bestrides eller oppdages å omfatte advokatbetroelser. Det skal illustreres i det følgende.

Den første avgjørelsen som tok stilling til problemstillingen var Rt. 1986 s. 1149. I denne saken hevdet siktede at ransaking av hans pengeskap ikke kunne foretas ettersom det inneholdt advokatkorrespondanse mellom han og hans forsvarer. Det ble altså *påberopt* beslagsforbud *før* ransakingen fant sted. Vi er dermed under den første fasen av ransakingen. Kjæremålsutvalget viste til de *samme begrunnelser og hensyn* som avgjørelsen over, jf Rt. 2013 s. 968. Viser dermed til den for å unngå dobbeltbehandling. Strpl. § 205 tredje ledd ble anvendt analogisk også for beslag utenfor advokatkontor der siktede påberoper seg beslagsforbud før eller under ransaking.

For situasjoner hvor det ikke blir påberopt beslagsforbud før eller under ransakingen la kjæremålsutvalget til grunn at det måtte være rom for at politiet kunne få en oversikt over hva som kan beslaglegges. Dette følger av forarbeidene til straffeprosessloven.¹⁰⁴ Det betyr at dersom strpl. § 205 tredje ledd skal anvendes analogisk må det innfortolkes et vilkår om at beslagsforbud *påberopes før eller under* ransakingen.¹⁰⁵ Samme forståelse ble lagt til grunn i Rt. 2008 s. 645 avsnitt 43–45 som gjaldt beslag av dokumenter hos advokat mistenkt for å være medskyldig etter strpl. § 204 andre ledd.

Hvorvidt rettstilstanden etablert av Høyesterett i Rt. 1986 s. 1149 er opprettholdt er en annen problemstilling. I HR-2017-111-A tok Høyesterett i avdeling på nytt stilling til spørsmålet. Siktede var tiltalt for brudd på ligningsloven og ved ransakingen tok Økokrim beslag av elektroniske dokumenter hos siktede A.

I denne saken hadde politiet allerede startet sin gjennomgang og undersøkelse av siktedes databærer. Under ransakingens første fase ble det ikke bestridt av siktede eller hans forsvarer at deler av materialet var underlagt advokaters taushetsplikt. Det ble *senere*, under gjennomgangen av materialet, oppdaget av As forsvarer at deler av materialet inneholdt advokatkorrespondanse. Forsvarer mente at dokumentene måtte forsegles og sendes til tingretten for

¹⁰⁴ NUT 1969: 3 s. 256.

¹⁰⁵ Se blant annet Jahre (1990) s. 259.

gjennomgang uten at politiet gikk nærmere gjennom materialet; altså *samme metode* som for beslag på advokatkontor.

Høyesterett var av den oppfatning at lovforståelsen som fulgte av Rt. 2013 s. 968 drøftet i punktet over, *ikke kunne legges til grunn* i denne saken. Det ble påpekt at det er påtalemyndigheten som har primærkompetanse til å beslutte ransaking og beslag, jf. strpl. § 205 første ledd. Ved ransaking og gjennomgang av materiale har påtalemyndigheten også ansvar for å utsortere, levere tilbake og slette eventuell informasjon som kan være unntatt etter strpl. § 204, jf. § 119 (avsnitt 38).

Førstvoterende uttaler at beslag foretatt på advokatkontor er en spesiell situasjon og at den «særreguleringen» som Høyesterett etablerte i Rt. 2013 s. 968 ikke kan anvendes generelt på «alle situasjoner hvor det *oppdages* advokatkorrespondanse i et større beslag, eller hvor det *pretenderes* at dette er tilfelle» (avsnitt 41). Det uttales videre i samme avsnitt at «i slike tilfeller kan det antakelig være vel så nærliggende å se hen til de retningslinjer Høyesterett har trukket opp for håndtering av samtaler sikret ved kommunikasjonskontroll». Den nærmere tolkingen følger av avgjørelsen i Rt. 2015 s. 81 som gjaldt gjennomgang av materiale som var hentet inn etter kommunikasjonskontroll. Under telefonavlyttingen ble det oppdaget korrespondanse med advokat. Politiet var usikre på om noen av samtalene var klientsamtaler eller ikke.

Høyesterett la til grunn i Rt. 2015 s. 81 at dersom påtalemyndigheten under gjennomgangen av kommunikasjonskontrollen kommer over samtaler som de er *sikre* på er en klientsamtale kan den ikke gjennomhøres og må slettes umiddelbart (avsnitt 23). Dersom påtalemyndigheten er *usikre* på om samtalene er klientsamtaler eller ikke, har de ikke anledning til å gjennomgå dem nærmere for å etablere om det er grunnlag for beslag eller ikke. Samtalene må enten slettes eller sendes til retten for vurdering (avsnitt 28). Det betyr at påtalemyndigheten gjennomfører en grovsortering av materialet, men ikke nærmere undersøkelse av dokumenter de er usikre på.

I HR-2017-111-A blir samme fremgangsmåte lagt til grunn. Førstvoterende uttalte at problemstillingen i denne sak har «atskillige likhetstrekk med en situasjon der politiet ved gjennomgang av materiale fra kommunikasjonskontroll kommer over mulige klientsamtaler. I begge tilfeller er det tale om kommunikasjon med advokat, men hvor *tvangsmiddelet ikke er rettet mot advokaten*» (avsnitt 44).

Lovforståelsen som følger av Rt. 1986 s. 1149 og HR-2017-111-A kan tilsynelatende virke motstridende. I HR-2017-111-A uttales det på generelt grunnlag at analogisk anvendelse av strpl. § 205 tredje ledd ikke kan gjelde generelt for «alle situasjoner hvor det *oppdages* advo-

katkorrespondanse i et større beslag, eller hvor det *pretenderes* at dette er tilfelle». I Rt. 1986 s. 1149 fikk siktede medhold i at materiale ikke kunne grovsorteres og at strpl. § 205 tredje ledd skulle anvendes analogisk. Begge saker gjelder beslag utenfor advokatkontor og i begge saker ble det påberopt beslagsforbud.

Det som likevel skiller avgjørelsene fra hverandre er at siktede påberoper seg beslagsforbud i en senere fase i 2017-avgjørelsen enn i 86-avgjørelsen. I Rt. 1986 s. 1149 motsatte siktede seg beslaget allerede før ransakingen fant sted. Kjæremålsutvalget fastslo at der siktede «før eller under» ransaking påberoper seg beslagsforbud skal strpl. § 205 tredje ledd anvendes analogisk slik hovedregelen er ved beslag på advokatkontor, jf. Rt. 2013 s. 968. I HR-2017-111 var ransaking og beslag allerede foretatt, og dokumentene gjennomgått av påtalemyndigheten, da spørsmålet om etterfølgende sortering av beslagsfrie dokumenter kom opp. Den regelen som ble knesatt i Rt. 2013 s. 968 (blant annet basert på 86-avgjørelsen) kunne ikke strekkes så langt som til å gjelde slike tilfeller (se avsnitt 40-41). Situasjonen hadde større likhet med Rt. 2015 s. 81 om kommunikasjonskontroll, hvor det var usikkert om det var beslagsforbud i et allerede foretatt beslag. Det betyr at det er lite rom for at påtalemyndigheten selv kan gjennomgå og sortere materiale.

