

Justis- og beredskapsdepartementet
v/Lovavdelingen
Postboks 8005 Dep
0030 OSLO
Norge

Dato
30. juni 2017

Vår ref.
16/06095-6

Deres ref.
16/7600 ES AIK/SRY

Høringsuttalelse - NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov

Det vises til Justis- og beredskapsdepartementets høringsbrev av 5. desember 2016. Høringsfristen var satt til 6. juni 2017, men Tilsynsrådet er i e-post fra rådgiver Tage Henningsen, Lovavdelingen, gitt fristutsettelse til den 30. juni 2017.

Innledning:

Tilsynsrådet for advokatvirksomhet er et uavhengig statlig organ som fører tilsyn med landets praktiserende advokater og rettshjelpere, blant annet ved gjennomgang av deres regnskaper og behandling av betrodde midler. Som et av sine hovedmål skal Tilsynsrådet gjennom aktiv tilsynsvirksomhet søke å forebygge ansvarsskader. Tilsynsrådets mandat er angitt i domstoloven kapittel 11 og forskrift av 20. desember 1996 nr. 1161 til domstoloven kapittel 11 (Advokatforskriften). I tilfeller der Tilsynsrådets kontroller avdekker forhold som gir grunn til å mistenke at advokaten har begått straffbare forhold i forbindelse med sin advokatvirksomhet, er det Tilsynsrådets oppgave å anmelde forholdet.

Utkastet til ny straffeprosesslov fra Straffeprosessutvalget (heretter også benevnt "utvalget") omhandler enkelte problemstillinger som direkte angår Tilsynsrådets virksomhet. Tilsynsrådet vil knytte kommentarer til to av disse. Problemstillingen vedrørende bevisforbudet har berøringspunkter med det Advokatlovutvalget drøftet i sin utredning NOU 2015:3 *Advokaten i samfunnet*. Vi minner om at Tilsynsrådet avga en omfattende høringsuttalelse til Justis- og beredskapsdepartementet i forbindelse med at Advokatlovutvalgets lovforslag var på høring. Tilsynsrådet var her bl. a. kritisk til den *måten* Advokatlovutvalget foreslår å regulere advokatens og tilsynsmyndighetens taushetsplikt på, og de konsekvenser dette antas å ville få.

Bevisforbud – NOUen pkt 13.3.

Rammen for advokatens taushetsplikt har direkte betydning for bevisforbudet i straffeprosessloven, som Straffeprosessutvalget har foreslått å justere i det nye lovutkastet.

Tilsynsrådet mener at utvalgets forslag til en utvidelse av bevisforbudet vil få uheldige konsekvenser med tanke på kriminalitetsbekjempelse blant advokater, og har i den forbindelse følgende merknader:

Et viktig prinsipp bak bevisforbudet i straffeprosessloven § 119 er å beskytte den delen av advokat/klientforholdet som gjelder informasjon som klienten har gitt i fortrolighet til sin advokat. Dette utgangspunktet tilsier imidlertid ikke at all informasjon fra et advokat/klientforhold er av en slik fortrolig karakter at det fortjener samme type beskyttelse.

Rettspraksis har over tid likevel sørget for å gjøre betroelsesbegrepet i straffeloven (2005) § 211 svært vidt, noe som igjen får betydning for bevisforbudet i straffeprosessloven § 119, ettersom de to bestemmelsene langt på vei speiler hverandre, jf. Rt. 2013 s. 92 (dommens premiss 38). Uten noen nærmere drøftelse synes utvalget å gå inn for en lovfesting av den utvidelsen av bevisforbudet som over tid har funnet sted i rettspraksis. Dermed flyttes samtidig grensene for det som i sin tid var lovgivers utgangspunkt, dvs. opplysninger gitt i fortrolighet fra klient til advokat.

Utvalget uttaler selv at en nøytral utforming av bevisforbudene vil gi reglene et videre anvendelsesområde enn de har i dag (s. 267). Videre fremgår det av forslaget til ny straffeprosesslov § 8-3 (1) at det ikke lenger bare er betroelsene som skal være beskyttet, men at dette gjelder all "fortrolig kommunikasjon". Avslutningsvis i samme bestemmelse går utvalget videre inn for å utvide bevisforbudet i straffeprosessloven § 119 til også å omfatte "materiale som står i nær sammenheng med den fortrolige kommunikasjonen" (pkt. 13.3.4.2, s. 269). Det fremstår som uklart hvor utvalget mener at grensene for det nye bevisforbudet går.

Når forbudets grenser er uklare, er det realistisk å anta at all informasjon som har vært innom et advokatkontor i en eller annen sammenheng vil bli påberopt omfattet av forbudet. Det vises i den forbindelse til at det er advokaten selv som er nærmest til å vurdere hva som inngår i begrepet "materiale" med "nær sammenheng med den fortrolige kommunikasjonen". Advokatens påstand vil dermed bli avgjørende.

