

HVITVASKING

Advokatens aktsomhetsansvar etter straffeloven § 317



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 526
Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 17 965 ord

24.11.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for avhandlingen	1
1.2	Avgrensning av tema	3
1.3	Metode og fremdrift	4
<u>2</u>	<u>UAKTSOMHET SOM SKYLDKRAV</u>	<u>5</u>
<u>3</u>	<u>UAKTSOMHET I STRAFFELOVEN § 317 SJETTE LEDD</u>	<u>10</u>
3.1	Bestemmelsens utvikling	10
3.2	Rettspraksis	12
<u>4</u>	<u>NORMEN FOR ADVOKATER</u>	<u>14</u>
4.1	Rettspraksis	15
4.2	Grensen mellom forsett og uaktsomhet	18
4.3	Rettsstridsreservasjonen	18
4.4	Rettsikkerhetsmessige hensyn	22
4.4.1	Uavhengighet	22
4.4.2	Fortrolighet	23
4.4.3	Tilgang til domstolen	26
4.4.3.1	Forholdet til EMK art. 6	28
4.5	Hvitvaskingslovens bestemmelser	31
4.5.1	Innenfor rapporteringsplikten	34
4.5.2	Utenfor rapporteringsplikten	38
4.6	Advokatetiske regler	40
4.6.1	Advokatforskriften kapittel 12, pkt. 3.1.8	40

4.6.2	Rettskildeverdien av advokatetiske regler	43
4.6.2.1	Relevans	44
4.6.2.2	Vekt	47
4.7	Rettsstilstanden i andre land	49
4.7.1	Dansk rett	49
4.7.2	Annen utenlandsk rett	51
4.8	Internasjonal regulering	52
4.8.1	Europarådet	52
4.8.2	Financial Action Task Force (FATF)	53
4.8.3	Relevans for norsk strafferett	53
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING OG KONKLUSJON</u>	<u>55</u>
<u>6</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Tema for avhandlingen

Avhandlingen omhandler aktsomhetsnormen for advokater etter hvitvaskingsbestemmelsen i straffeloven. Målet er å kartlegge i hvilket omfang advokater kan straffes for uaktsom hvitvasking i henhold til straffeloven (strl.) § 317 første ledd jf. sjette ledd.

Både nasjonalt og internasjonalt er det stor og stadig økende fokus på å bekjempe økonomisk kriminalitet. Etterspørselen etter heleri og hvitvaskingsmekanismer er stor. Kriminaliteten det er snakk om er i stor grad økonomisk motivert og den kriminelle virksomheten er avhengig av å få vasket utbyttet. Profittmotivert kriminalitet er i stor grad planlagt og gjennomtenkt. Derfor er tilgang på hvitvaskingsmekanismer, og oppdagelsesfaren i denne prosessen, variabler i det rettsøkonomiske regnestykket som danner bakgrunnen for den kriminelle virksomhetens lønnsomhet.

Advokater er en yrkesgruppe som tilbyr tjenester som kan være spesielt godt egnet til hvitvaskingshandlinger. Forholdet mellom advokat og klient er beskyttet av regler om konfidensialitet. Dette gjør det mulig å skjule at penger forflyttes mellom ulike aktører og hindre at det vekkes mistanke hos myndighetene. Videre har advokater taushetsplikt om informasjon de mottar vedrørende klienten. Et spørsmål som oppstår er hvor langt man skal trekke advokatens plikt til å hindre at hvitvasking forekommer. Når advokatens tjenester er ettertraktet som hvitvaskingsverktøy for kriminelle, vil det fort oppstå situasjoner der advokaten gjennom sin bistand oppfyller den objektive gjerningsbeskrivelsen i strl. § 317. Dette kan være bevisst eller ubevisst. Spørsmålet er om advokaten da skal straffes etter strl. § 317.

I en avgjørelse fra Høyesterett inntatt i Rt. 2011 s. 1 ble advokatene Morten Furuholmen og Rune Berg dømt for hvitvasking som følge av at de hadde bistått med å

inndrive gjeld for en klient. Klienten, David Toska, hadde lånt ut 5 millioner kroner som stammet fra straffbare forhold til en tredjeperson. Begge advokatene ble dømt for forsøk på overtredelse av strl. § 317 første ledd. Høyesterett la til grunn at advokatene var klar over at pengene utgjorde utbytte av en straffbar handling og at deres bistand til inndrivelse av gjelden lå innenfor rammen av strl. § 317. I avgjørelsen foretok Høyesterett en vurdering av hvorvidt advokatene måtte frifinnes etter en alminnelig rettsstridsreservasjon som følge av at bistanden ble ytt innenfor rammen av advokatoppdrag.¹