Ut fra den språklige forståelse av HR-2017-111-A avsnitt 41, og sammenhengen med de øvrige avgjørelsene legger jeg til grunn at rettstilstanden etablert i Rt. 1986 s. 1149 ikke er endret, men at i saker hvor det oppdages eller pretenderes å foreligge advokatkorrespondanse, i et allerede foretatt beslag, vil samme fremgangsmåte som anvendes ved kommunikasjonskontroll bli benyttet.

Videre legger Høyesterett i HR-2017-111-A til grunn at fremgangsmåten etablert i Rt. 2015 s. 81 *antakelig* ikke vil være i konflikt med EMK art. 8 og EMD praksis på område (avsnitt 45). Det ble uttrykt i Rt. 2015 s. 81 at det ikke foreligger EMD-praksis som behandler spørsmålet direkte. For at inngrepet skal være i overensstemmelse med EMK art. 8 nr. 2 må inngrepet ha klar lovhjemmel, forankres i et av formålene i bestemmelsen og være nødvendig i et demokratisk samfunn.¹⁰⁶ Under nødvendighetskravet må det vurderes om inngrepet er egnet, nødvendig og forholdsmessig.¹⁰⁷ Det kan først og fremst legges til grunn at inngrepet vil kunne forankres i et av de legitime formål, jf. «forebygge orden eller kriminalitet».

Det er uklart hvordan lovgiver vurderer det faktum at politiet i noen tilfeller, i forbindelse med gjennomgang av sikret materiale, får positiv kunnskap om taushetsbelagt informasjon.

¹⁰⁶ Skoghøy (2013) s. 168-169.

¹⁰⁷ HR-2018-104-A avsnitt 23 med videre henvisning til EMDs dom Buck v. Germany avsnitt 44-45.

Selv om materialet ikke lovlig kan beslaglegges, har man få garantier for at informasjonen på annen måte ikke brukes i etterforskningsøyemed. Det at politiet i utgangspunktet kommer over taushetsbelagt informasjon er et inngrep i advokaters taushetsplikt.¹⁰⁸ Rui poengterer også at «[d]et er videre uklart hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge for at materiale omfattes av taushetsplikten, slik at politiet ikke har adgang til å gjennomgå det, men må sende det til retten for vurdering»¹⁰⁹

I saken *Sallinen v. Finland* har EMD uttrykt seg eksplisitt vedrørende tolkningen av lovkra- vet: «The Court would emphasise that search and seizure represent a *serious interference* with private life, home and correspondence and must accordingly be based on a «law» that is *particularly precise*. It is essential to have clear, detailed rules on the subject» (avsnitt 90).

Med utgangspunkt i uttalelsen over kan det argumenteres for at det er tvilsomt om det forelig- ger *rettslig grunnlag* for inngrepet etter EMK art. 8. På den ene siden kan det argumenteres for at strpl. § 205 første ledd tilfredsstillende kravet til lovhjemmel; primærkompetansen til å foreta beslag og gjennomgå materiale for å lete etter relevante bevis ligger hos påtalemyndig- heten. Risikoen for å oppdage advokatkorrespondanse kan antas å fremkomme implisitt under denne regelen.

Likevel er det vanskelig å se at lovgiver har vurdert problemstillingen. EMD har helt tydelig lagt til grunn at advokaters taushetsplikt nyter et særlig sterkt vern etter konvensjonen og at kravet til klart rettsgrunnlag er strengt.¹¹⁰ Det foreligger ingen klare regler om denne proble- matikken. Det taler for at inngrepet ikke har tilstrekkelig lovgrunnlag.¹¹¹

Når man skal vurdere om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn har EMD-praksis fokusert på om «det er tilstrekkelige prosessuelle rettssikkerhetsgarantier til vern mot inngrep i taushetsplikten».¹¹² Det kan antas at fremgangsmåten etablert i HR-2017-111-A, jf. Rt. 2015 s. 81 gir siktede tilfredsstillende prosessuelle rettssikkerhetsgarantier. Det vil alltid være en risiko for at taushetsbelagt materiale glipper til politiet, men det faktum at påtalemyndigheten ikke tillattes å undersøke materialet nærmere etter at de blir klar over funnene gjør at rettssik- kerheten ivaretas i stor utstrekning. En ytterligere rettssikkerhetsgaranti vil kunne være å lov- feste sanksjoner mot politi og påtalemyndighet ved misbrukstilfeller. Det ville skapt en forut-

¹⁰⁸ Rui (2013) s. 330.

¹⁰⁹ Rui (2013) s. 330.

¹¹⁰ *André v. France* avsnitt 42.

¹¹¹ Se også Rui (2013) s. 318.

¹¹² Rui (2013) s. 316.

beregnelighet om at informasjon som avdekkes å inneholde advokatkorrespondanse ikke skal brukes til andre formål enn for det konkrete tilfellet.

4.4 Praktiske spørsmål ved rettens forhåndskontroll

Ved ransaking og beslag av omfattende datamateriale følger også en betydelig ressurskrevende utskillingsprosess. I den videre fremstillingen er alle spørsmålene knyttet til det *samme sakskomplekset* der en tidligere advokat er siktet for grove straffbare handlinger, jf. HR-2018-104-A, HR-2018-699-A, HR-2018-1517-U og flere avgjørelser fra lagmannsretten. De praktiske spørsmål under dette punktet vurderes i forbindelse med *rettens gjennomgang* av materialet, jf. strpl. § 205 tredje ledd.

4.4.1 Metode for utskillingen av beslagsmaterialet

Spørsmål om *hvordan* retten skal foreta utskillingsprosessen ble blant annet behandlet i HR-2018-699-A. Metoden for å etablere om dokumenter er underlagt beslagsforbudet var et spesielt viktig spørsmål, siden det berører viktigheten av de rettssikkerhetsgarantiene som er nødvendig for at taushetsbelagt informasjon ikke blir gjort kjent for uvedkommende. Dersom det ikke etableres en rettssikker metode for utskillingen, vil det være risiko for at påtalemyndighet får innsyn i taushetsbelagt materiale. Dette vil kunne resultere i en omgåelse av de materielle reglene om beslagsforbud.

Problemstillingen i saken ble av førstvoterende beskrevet slik:

«Lovtolkingsspørsmålet i saken knytter seg til metoden for utskilling av det beslagsfrie materialet. Tingretten har foretatt det som er betegnet som en *negativ* avgrensning: Ved elektronisk søk er det forsøkt avdekket hvilke deler av materialet som ikke kan beslaglegges. Restmaterialet er besluttet utlevert til politiet. Forsvarer har innvendt at politiet bare kan få tilgang til materiale som konkret og manuelt er vurdert til ikke å være beslagsfritt – en *positiv* avgrensning» (avsnitt 22).