Dette utgangspunktet er særlig problematisk for de tilfeller der det er *advokaten selv* som har begått den straffbare handlingen, eller medvirket til denne. Det er uheldig at ikke utvalget har drøftet denne problemstillingen nærmere.

Tilsynsrådet har ved flere anledninger erfart at advokater skyver taushetsplikten foran seg når det oppstår mistanke om uregelmessigheter, herunder straffbare forhold, som advokaten er skyld i. Blant annet har vi erfart problemer i forbindelse med våre politianmeldelser av advokater. For eksempel har påtalemyndigheten makulert dokumentasjon vi har oversendt, antakelig av hensyn til reglene om beslags- og bevisforbud. Materialet som ble makulert var dokumenter som Tilsynsrådet hadde oversendt til politiet i medhold av unntaksbestemmelsen i forvaltningsloven § 13 b første ledd nr. 6, og som underbygget anmeldelsen.

Tilsynsrådet antar at kriminelle advokater vil utnytte en utvidelse av bevisforbudet ytterligere i fremtiden. Økokrim har tidligere i år uttalt at de har sett en økende bruk av profesjonelle medhjelpere, blant annet advokater, i sine straffesaker. Etter Tilsynsrådets mening er det svært uheldig dersom advokater nyter immunitet av regler som i utgangspunktet er ment å beskytte advokatens *klienter*. Det vises i denne forbindelse til at selv klientforholdet som sådan er en opplysning underlagt taushetsplikt på advokatens hånd, og at det derfor ikke kan legges til grunn at det er mulig for politiet å få innhentet et samtykke fra klienten til å benytte bevis, jf. utvalgets forslag til ny straffeprosesslov § 8-3.

Advokater har en rekke privilegier knyttet til utøvelsen av yrket sitt. Uhederlige aktører kan gjøre stor skade om disse privilegiene blir brukt i forbindelse med kriminalitet. Det er derfor helt avgjørende at de forholdsmessig sett meget få advokatene som begår kriminalitet blir straffeforfulgt,

at politiet prioriterer dette arbeidet og at de har det nødvendige verktøy for oppgaven. Også advokatstanden som sådan vil være tjent med en mest mulig effektiv kriminalitetsbekjempelse her. Dersom politiet ikke kan gjøre seg nytte av bevis i en straffesak mot advokaten, blir denne siden av samfunnets kriminalitetsbekjempelse illusorisk.

Slik reglene om bevisforbud er utformet i utvalgets forslag, er hensynet til kriminalitetsbekjempelse blant advokater ikke tilstrekkelig ivaretatt. Det bør gjøres et klart unntak i bevisforbudsreglene for de tilfeller der advokaten selv er mistenkt for de straffbare handlinger som bevisinnsamlingen knytter seg til. Videre bør bevisforbudsreglene harmoniseres mot unntaksbestemmelsene i forvaltningsloven § 13 b første ledd nr. 6, slik at det ikke oppstår tvil om politiet kan nyttiggjøre seg den dokumentasjonen som Tilsynsrådet oversender dem i saker der advokaten synes å ha begått en straffbar handling.

Formelle krav til forsvarer – lovutkastet § 3-8

Mistenktes/siktedes rett til representasjon, samt prinsippet om det frie forsvarervalg videreføres i utvalgets forslag. Tilsynsrådet støtter dette fullt ut, og har ingen merknader til de overordnede bestemmelsene i lovutkastets kapittel 3. Vi har imidlertid noen bemerkninger til de formelle kravene som stilles til personer som kan gis i oppdrag å opptre som forsvarer, jf. lovutkastet § 3-8.

Utvalget foreslår at bestemmelsene om hvem som skal kunne oppnevnes som forsvarer i det vesentlige videreføres slik dette er regulert i straffeprosessloven § 95 annet og tredje ledd. Etter lovforslaget § 3-8 skal altså forsvaret kunne utføres av "advokat med norsk advokatbevilling" (første ledd litra a). Dessuten skal utenlandsk advokat eller "annen skikket person" kunne gjøre tjeneste som forsvarer "når det er ubetenkelig" (første ledd litra b).

Det er fornuftig å videreføre dagens regelverk på disse punktene. Tilsynsrådet legger til grunn at utkastet § 3-8 første ledd litra a er ment å omfatte kun praktiserende advokater, altså personer med advokatbevilling som fyller de øvrige formelle vilkårene for å drive advokatvirksomhet og følgelig er underlagt tilsyns- og disiplinærmyndigheten. Blant disse vilkårene er at vedkommende har stilt sikkerhet for sin virksomhet, jf. domstoloven § 222, jf. advokatforskriften kapittel 2. Dette bør presiseres av departementet i lovens forarbeider.