Det oppstod en debatt i det juridiske miljøet i kjølvannet av avgjørelsen. Flere mente Høyesterett hadde skapt en usikker rettstilstand som kunne true grunnleggende rettssikkerhetsmessige prinsipper. Mange fryktet at advokater ville kvie seg for å ta oppdrag for klienter dersom det omfattet usikre omstendigheter. Dette kunne true publikums rett til domstolsadgang, et internasjonalt anerkjent prinsipp som også er nedfelt i den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 6. Avgjørelsen gjaldt spørsmål om forsettlig overtredelse av strl. § 317. Høyesterett foretok en grundig gjennomgang av de hensyn som gjør seg gjeldende for og mot å operere med et strengt straffeansvar for advokater.

Et spørsmål i forlengelsen av dette er om vurderingen vil fremstå annerledes der det er snakk om uaktsom overtredelse av hvitvaskingsbestemmelsen jf. strl. § 317 sjette ledd. I tilfellet vil det være interessant å klargjøre rammene for hvilken aktsomhetsnorm som må legges til grunn. Vurderingen av om en alminnelig rettsstridsreservasjon vil være til hinder for å dømme advokater for hvitvasking kan fremstå annerledes når det er snakk om uaktsom overtredelse av bestemmelsen. Mange av de samme hensynene vil være aktuelle, men vektingen og resultatet kan bli annerledes når advokaten kun har opptrådt uaktsomt. Utfordringen ligger i å avgjøre hva som skal til for å legge til grunn at en advokat burde forstått at hans bistand til klienten medførte hvitvasking, og videre ilegge vedkommende straff for at han ikke avsto fra å gjennomføre oppdraget. Advokatvirksomhet er regulert direkte og indirekte gjennom diverse lovgivning og yrkesetiske regler. Flere aspekter ved denne reguleringen kan sees som en oppfordring

¹ Rt.2011 s.1 avsn.28

om at advokater skal utvise særlig aktsomhet for å hindre at bistanden de yter kan nyttes på en måte som bidrar til lovbrudd. Dette kan tale for å stille strengere krav til advokater enn andre. På en annen side taler viktige rettssikkerhetsmessige hensyn mot å pålegge advokater et strengt straffeansvar. Denne avhandlingen vil søke å systematisere det regelsettet advokatvirksomheten er underlagt og prøve å finne omfanget av de hensyn som veier for og mot et strengt straffeansvar for advokater. Videre er målet å se om det er mulig å trekke noen generelle betraktninger om hvilke situasjoner advokaten kan forvente å være underlagt et strengt straffeansvar.

1.2 Avgrensning av tema

Avhandlingen fokuserer på skyldkravet i strl. § 317 første ledd, jf. sjette ledd. Av plassmessige årsaker er det dermed nødvendig å utelate flere interessante vurderinger i forhold til bestemmelsen. Innholdet i de objektive vilkårene for straff i strl. § 317 første ledd vil ikke utledes betydelig. Strl. § 317 første ledd rammer både heleri og hvitvasking. Heleri retter seg mot tilfellene der den handlende mottar eller skaffer seg, eller andre, utbytte av en straffbar handling. Hvitvasking er tilfellet der den handlende bistår med å sikre slikt utbytte for en annen. Forskjellen er hovedsakelig hvilken type befatning den handlende har med utbyttet. Advokater kan gjennom sin virksomhet komme i situasjoner der de oppfyller begge alternativene. I det følgende vil det hovedsaklig ikke skilles mellom de tilfellene advokaten oppfyller heleri- eller hvitvaskingsalternativet i strl. § 317. Der dette eventuelt kan ha betydning for aktsomhetsvurderingen vil det eventuelt presiseres at det kan være et skille.

Videre ligger det utenfor avhandlingens tema å gå inn på tilfeller der advokater kan straffes etter strl. § 317 annet ledd. Den delen av bestemmelsen regulerer selvvaskingstilfellene. Dette vil være der advokaten har begått primærforbrytelsen og vasker utbyttet av denne selv. Særlige profesjonshensyn gjør seg ikke gjeldende i slike situasjoner.