Først konstaterer Høyesterett at retten både har anledning til å benytte seg av *elektroniske søkeverktøy* ved utsorteringen, og at de har adgang til å benytte seg av *datakyndige medarbeidere* (avsnitt 34).

Etter Høyesteretts oppfatning ble det ikke stilt strenge nok krav til utskillingsmetoden ved lagmannsrettens tolking. Metoden som etableres etter lagmannsrettens vurdering er en form for «hensiktsmessighetsvurdering» som det ikke er «rettslig grunnlag for» (avsnitt 39). Dette begrunner Høyesterett først og fremst med at reglene for taushetsplikt og beslagsforbudet er

«absolutte i sin utforming» jf. uttrykkene «må...ikke», jf. strpl. § 119 første ledd og «kan ikke» jf. strpl. § 204 første ledd. Ordlyden gir med andre ord ingen åpning for at man kan innfortolke hva som er «hensiktsmessig og praktisk» (avsnitt 40).

Videre pekte Høyesterett på at rettspraksis har stilt «strengt krav til garantiene for at politiet ikke mottar informasjon fra et materiale som er sikret hos en advokat, og som det ikke er hjemmel for å gi politiet» (avsnitt 41). Høyesterett henviste også til den nevnte avgjørelsen i HR-2018-104-A hvor det poengteres at lovskravet setter skranker for det *systemet* som avgjør hvorvidt et dokument kan beslaglegges eller ikke og at systemet «må gi tilstrekkelige garantier for at politiet ikke mottar informasjon fra det sikrede materialet som det etter loven ikke er hjemmel for å gi til politiet» (avsnitt 24). Dette er også i samsvar med EMD praksis på område jf. *Sallinen v. Finland* hvor det etableres vilkår om «proper legal safeguards» hvor ransaking og beslag utføres på advokatkontor eller hos advokater.¹¹³

Påtalemyndigheten anførte at *presumsjonen* som vanligvis gjelder ved beslag hos advokater ikke lenger kan legges til grunn fordi politiet allerede hadde startet gjennomgang av materiale, og at fremgangsmåten som ble skissert i HR-2017-111-A måtte anvendes i dette tilfellet. Høyesterett var ikke enig. Saken i HR-2017-111-A gjaldt beslag *utenfor* advokatkontor hvor det er mer *tilfeldig* om man kommer over dokumenter som er beslagsfrie. Det samme gjelder ikke ved beslag hos en advokat (avsnitt 46). Det ble videre uttalt at «selv etter gjennomførte søk må det forventes at det fortsatt er taushetsbelagte opplysninger i materialet, og kravene til rettssikkerhetsgarantier må tilpasses dette».

Avgjørelsen viser også til de *tungtveiende hensyn* som ligger til grunn for advokaters taushetsplikt og som er forankret i Grl. § 95 første ledd og EMK. Art. 6. Førstvoterende uttaler at:

«Fortroligheten er sentral for at advokaten skal kunne ivareta klientens interesser. I neste omgang er vernet av tillitsforholdet også avgjørende for at advokater skal kunne fylle sin rettsstatlige rolle, ikke minst ved å bidra til en rettferdig rettergang. Også disse hensynene tilsier at det må stilles strenge krav til tingrettens gjennomgang av materiale som er sikret hos en advokat etter ransaking» (avsnitt 44).

Høyesterett la til grunn at selv om man må tilfredsstille strenge krav til saksbehandlingen, vil et element i vurderingen også være om man kan avgjøre skyldspørsmålet innen rimelig tid, jf. EMK art. 6. nr. 1 (avsnitt 48). Førstvoterende gav uttrykk for at det var utfordrende å konkretisere fremgangsmåten nærmere og viste til uttalelsen i HR-2017-111-A hvor det ble poeng-

¹¹³ *Sallinen v. Finland* avsnitt 92.

tert at det er behov for en nærmere regulering i lov eller forskrift.¹¹⁴ Førstvoterende gav likevel noen *overordnede føringer* for fremgangsmåten og uttalte:

«Selv om det alltid vil være en viss risiko for at ikke alt taushetsbelagt materiale er luket ut før utlevering til politiet, må dette være det *klare målet*. Søkemetodene må raffineres med det for øye, det *må* tas stikkprøver, og siktede og dennes advokat *må fortløpende trekkes inn* for å gjøre listene over søkeord så gode som mulig. Før det kan bli aktuelt å utlevere sikret materiale, må risikoen for at det fortsatt inneholder noe som er beslagsfritt, være lav» (avsnitt 49).

Hvorvidt gjennomføringen skal utføres helt elektronisk eller suppleres med en manuell gjennomgang er ikke avgjørende, så lenge alle rettssikkerhetsgarantiene er til stede. En negativ avgrensning er således mulig så lenge de strenge kravene tilfredsstilles (avsnitt 50).

4.4.2 Krav til spesifisering og konkretisering av materiale

Det uttales i samme avgjørelse, HR-2018-699-A, at utskillingsprosessen foretatt av tingretten er en del av en pågående ransaking (avsnitt 29). Retten legger videre til grunn at det «ikke er nødvendig med en ny ransakingsbeslutning for hvert nytt søkeord eller ny ‘bestilling’ om søk fra politiets side» så lenge «den opprinnelige ransakingsbeslutningen gir hjemmel for gjennomgangen» (avsnitt 29).

Gjennomgangen av materiale som kan inneholde advokatbetroelser må dermed følge reglene for ransaking jf. straffeprosessloven kapittel 15. Det betyr at tingrettens gjennomgang må foretas på bakgrunn av innholdet i en ransakingsbeslutning. De generelle kravene til innholdet i en ransakingsbeslutning vil føre for langt å behandle her, men et viktig spørsmål er om det må oppstilles krav til godkjente søkekriterier i en ransakingsbeslutning for å skille ut relevant materiale.

Spørsmålet ble behandlet i LB-2018-87329 og er underlagt samme sakskompleks som nevnt over. Under punkt 3.2 i kjennelsen uttalte lagmannsretten at det må foretas en avveining av de kravene som følger for forsvarlig etterforskning jf. strpl. § 226, og krav som følger av straffeprosessloven og EMK som beskytter advokaters taushetsplikt.

Lagmannsretten var av den oppfatning at de praktiske utfordringene i en svært omfattende sak som den foreliggende, gjorde det vanskelig å oppstille et krav om at det bare kan foretas søk under gjennomgangen etter *godkjente søkekriterier* i ransakingsbeslutningen. Lagmannsretten uttalte at gjennomgangen «bør begrenses til hver enkelt siktelsespost og til tidsperioder». Der-

¹¹⁴ Se forslag til ny § 19-9 i NOU 2016: 24 s. 55.

som man hadde lagt til grunn bestemte søkekriterier ville det etter lagmannsrettens oppfatning «hindre politiet i å gjennomføre en effektiv og objektiv etterforskning av saken i tråd med straffeprosessloven § 226» i en så omfattende sak som denne.