Som hovedregel oppnevnes forsvarer av retten. Lovutvalget holder fast ved dette utgangspunktet i utkastet til ny lov § 3-22 første ledd, første punktum. Dette er hensiktsmessig.

Før oppnevningen skal det kontrolleres at forsvareren fyller lovens vilkår for vervet, jf. lovutkastet §§ 3-8 og 3-9. Tilsynsrådet bemerker at dette også må innebære at retten sørger for at oppnevningen ikke er i strid med rettsrådsmonopolet, jf. domstoloven § 218 første ledd. Vi har sett eksempler på at personer som har fått sin advokatbevilling tilbakekalt av Advokatbevillingsnemden er blitt oppnevnt av retten etter alternativet "annen skikket person". Dette undergraver det bevillingssystemet som lovgiver har etablert med henblikk på bl.a. å sikre at det rettsøkende publikum og andre samfunnsaktører skal kunne ha tillit til at de rettsrådstjenestene som ytes er av en forsvarlig karakter.

Tilsynsrådet har videre erfart at domstolene har et lite bevisst forhold til hvilken hjemmel forsvareroppevneelsen skjer i medhold av, og til hvilke implikasjoner det har at det enkelte alternativet i straffeprosessloven § 95 annet ledd benyttes. Det gjenspeiles ved at oppnevneelsesbrevet ofte ikke opplyser hvilken hjemmel som gir grunnlag for oppnevningen i det konkrete tilfellet. Dette bidrar til uklarhet for alle partene i saken og er uheldig av flere grunner.

Problemstillingene aktualiseres særlig i de sakene der en advokatfullmektig oppnevnes som forsvarer:

Etter § 95 annet ledd, første punktum kan en advokat oppnevnes som forsvarer. Et forsvareropdrag er personlig, men den advokaten som oppnevnes har anledning til å ha en autorisert fullmektig til å opptre for seg i rettergang, jf. domstoloven § 223. Dersom klienten samtykker kan advokatfullmektigen utføre oppgaver som tilligger forsvarer. Bestemmelsen oppstiller enkelte begrensninger for i hvilke rettsinstanser advokatfullmektigen kan opptre på vegne av sin prinsipal. Advokatfullmektiger driver ikke advokatvirksomhet i eget navn, men opptre fullt og helt for prinsipalens regning og risiko. Dersom advokaten velger å benytte advokatfullmektigen til å opptre for seg, vil fullmektigen være underlagt prinsipalens instruksjon og kontroll.

En advokatfullmektig kan på den annen side oppnevnes personlig som forsvarer etter alternativet "annen skikket person" i straffeprosessloven § 95 annet ledd, idet bestemmelsen i utgangspunktet gjelder for enhver.¹ Lovutvalget presiserer at uttrykket "annen skikket person" i lovutkastet § 3-8 første ledd litra b skal forstås som i dag.

Dersom en advokatfullmektig oppnevnes som forsvarer etter dette alternativet vil vedkommende forutsetningsvis opptre som privatperson – ikke som advokatfullmektig. En eventuell slik oppnevning må av retten også vurderes opp mot rettsrådsmonopolet, jf. det som er inntatt ovenfor.

Vedkommende vil ved utførelsen av oppdraget verken være underlagt prinsipalens instruksjon eller kontroll, eller være omfattet av tilsyns- og disiplinærsystemet. Dersom forsvarer pådrar seg erstatningsansvar i forbindelse med oppdraget, vil det i disse tilfellene falle utenfor prinsipalens sikkerhetsstillelse. Det vil følgelig ofte være vanskeligere for klienten å få dekning for et erstatningskrav.

Også i en annen relasjon tilsier hensynet til klientene at hjemmelsgrunnlaget for oppnevningen klart angis. Tilsynsrådet har sett eksempler på at en klient har ansett det nødvendig å engasjere en advokatfullmektigs prinsipal som privat antatt forsvarer etter straffeprosessloven § 100 første ledd andre punktum, fordi det ble lagt til grunn at advokatfullmektigen var oppnevnt som forsvarer i medhold av alternativet "annen skikket person". Klienten vil gjennomgående være bedre tjent med at prinsipalen i første omgang oppnevnes som offentlig forsvarer etter straffeprosessloven § 95 annet ledd, første punktum. Prinsipalen kunne så – i samråd med klienten – ha valgt å benytte advokatfullmektigen, jf. domstoloven § 223.

Departementet bør synliggjøre og drøfte disse problemstillingene i lovforarbeidene for å høyne bevisstheten rundt forholdene.

Vennlig hilsen
Tilsynsrådet for advokatvirksomhet



Dag Eriksen
Ass. direktør

¹ Ot.prp. nr. 3 (1999-2000) s. 85 og Rt. 2007 s. 1833