1.3 Metode og fremdrift

Avhandlingen vil i stor grad være en analyse av hvilke rettskilder som er relevante for å avklare omfanget av den aktsomhetsnormen som skal legges til grunn. De ulike rettskildene må vektas mot hverandre med det formål å skissere hvilke situasjoner det kan være aktuelt å stille advokater strafferettslig ansvarlig for uaktsom hvitvasking. Problemstillingen åpner for en gjennomgang av enkelte rettskilder som tradisjonelt ikke anses å ha stor vekt. Dette gjelder blant annet advokatetiske normer og regler. Enhver aktsomhetsvurdering vil være konkret og individuell. Formålet med oppgaven er derfor ikke å oppstille noen formell eller konkret grense for når advokaten befinner seg innenfor eller utenfor straffebestemmelsen. Målet er å forsøke å systematisere rettstilstanden.

Avhandlingens kapittel 2 er en generell gjennomgang av uaktsomhet som skyldkrav. I kapittel 3 er fokus uaktsomhetsbegrepet i strl. § 317 første ledd, jf. sjette ledd. Kapittel 4 utgjør avhandlingens hoveddel. Her utredes hvilke nasjonale og internasjonale rettskilder som er relevante for å kartlegge advokatens oppfordring til aktsomhet. Denne delen vil i stor grad være en analyse av ulike hensyn som veies mot hverandre. Avslutningsvis vil kapittel 5 gi en kort oppsummering og konklusjon av det som er drøftet i kapittel 4.

2 Uaktsomhet som skyldkrav

Subjektiv skyld er et grunnvilkår for straffbarhet i strafferetten. Det betyr at i tillegg til faktisk å ha oppfylt den objektive gjerningsbeskrivelsen i et straffebud må gjerningspersonen kunne tillegges den graden av skyld som straffebudet krever.

Forsett og uaktsomhet er hovedformene for skyld. I strafferetten er likevel forsett den viktigste skyldformen, og utgangspunktet er at bare den forsettlige overtredelse er straffbar. Dette er lagt til grunn i strl. § 40. Tanken bak dette utgangspunktet er at straff i stor grad er et utslag av rettferdighet. Det er ikke rimelig å straffe den som ikke kan legges til last for ugjerningen. Uaktsomhet straffes derfor kun der dette er uttrykkelig uttalt i straffebudet. Hensikten med straff for uaktsomhet er å tvinge den handlende til å utvise særlig forsiktighet. Forsøk på uaktsom overtredelse er ikke straffbart. Det ligger i strl. § 49 at straff for forsøk krever fullbyrdelsesforsett, noe som ikke vil foreligge der gjerningspersonen er uaktsom.²

Kjernen i uaktsomhetsbegrepet er objektivt. Andenæs uttrykker det som at ”Den handlende har ikke opptrådt som en kyndig og omtenkssom person ville ha gjort.”³ og legger til grunn at uaktsomhet fastslås ved å sammenligne handlingen med normen for riktig opptreden. Normen for aktsom opptreden på det aktuelle området må da kartlegges før spørsmålet om uaktsomhet kan vurderes. Videre oppstår spørsmål om hvor stort avvik som skal til for at uaktsomhet kan konstateres. Andenæs legger til grunn at et hvert lite avvik ikke vil være ansvarsbetingende.⁴ Han mener det er vanskelig å fastsette en generell norm for ansvarsgrensen og at denne kan tenkes å variere i forhold til hvorvidt man befinner seg på sivilretten eller strafferettens område. Videre legger han til grunn at det er den individuelle situasjonen som skal danne

² Rt.1999 s.874

³ Andenæs(2004) s.243

⁴ Andenæs(2004) s.245

grunnlag for uaktsomhetsbedømmelsen.⁵ Med dette mener han at aktsomheten skal måles i lys av hele situasjonen.

Andenæs har tidligere vist til forarbeidene til 1902-loven hvor det ble uttalt at det måtte utvises forsiktighet med å pålegge straffeansvar for uaktsom opptreden.⁶ Det ble ikke inntatt noen legaldefinisjon i denne loven, men i forslaget ble det uttalt at uaktsomhet skulle gjelde der den handlende ”har eller med letthet kunne ha innsett, at han handlet uaktsomt”⁷. Straffeloven av 2005 inneholder nå en legaldefinisjon, og det følger av lovens § 23 at ”Den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut ifra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom.”. Ettersom loven ikke har trådt i kraft har bestemmelsen i utgangspunktet liten selvstendig relevans som parameter for uaktsomhetsbegrepet, men det følger av forarbeidene til straffeloven 2005 at det ikke har vært meningen å endre innholdet.⁸ Legaldefinisjonen gjenspeiler dermed innholdet i det uaktsomhetsbegrepet som allerede finnes flere steder i gjeldende straffelov. Forarbeidene til den nye straffeloven har da rettskildemessig relevans som juridisk litteratur om innholdet i uaktsomhetsbegrepet.