Lagmannsretten uttalte at løsningen lest i sammenheng med de øvrige garantiene Høyesterett har oppstilt for ransaking og beslag hos advokater vil være «egnet, nødvendig og forholdsmessig, og oppfylle kravene for å sikre siktedes rettigheter både slik de er oppstilt av Høyesterett og EMD». Avgjørelsen kan forstås slik at kriteriene utarbeidet av Høyesterett i HR-2018-699-A og forhåndskontrollen etter strpl. § 205 tredje ledd for beslag hos advokater gjør at man tilfredsstillers vilkåret om «tilstrekkelige garantier» utviklet i Høyesterett og EMD jf. «proper legal safeguards», viser til tidligere behandling om dette.

Saken ble anket inn for Høyesterett, men ble forkastet av ankeutvalget i HR-2018-1626-U. Det er usikkert om samme forståelse vil legges til grunn for mindre komplekse saker ettersom det var bærende for resultatet i denne saken at det var et svært omfattende sakskompleks hvor informasjon av privat og jobbrelatert karakter var sammenflettet. Avgjørelsen vil likevel være førende for underrettene frem til eventuelt Høyesterett uttaler seg om problemstillingen eller konkrete lovregler blir vedtatt.

4.4.3 Forsvarers rolle ved rettens gjennomgang av materiale sikret hos advokat

I samme sakskompleks ble et annet praktisk viktig spørsmål vurdert av ankeutvalget i HR-2018-1517-U. Etter at tingrettens medhjelper hadde gjennomgått materialet, men *før* retten traff avgjørelse om utlevering, fikk siktede forsvarer etter godkjenning fra påtalemyndigheten anledning til å gjennomgå og uttale seg om det aktuelle materialet. Forsvarer hadde dermed hatt tilgang til speilkopi av det beslaglagte materialet.

Påtalemyndigheten endret mening og hevdet forsvarer ikke hadde anledning til å uttale seg før retten traff kjennelse om beslag *og* at han ikke kunne ha tilgang til speilkopi under utskillingsprosessen. Det sistnevnte spørsmålet vurderes under neste punkt 4.4.4.

Spørsmålene var dermed hvilken rolle forsvarer har ved rettens utskillingsprosess. Ankeutvalget uttalte at reglene for ransaking ikke generelt gir siktede uttalelsesrett ved ransakingen, men at det optimalt skal ransakes under observasjon av et vitne etter strpl. § 199.

Ankeutvalget la til grunn at rettens gjennomgang av materiale reguleres nærmere av rettspraksis, og uttrykker at det ikke er «noe i veien for at retten kan samtykke til at forsvarer gis uttalerett på dette tidspunktet dersom politiet og forsvarer er *enige* om at dette er en hensiktsmessig fremgangsmåte» (avsnitt 20). På den andre siden la ankeutvalget til grunn at hverken for-

svarer eller siktede har *krav* på en uttalellesrett. Ankeutvalget la til grunn at uttalellesretten først oppstår der tingretten har *besluttet* å utlevere materialet til påtalemyndigheten og påtalemyndigheten har tatt avgjørelse om beslag, jf. strpl. § 205 første ledd. Dersom siktede ønsker å angripe påtalemyndighetens avgjørelse om beslag kan dette gjøres etter strpl. § 208 første ledd.

Ankeutvalget viser videre til «HR-2015-745-U, hvor en anke over lagmannsrettens kjennelse om at siktede ikke hadde innsyns- eller uttalerett ved tingrettens gjennomgang på ransakingsstadiet ble forkastet ved forenklet kjennelse» (avsnitt 21). At forsvarer i nåværende sak har fått uttale seg etter avtale med politiet gir ham ikke videre krav på dette. Etter utvalgets syn har dermed ikke siktede eller hans forsvarer noen uttalelles- eller klagerett før beslagstidspunktet.

Videre la ankeutvalget til grunn at forsvarer eller siktede ikke har rett til å «*være tilstede* under tingrettens gjennomgang av materialet som er sikret». En slik rett kan ikke etter utvalgets syn forankres i strpl. §§ 199 og 200 og kan heller ikke gis analogisk anvendelse i et tilfelle som det foreliggende (avsnitt 22).

Det gis ingen begrunnelse for hvorfor ikke strpl. §§ 199 og 200 kan anvendes analogisk. Det nevnes i en rekke høyesterettsavgjørelser at tingrettens gjennomgang er et ledd i en pågående ransaking og at reglene for ransaking gjelder. Det er klart at en pågående ransaking av et stort datamateriale er av spesiell karakter, og at reglene i straffeprosessloven ikke er spesielt tilpasset dette forholdet. Likevel vil de *hensyn* som ligger til grunn for reglene også gjøre seg gjeldende ved rettens gjennomgang etter strpl. § 205 tredje ledd som for ransaking av mer tradisjonell karakter.

På den andre siden poengterer ankeutvalget i HR-2018-1517-U at man må legge vekt på at retten, som gjennomgår materiale, er en *objektiv og nøytral instans* og utleveringen til politiet skjer bare gjennom denne forhåndskontrollen. Denne forhåndskontrollen er dermed en viktig rettssikkerhetsgaranti og vil etter utvalgets syn være tilstrekkelig for å tilfredsstille de krav som følger av EMD-praksis (avsnitt 23). Hensynet til siktedes rettssikkerhet antas dermed å være tilstrekkelig ivaretatt.

Den lovforståelse som er lagt til grunn om at siktede eller hans forsvarer ikke har uttalellesrett i løpet av utskillingsprosessen kan oppfattes som noe uensartet sammenliknet med det som følger av avgjørelsen i HR-2018-699-A gjennomgått over. I HR-2018-699-A poengterer førstvoterende på generelt grunnlag at «.. det må tas stikkprøver, og *siktede og dennes advokat må fortløpende trekkes inn* for å gjøre listene over søkeord så gode som mulig..» (avsnitt 49). I tillegg slås det fast i HR-2018-104-A at «[s]iktede får anledning til å uttale seg før retten

treffer avgjørelse om eventuelt å frigi materialet» (avsnitt 19). Det er noe uklart om retten her uttaler seg om prosessen på generelt grunnlag, eller bare poengterer hva som har vært praktisert i denne saken.

Det synes ikke å foreligge direkte motstrid mellom avgjørelsene. En mulig tolkning, etter at avgjørelsene leses i sammenheng, kan være at forsvarer og siktede må trekkes inn i en mer innledende fase ved gjennomgangen jf. uttalelsen i HR-2018-699-A «må fortløpende trekkes inn for å gjøre listene over søkeord så gode som mulige». Avgjørelsen i HR-2018-104-A kan forstås dithen at siktede *burde* få anledning til å kommentere det som retten mener kan utleveres, men at hverken siktede eller forsvarer har *krav* på å få uttalt seg eller bli gitt innsyn i materialet, jf. HR-2018-1517-U. Et tilleggsargument for å ikke tillate forsvarer eller siktede generell uttalelsesrett/innsynsrett i utskillingsfasen er at materialet enda ikke er underlagt «sakens dokumenter» jf. strpl. § 242 jf. HR-2018-01901-U.

4.4.4 Frigivelse av materiale sikret ved ransaking i ransakingsfasen

Den andre problemstillingen i HR-2018-1517-U var om forsvarer måtte tilbakelevere speilkopien han allerede var i besittelse av. Det overordnede spørsmålet knytter seg til om siktede og hans forsvarer har *tilgang* til materialet som skal gjennomgås av tingretten under ransakingsfasen.

Ankeutvalget bemerket at «straffeprosesslovgivningen ikke gir forsvarer noen rett til speilkopien før materialet gjennom beslag er gjort til en del av sakens dokumenter, jf. straffeprosessloven § 242. Heller ikke straffeprosessloven §§ 203, 210 eller 213 gir forsvarer rett til å beholde speilkopien. Slik saken ligger an, er det ikke nødvendig for utvalget å gå nærmere inn på dette» (avsnitt 30). Dette utsagnet er dermed et *obiter dictum*.

Resultatet vedrørende det konkrete spørsmålet ble opphevet av ankeutvalget på et sivilrettslig grunnlag og spørsmålet ble behandlet på nytt 6 september 2018 i LB-2018-123076. Saken lå noe annerledes an ettersom forsvarer hadde sendt tilbake speilkopien til tingretten. Siktede hevdet at hans forsvarer ikke pliktet å levere tilbake det speilkopierte materialet. Det konkrete spørsmålet ble etter lagmannsrettens oppfatning sammenfallende med det som var avgjort av lagmannsretten noen uker tidligere, den 16 august i LB-2018-76734, som var om siktede hadde krav på å få *tilbakelevert det beslaglagte materialet* som var sikret under ransakingen. Avgjørelsene behandles dermed under ett.

Begrunnelsen for siktedes påstand var at det var tatt speilkopier av alt innholdet og dermed ikke lenger behov for å opprettholde beslaget av det opprinnelige materialet, jf. strpl. § 213. I tillegg påstod siktede at utleveringen var nødvendig for å tilfredsstille et effektivt forsvar.

Påtalemyndigheten anførte at utlevering ville skade etterforskningen og måtte leses i sammenheng med strpl. § 242 som gir påtalemyndighet adgang til å nekte siktede innsyn i straffesaksdokumentene.

Ettersom gjennomgangen av det beslaglagte materialet er en del av en pågående ransaking ble spørsmålet om siktede, *under ransakingsstadiet*, kunne kreve å få utlevert materialet. Loven er taus om innsyn og utlevering av sikret materiale under ransakingsfasen. I den nevnte avgjørelsen ble det drøftet om reglene for beslag, jf. strpl. §§ 203 og 213 kunne anvendes analogisk ved ransaking.

Etter strpl. § 203 er det bare mulig å beslaglegge «ting som antas å ha betydning som bevis (...) inntil rettskraftig dom foreligger». Likevel kan påtalemyndigheten eller retten heve beslaget før saken endelig er avgjort etter strpl. § 213 dersom det viser seg «at det ikke lenger er behov for beslaget». Ettersom påtalemyndigheten allerede hadde speilkopier av originalmaterialet, mente siktede at det ikke lenger var behov for originalmaterialet. Lagmannsretten var av den oppfatning at reglene for beslag ikke nødvendigvis kunne anvendes analogisk ved ransaking.

Med utgangspunkt i obiter dictum-uttalelsen i HR-2018-1517-U la lagmannsretten til grunn at siktede ikke kan kreve å få dokumentene utlevert på ransakingsstadiet, og begrunnet det videre i hensynet til å tolke straffeprosesslovens øvrige regler i sammenheng. Hensynet til etterforskningen sto sentralt; å begrense innsyn og tilgang til «sakens dokumenter» etter strpl. § 242 ville ikke hatt den tilsiktede effekt dersom siktede eller forsvarer hadde krav på å få tilgang til dokumentene før materialet er underlagt sakens dokumenter.

Lagmannsretten bemerket videre at hensynet til et effektivt forsvar ikke kunne begrunne utlevering av materialet; forsvarer har ikke noen rolle under gjennomgangen av materiale, jf. *obiter dictum-uttalelsen* fra kjennelsen i HR-2018-1517-U avsnitt 30. Det er først når materialet er underlagt sakens dokumenter etter strpl. § 242 at man får tilgang til materialet.

Avgjørelsene ble anket til Høyesterett, men ble enstemmig forkastet uten nærmere begrunnelse (HR-2018-1976-U). Hvilken vekt man skal tillegge avgjørelsene kan diskuteres. Det gjenstår å se om avgjørelsene danner grunnlag for en «bestemt praksis eller fast rettsoppfatning».¹¹⁵ Ettersom straffeprosessen i stor grad er dynamisk og følger samfunnsutviklingen, og Høyesterett ikke har uttalt seg konkret om spørsmålet er det vanskelig å legge disse avgjørelser til grunn som sikker rett. Likevel er det per dags dato få rettskilder som behandler spør-

¹¹⁵ Skoghøy (2002) s. 326.

målene og avgjørelsene bør være veiledende inntil Høyesterett uttaler seg konkret om problemstillingene.

4.5 Sammenfatning

Hvordan påtalemyndigheten skal gå frem ved ransaking og beslag av materiale som antakelig inneholder advokatbetroelser har ført til en rekke praktiske spørsmål. Spesielt i situasjoner hvor advokater selv er mistenkt eller siktet for straffeovertridelser har det siste året vært til behandling i Høyesterett.

Drøftelsene over viser at det må foretas et skille ved beslag tatt på advokatkontor og utenfor. Ved beslag på advokatkontor er det en presumsjon for at materiale inneholder taushetsbelagt informasjon som ikke kan beslaglegges jf. strpl. § 204. Fremgangsmåten ved ransakingen må dermed følge strpl. § 205 tredje ledd analogisk. For situasjoner hvor det foretas ransaking hos en siktet klient og vedkommende *påberoper* beslagsforbud *før* gjennomgangen av materialet starter må samme fremgangsmåte etter strpl. § 205 tredje ledd benyttes, jf. Rt. 1986 s. 1149. For situasjoner hvor siktede klient *under* gjennomgangen i et allerede foretatt beslag, oppdager eller senere pretenderer at materialet inneholder advokatkorrespondanse, slik som i HR-2017-111-A, vil fremgangsmåten benyttet ved kommunikasjonskontroll være nærliggende å følge.

Under rettens forhåndskontroll etter strpl. § 205 tredje ledd ble det gjennomgått flere praktiske spørsmål i forrige punkt. Høyesterett poengterte i HR-2018-699-A at det var utfordrende å konkretisere fremgangsmåten nærmere, men beskrev noen overordnede betraktninger. Det vil alltid være en risiko uavhengig om du bruker elektroniske søkemetoder eller en manuell gjennomgang, men det *klare målet* ved rettens gjennomgang er at så lite taushetsbelagt informasjon som mulig skal overleveres til påtalemyndigheten. Det må tas stikkprøver og retten må fortløpende involvere siktede og hans forsvarer i forbindelse med kartlegging av søkeord.