Et annet spørsmål er hvorvidt subjektive forhold hos den handlende skal ha innvirkning på uaktsomhetsvurderingen. Dette kan ikke besvares generelt. Andenæs mener det må avgjøres gjennom en analyse av de forhold som har forårsaket feilen og en vurdering av hvorvidt den handlende med rimelighet kan ansvarliggjøres.⁹ Det er naturlig å ta utgangspunkt i grunntanken om at straffelovgivning bare skal ramme den som handler på en straffverdig måte.¹⁰ Individuelle forhold den handlende kan noe for, som slurv og lav oppmerksomhet skal ikke komme han til gode. Forhold den handlende ikke kan noe for, som lav intelligens, nervøsitet og lignende skal i større grad skal kunne legges til grunn som momenter mot å tillegge et strengt ansvar.¹¹ Vurderingstemaet blir om ”gjerningspersonen burde ha truffet et annet valg i den foreliggende situasjonen”¹².

⁵ Andenæs(2004) s.247

⁶ Andenæs(1974) s.237

⁷ Ibid

⁸ Ot.prp.nr.90(2003-04) s.426

⁹ Andenæs(2004) s.247

¹⁰ Eskeland(2006) s.279

¹¹ Andenæs(2004) s.248, Eskeland (2006) s.281

¹² Eskeland(2006) s.280-281

I juridisk teori skilles det ofte mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet. Når gjerningspersonen er klar over at han tar en risiko ved å gjennomføre eller unnlate å gjennomføre en handling opptrer han bevisst uaktsomt. Har gjerningspersonen overhodet ikke tenkt over den aktuelle faren opptrer han ubevisst uaktsomt.¹³ Det er faremomentet ved handlingen gjerningspersonen må være klar over for at det skal være snakk om bevisst uaktsomhet. Han trenger ikke selv å mene at han opptrer uaktsomt.¹⁴ Enkelte straffebud krever grov uaktsomhet. Her stilles det krav om en særlig klanderverdig opptreden. Normen for grov uaktsomhet er uttalt av Høyesterett i Rt. 1970 s.1235 som ”[...]at det må foreligge en kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet[...]”¹⁵. Slik vurdering av begrepet er lagt til grunn av Høyesterett i flere senere avgjørelser.

Den klassiske aktsomhetsvurderingen er den som gjelder en bilfører som forårsaker en annens død og straffes i henhold til strl. § 239. Vurderingen blir hvorvidt bilføreren burde ha utvist større forsiktighet ved kjøringen og dermed unngått ulykken. En helhetsvurdering vil omfatte veiforhold, føre, og om bilføreren har kjørt etter de trafikkregler som gjaldt. Hvordan føreren har fordelt sin oppmerksomhet vil også være av betydning. Har ulykken oppstått som følge av at føreren hadde øynene på et nødvendig alternativ i trafikkbildet, er det mulig uaktsomheten ikke vil være klanderverdig.¹⁶ Andenæs har forklart dette som en del av en tillatt risiko. Han uttaler det som at ”den som etter en alminnelig fornuftig dom opptrer *forsvarlig*, gjør seg ikke skyldig i noen uaktsomhet”¹⁷.

For å kartlegge den generelle normen for aktsom opptreden er det relevant å se hen til annen eventuell regulering på det aktuelle området.¹⁸ Slik regulering vil i stor grad kaste lys over hvilken opptreden det er forventet at den handlende skal ha. Typisk vil dette være normer og forskrifter som retter seg mot spesielle virksomhetsutøvere. I Rt. 2004

¹³ Andenæs(2004) s.243

¹⁴ Andenæs(2004) s.244

¹⁵ Rt.1970 s.1235

¹⁶ Rt.2000 s.1785

¹⁷ Andenæs(1974) s.237

¹⁸ Matningsdal(2011) note 142

s. 698 frifant Høyesterett Esso for uaktsom opptreden i henhold til forurensningsloven § 7 til tross for at de ikke hadde klart å avdekke mangler ved en tank, som hadde ført til utslipp av olje. Esso hadde handlet i samsvar med internasjonale standarder for kontroll av utstyr med fare for utslipp. Retten mente at de internasjonale standardene Esso hadde lagt til grunn for sin praksis stod i en særstilling. Ettersom dette var eneste offentlige regulering på området måtte det legges til grunn at norske myndigheter hadde ansett den internasjonale standarden som tilfredsstillende og at Esso dermed ikke hadde opptrådt uaktsomt da de handlet i samsvar med denne standarden.