Likevel besluttet Høyesterett i HR-2018-1517-U at forsvarer og siktede ikke har krav på å få uttale seg om materiale som er gjennomgått av tingretten. Samarbeidet mellom retten og siktetes forsvarer ser ut til å knytte seg mer til den innledende fasen ved forslag til søkeord. Hvor mye samarbeid det åpnes for mellom påtalemyndighet, retten og forsvarer vil nok variere fra sak til sak. Det var av betydning at den foreliggende saken var spesielt komplisert, svært ressurskrevende og at det hadde vært mange prosessuelle spørsmål til behandling.

Fremstillingen viser også at det ikke er krav til å spesifisere godkjente søkekriterier i ransakingsbeslutningen som retten må forholde seg til ved gjennomgangen. Det holder at søket tar utgangspunkt i hver enkelt siktelsespost og til begrensede tidsperioder. Under gjennomgang-

en, som er en del av en pågående ransaking, har ikke siktede eller forsvarer rett til å få utlevert materiale som gjennomgås. Det kan først skje dersom materialet besluttes beslaglagt og inntas i sakens dokumenter.

5 Avsluttende bemerkninger

5.1 Oppsummering

Det ble under den første hovedproblemstillingen gjort rede for hvordan advokaters taushetsplikt setter skranker for politiets adgang til å ta beslag av materiale som kan inneholde advokatbetroelser. For at de materielle reglene skal respekteres må saksbehandlingen under utførelsen av ransaking og beslag tilfredsstillende de prosessuelle rettssikkerhetsgarantier som følger av lov og rettspraksis. Fremstillingen har gitt oversikt over gjeldende rett og hvordan flere praktiske spørsmål under oppgavens tema skal løses.

Regelverket som følger av straffeprosessloven er ikke særlig tilpasset den teknologiske utviklingen og de utfordringer store databeslag utløser.¹¹⁶ Fremstillingen viser at rettsutviklingen hovedsakelig har blitt styrt av rettspraksis. Frem til vi eventuelt får klare lovregler om advokaters taushetsplikt og de korresponderende beslag- og bevisforbud vil vurderingsmomentene utviklet av Høyesterett danne grunnlag for den fremtidige forståelsen av beslagsforbudets rekkevidde.

Fremstillingen viser at advokaters taushetsplikt nyter et sterkt vern og at inngrep må ha klare begrunnelser med tilstrekkelig klart rettsgrunnlag.

5.2 Rettspolitisk vurdering av forslag til nytt unntak fra taushetsplikten

Reglene for politiets bruk av tvangsmidler i etterforskning og bruk av bevis under domstolsbehandling er et rettsområde under stadig utvikling. Det fører med seg flere rettspolitiske diskusjoner. Ett av dem knyttes til advokatlovutvalgets forslag om å *endre gjeldende rett* ved å *utvide* unntak fra taushetsplikten.¹¹⁷

Det er illustrert at vernet av fortroligheten mellom klient og advokat står sterkt i det norske rettssystemet. Taushetsplikten går i utgangspunktet foran politiets behov og mulighet for å oppklare en straffesak jf. strpl. § 204 første ledd jf. strpl. § 119 første og andre ledd. Dette utgangspunktet har advokatlovutvalget i forslag til advokatlov forsøkt å modifisere.

Utvalget foreslår et nytt unntak fra taushetsplikten i ny bestemmelse i advokatloven § 28 første ledd bokstav c som oppstiller fire vilkår for at *retten* kan gi politiet tillatelse til å ransake og beslaglegge materiale som er underlagt advokaters taushetsplikt selv om det *bare* er advokaten som er mistenkt, sml. strpl. § 204 andre ledd.

¹¹⁶ HR-2017-111-A avsnitt 48.

¹¹⁷ NOU 2015: 3 s. 232.

Det første vilkåret er at det må foreligge «skjellig grunn til mistanke». Det er nok med sannsynlighetsovervekt for at handlingen er begått.¹¹⁸ Videre må handlingen gi utslag i en «straff av fengsel i seks år eller mer». Der barn er fornærmet er det nok med straff av fengsel i tre år eller mer. De ytterligere to vilkår er at tillatelse fra retten bare kan oppnås hvor etterforskning er av «vesentlig betydning for å oppklare saken» og «at oppklaringen ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort».¹¹⁹ Terskelen er dermed tilsynelatende høy. Det vil likevel være opp til retten å avgjøre i det konkrete tilfellet om tillatelse *bør* gis.

Det følger av utredningen at «formålet med unntaket er å unngå at advokaten kamuflerer straffbare handlinger i korrespondanse mv. med klienter».¹²⁰ De viktige hensyn som ligger til grunn for advokaters taushetsplikt vil måtte vike for etterforskning av advokater i alvorlige straffesaker.

Et spørsmål av betydning er hvorvidt unntaket vil være i samsvar med EMK art. 8, og tilfredsstillende den praksis som følger av EMD. Unntaket vil utgjøre et klart *inngrep* i advokaters taushetsplikt. For at inngrepet skal være rettmessig oppstiller EMK art. 8 nr. 2 tre kumulative vilkår, se tidligere behandling. Dersom ordlyden over vedtas kan vi anta at lovskravet vil være oppfylt. Ettersom formålet bak inngrepet er å forebygge kriminalitet, og er begrunnet i behovet for bevistilgang, vil inngrepet ha et legitimt formål etter konvensjonen art. 8 nr. 2.

Spørsmålet er hvorvidt inngrepet er «nødvendig i et demokratisk samfunn». Det følger av EMD-praksis at grensen for om et inngrep er forholdsmessig må trekkes svært snevert ettersom det er tale om inngrep i et grunnleggende prinsipp.¹²¹ Det fremheves også at advokaters taushetsplikt har et spesielt sterkt vern under EMK art. 8.¹²² Ved forholdsmessighetsvurderingen er det et krav om at inngrepet må begrunnes ut fra et *tvingende samfunnsmessig behov*.¹²³ Inngrepet må med andre ord begrunnes på relevant og tilstrekkelig måte,¹²⁴ sett i sammenheng med det aktuelle formålet staten ønsker å fremme. Vurderingen går ut på å drøfte begrunnelsen for inngrepet mot de motstående hensyn bestemmelsen antas å beskytte.¹²⁵

¹¹⁸ Bjerke (2011) s. 619.

¹¹⁹ NOU 2015: 3 s. 511.

¹²⁰ NOU 2015: 3 s. 437.

¹²¹ *André v. France* avsnitt 42.

¹²² *Michaud v. France* avsnitt 119.

¹²³ Hjort og Torgersen (2008) s. 124–126.

¹²⁴ *Smirnov v. Russia* avsnitt 44.

¹²⁵ *Rui* (2013) s. 318.

Det synes å være slik at utvalget begrunner utvidelse av beslagsadgangen ut fra tre hensyn. Det første er hensynet til en effektiv etterforskning, og dermed tilgang til bevis i saker hvor advokater *uten samarbeid* med klienter forsøker å skjule kriminelle handlinger tilknyttet sin advokatvirksomhet.¹²⁶ For det andre mener utvalget at hensynet til advokatens klienter tilsier utvidet beslagsadgang. Dette er noe betenkelig ettersom advokaters taushetsplikt er utformet med den begrunnelse at den skal beskytte klienten. Om det åpnes for unntak går det på bekostning av klienters rettssikkerhet. Det siste begrunnes i hensynet til «samfunnets generelle tillitt» til advokater og taler for at politiet burde ha alle hjelpemidler tilgjengelig til å avsløre kamouflert kriminalitet.¹²⁷

Inngrepet vil dermed være egnet for å forebygge kriminalitet. På den andre side er et samtykke fra klienten nok til å oppheve taushetsplikten, og det kan argumenteres for at innhenting av samtykke burde anses som tilstrekkelig virkemiddel.¹²⁸ Videre er det vanskelig å se at utvalget har drøftet hvordan unntaket står mot de motstående hensyn. Interessen til den som blir utsatt for inngrepet er ikke vurdert opp mot de hensyn som begrunner inngrepet.

Det er helt klart et samfunnsmessig problem at advokater forsøker å skjule kriminelle handlinger under utførelse av advokatarbeid. De siste avgjørelsene i Høyesterett som er drøftet i kapitlet over belyser utfordringene. Økokrim har også uttrykt bekymring for en økende tendens for kriminalitet begått av advokater.¹²⁹

Likevel er den foreslåtte lovendringen betenkelig av flere grunner. For det første vil ikke hensynet til fortrolighet mellom klient og advokat gjøre seg mindre gjeldende hvor advokater alene er mistenkt for alvorlige forbrytelser. Avgjørelsene behandlet i oppgaven viser hvor stor vekt Høyesterett legger på hensynet til fortroligheten, med utgangspunkt i både Grl. 102 og EMK art. 8. For det andre er fortroligheten også avgjørende for klienters rett til en rettferdig rettergang. Dette er poengtert i flere avgjørelser fra EMD.¹³⁰ Det er presisert tidligere at advokaters taushetsplikt utgjør en viktig rettssikkerhetsgaranti.¹³¹ Risikoen for at politiet kikker advokaten i kortene i forbindelse med at andre utførte eller påbegynte oppdrag utvides. Det er ikke til å unngå at kunnskap om taushetsbelagt informasjon risikeres å bli misbrukt ved etterforskning av andre klienter. Spesielt gjør dette seg gjeldende dersom en forsvarer blir etterforsket og politiet gis innsyn i dokumentasjon som stammer fra andre straffetiltalte klienter.

¹²⁶ NOU 2015: 3 s. 232.

¹²⁷ NOU 2015: 3 s. 232.

¹²⁸ NOU 2015: 3 s. 232.

¹²⁹ Økokrim (2016) s. 4.

¹³⁰ Niemietz v Germany avsnitt 37, André v. France avsnitt 41, Michaud v. France avsnitt 118.

¹³¹ NOU 2009: 15 s. 341.

For at inngrepet skal være forholdsmessig etter EMDs praksis må det videre vurderes hvorvidt det foreligger «tilstrekkelige prosessuelle rettssikkerhetsgarantier til vern mot inngrep i taushetsplikten».¹³² For å bøte på misbruksfaren har utvalget foreslått at informasjonen innhentet under etterforskning i slike saker *bare* kan brukes for det formålet det er innhentet for. Dersom informasjonen misbrukes vil det medføre *straffeansvar* for de berørte.¹³³ Denne begrensningen taler for at inngrepet anses forholdsmessig.

I tillegg fremheves det at det bare er svært alvorlige forbrytelser, jf. forslaget om minimum seks års fengsel, som omfattes av unntaket. Enda et argument er at det bare er retten som har kompetanse til å avgjøre om unntaket kan få anvendelse. Utvalget fremhever videre at retten bør i hver enkelt sak «vurdere om hensynene som begrunner bevisforbudet på den ene side og de etterforskningsmessige hensynene på den annen side, tilsier at det *bør* gis unntak».¹³⁴ Det er altså en krevende rettsprosess for å avgjøre om inngrep kan foretas. Det taler for at viktige prosessuelle rettssikkerhetsgarantier antas å være ivaretatt og at inngrep anses forholdsmessig.

Etter min oppfatning må det likevel mer til for at inngrepet skal være forholdsmessig. Selv om misbruk av informasjonen blir straffbart er det svært vanskelig å etterforske og etterprøve hvordan informasjonen har blitt misbrukt. Dette taler for at ytterligere rettssikkerhetsmessige vilkår må lovfestet sett i lys av det sterke vernet til advokaters taushetsplikt.¹³⁵ Dersom man skal tillate unntaket burde det stilles *særlig strenge krav* til saksbehandlingen og loven må være tilstrekkelig klar ved misbrukstilfeller for å tilfredsstillende kravet om «proper legal safeguards». I EMDs dom *Robathin mot Østerrike* poengterer retten at formålet med rettssikkerhetsgarantier er å beskytte klienter mot misbruk og vilkårlighet (avsnitt 44). Et ytterligere forslag kan være å heve terskelen fra «skjellig grunn til mistanke» til kvalifisert sannsynlighetsovervekt for mistanken eller liknende for at inngrepet skal være forholdsmessig.

Det gjenstår å se hva forslaget resulterer i og hvordan Høyesterett eventuelt stiller seg til vurderingen i kommende saker. Regelen kan bli satt til side om den skulle være i motstrid med EMK art. 8, jf. mrl. § 3. Det vil heller ikke overraske om eventuelle saker klages inn til EMD da unntaket utgjør et klart inngrep etter EMK art. 8.

¹³² Rui (2013) s. 316.

¹³³ NOU 2015: 3 s. 439.

¹³⁴ NOU 2015: 3 s. 232.

¹³⁵ *Annagi Hajibeyli v. Azerbaijan* avsnitt 68.

6 Referanseliste

Litteratur

- Bergo (2000) Bergo, Knut. *Høyesteretts forarbeidsbruk*, Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 2000.
- Boe (2012) Boe, Erik Magnus. *Rettskildelære under debatt*, Oslo: Universitetsforlaget, 2012.
- Bjerke (2011) Bjerke, Hans Kristian, Keiserud, Erik og Sæther, Knut Erik. «Straffeprosessloven: kommentarutgave», 4. utgave, Bind I og II, Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Eckhoff og Helgesen (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, 5 utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Hjort og Torgersen (2008) Hjort, Henriette S. og Torgersen, Åsne Hana. «Fra Økokrim: Påtalemyndighetens adgang til å overlevere beslaglagt materiale til ligningsmyndighetene – en gjennomgang av Høyesteretts kjennelse 1. februar 2008», *Tidsskrift for strafferett*, vol. 8 nr. 1 (2008), s. 117-133 (sitert fra idunn).
- Hjort (2017) Hjort, Maria Astrup. «Sorteringsprosessen i bevissikringsaker og ved beslag inneholdende taushetsbelagt informasjon», *Lov og rett*, vol. 56, nr. 3 (2017), s. 178–192 (sitert fra idunn).
- Jahre (1990) Jahre, Hans-Petter. «Ransaking og beslag hos advokater og revisorer i økonomiske straffesaker – Særlig om forholdet til taushetsplikt» i. *den urett som ikke rammer deg selv: Festskrift til Anders Bratholm 70 år*, Christie, Nils (red), Oslo: Universitetsforlaget, 1990, s. 251-266 (sitert fra lovdata).
- Johnsen (2016) Johnsen, Anne og Keiserud, Erik. «Advokatens taushetsplikt: Bevisforbudene i tvisteloven og straffeprosessloven – aktuelle problemstillinger» i *Rettsavklaring og rettsutvikling: festskrift til Tore Schei 70 år*, Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy, Toril M. Øie (red), Oslo: Universitetsforlaget, 2016, s. 490-515.

- Rui (2013) Rui, Jon Petter. «Om advokaters taushetsplikt og ransaking og beslag ved advokatkontor», *Tidsskrift for strafferett* nr. 3 (2013) s. 296-340 (sitert fra lovdata).
- Skoghøy (2002) Skoghøy, Jens Edvin A. «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse» i *Nybrott og odling: festskrift til Nils Nygaards 70 år*, Kai Krüger, Kåre Lilleholt, Gudrun Holgersen (red), Bergen: Fagbokforlaget, 2002, s. 323-343 (sitert fra lovdata)
- Skoghøy (2013) Skoghøy, Jens Edvin A. «Advokaters taushetsplikt og de korresponderende bevisforbud i tvisteloven § 22-5 og straffeprosessloven § 119», *Tidsskrift for strafferett* nr. 2 (2013) s. 165-197 (sitert fra lovdata)
- Skoghøy (2016) Skoghøy, Jens Edvin A. «Domstolsskapt prosessrett» i *Rettsavklaring og rettsutvikling: festskrift til Tore Schei 70 år*, Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy, Toril M. Øie (red), Oslo: Universitetsforlaget, 2016, s. 60-87
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning*, 3 utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Smith (2010) Smith, Merethe og Precht-Jensen, Øyvind. *Advokaters taushetsplikt under press*, Oslo: Universitetsforlaget, 2010
- Svalheim (1996) Svalheim, Knut. *Advokaters taushetsplikt*, Oslo: Universitetsforlaget, 1996.
- Økokrim (2016) Økokrim (2016), *Høring-advokatlovutvalgets utredning NOU 2015: 3 – Advokaten i samfunnet, 22.12.2016*
[\[https://www.regjeringen.no/contentassets/7d036dc04e064a72b21bef38401a66c8/okokrim.pdf?uid=Økokrim\]](https://www.regjeringen.no/contentassets/7d036dc04e064a72b21bef38401a66c8/okokrim.pdf?uid=Økokrim) [Sitert 25.08.2018]
- Øyen (2016) Øyen, Ørnulf. *Straffeprosess*, Bergen: Fagbokforlaget, 2016.

Lover

1814	Kongerike Norges Grunnlov 17. mai 1814.
1902	Lov 22. mai 1902 nr. 10 om den almindelig borgelig Straffelovs Ikrafttræden (<i>opphevet</i>)
1915	Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (<i>opphevet</i>)
1981	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 14 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
1999	Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell mv. (helsepersonelloven)
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Forarbeider

Ot.prp. nr. 1 (1910)	<i>Om utfærdigelse av lov om domstolene og om rettergangsmaaten i tvistemaal</i>
NUT 1969: 3	<i>Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen</i>
Ot. prp. nr. 53 (1983–1984)	<i>Om lov om ikraftsetting og endring av den nye straffeprosessloven mm</i>
Ot.prp. nr. 3 (1998–1999)	<i>Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett</i>
Ot.prp. nr. 13 (1998–1999)	<i>Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven)</i>

NOU 2001: 32	<i>Rett på sak — Lov om tvisteløsning (tvisteloven)</i>
Ot.prp. nr. 22 (2008–2009)	<i>Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)</i>
NOU 2009: 15	<i>Skjult informasjon – åpen kontroll — Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker</i>
NOU 2015: 3	<i>Advokaten i samfunnet — Lov om advokater og andre som yter rettslig bistand</i>
NOU 2016: 24	<i>Ny straffeprosesslov</i>

Rettspraksis

Rt. 1986 s. 1149
Rt. 1999 s. 1066
Rt. 1999 s. 911
Rt. 2006 s. 1071
Rt. 2008 s. 158
Rt. 2008 s. 645
Rt. 2010 s. 740
Rt. 2010 s. 1638
Rt. 2011 s. 296
Rt. 2012 s. 268
Rt. 2012 s. 608
Rt. 2012 s. 868
Rt. 2012 s. 1601
Rt. 2013 s. 92
Rt. 2013 s. 968
Rt. 2013 s. 1206

Rt. 2013 s. 1282
Rt. 2013 s. 1336
Rt. 2014 s. 297
Rt. 2014 s. 773
Rt. 2015 s. 81
Rt. 2015 s. 1463
HR-2015-745-U
HR-2017-111-A
HR-2017-2262-A
HR-2018-104-A
HR-2018-699-A
HR-2018-1517-U
HR-2018-01691-U
HR-2018-01901-U
HR-2018-1626-U
HR-2018-1976-U
LB-2018-123076
LB-2018-76734

Internasjonale rettskilder:

Konvensjon

EMK Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. November 1950

Andre kilder

Europarådets ministerkomité (2000): Rekommandasjon om fri utøvelse av advokatvirksomhet, 25 oktober 2000.

[https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804d0fc8]

[Sitert 30.08.2018]

Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD)

Niemietz v. Germany	Case of Niemietz v. Germany, Application no. 13710/88, 16.12.1992
Buck v. Germany	Case of Buck v. Germany, Application no. 41604/98, 28.04.2005
Sallinen v. Finland	Case of Petri Sallinen and Others v. Finland, Application no. 50882/99, 27.09.2005
Modarca v. Moldova	Case of Modarca v. Moldova, Application no. 14437/05, 10.05.2007
André v. France	Case of André and Others v. France, Application no. 18603/03, 24.07.2008
Michaude v. France	Case of Michaude v. France, Application no. 12323/11, 06.12.2012
Robathin v. Austria	Case of Robathin v. Austria, Application no. 30457/06, 03.07.2012
Annagi Hajibeyli v. Azerbaijan	Case of Annagi Hajibeyli v. Azerbaijan, Application no. 2204/11, 22.10.2015