Rettspraksis viser likevel at det ikke nødvendigvis vil utelukke uaktsomhet at man handler i tråd med vanlig praksis på et område. Der den aktuelle praksisen ikke kan sies å være innenfor normen for aktsom opptreden vil man ikke høres med at alle andre gjør det på samme måte. Dette ble lagt til grunn av Høyesterett i en avgjørelse inntatt i Rt. 1952 s. 301. Avgjørelsen gjaldt en mann som ble dømt for uforsiktig adferd ved oppbevaring av sprengstoff. Høyesterett tilsidesatte herredsrettens avgjørelse som frifant mannen fordi han hadde oppbevart stoffet på en måte som var vanlig på landsbygda. Objektivt sett var oppbevaringen ikke tilstrekkelig aktsom og mannen ble dermed dømt.

Både Eskeland og Andenæs viser til at forebyggende forskrifter kan ha innvirkning på aktsomhetsnormen.¹⁹ Dette er typisk sikkerhetsbestemmelser knyttet til særlige virksomheter eller farlige gjenstander. Selv om brudd på disse ikke på eget grunnlag medfører straffeansvar, er det mye som tyder på at det kan ha innvirkning på aktsomhetsvurderingen i andre straffebud. Andenæs uttaler at slike kan heve kravet til aktsomhet i forhold til det som følger av en alminnelig aktsomhetsnorm.²⁰ Høyesterett har også lagt til grunn at brudd på særlige brannforskrifter har hatt betydning for aktsomhetsvurderingen etter brannloven § 40, jf. § 25, i henhold til dagjeldende brannlov fra 1970. Ett tilfelle gjaldt en mann som hadde byttet en gassbeholder inne i et telt.²¹ Gassbeholderen hadde hatt et tydelig merke og advarsel om at bytte av beholder måtte skje utendørs. I en annen avgjørelse ble en husmor som hadde glemt å skru av

¹⁹ Andenæs(2004) s.253, Eskeland(2006) s.286

²⁰ Ibid

²¹ Rt.1975 s.737

kokeplaten dømt etter samme bestemmelse.²² Høyesterett viste til at formålet med brannlovens straffebestemmelser var å innskjerpe den alminnelige aktsomheten ved folks omgang med brannfarlige objekter. For å oppnå dette formålet var det i henhold til Høyesterett nødvendig med en streng aktsomhetsnorm.

Tradisjonelt har det vært sondret mellom skadedelikter og faredelikter i forbindelse med uaktsomhetsansvar.²³ Både skade- og faredeliktene fanger opp tilfeller der gjerningspersonen har forårsaket skade eller fare ved å handle eller unnlate å handle på en spesiell måte som følge av at han har vært uoppmerksom og burde utvist mer varsomhet. Resultatet av handlingen bærer preg av at noe som burde ha vært unngått, likevel har skjedd. Uaktsomhetsbegrepet vil kanskje være av en litt annen art ved økonomisk kriminalitet. Resultatet av handlingen taler ikke nødvendigvis for at noe straffbart har forekommet. Uaktsomheten knytter seg til at den handlende ikke har oppdaget uregelmessigheter ved bakenforliggende forhold som gjør at han burde avstått fra å gjennomføre handlingen. Resultatet av handlingen er ikke i seg selv uønskelig, men konteksten den er gjennomført i er ulovlig. Dette gjelder både for tilfeller av uaktsomt bedrageri og uaktsom hvitvasking. Ettersom kun grovt uaktsomt bedrageri er straffbart jf. strl. § 271 a, går straffeansvaret lenger for hvitvaskingshandlinger.

²² Rt.1973 s.1427

²³ Andenæs(2004) s 250 flg., Eskeland(2006) s.286

3 Uaktsomhet i straffeloven § 317 sjette ledd

Det følger av strl. § 317 sjette ledd at uaktsom overtredelse av bestemmelsen er straffbart.

3.1 Bestemmelsens utvikling

Etter lovendring i 1973 ble skyldkravet i heleribestemmelsen endret fra forsett til grov uaktsomhet. Begrunnelsen for dette var blant annet behovet for en mer effektiv håndhevelse av bestemmelsen. Det kunne være vanskelig å bevise forsett og det var dermed ønskelig å lempe skyldkravet for å fange opp tilfellene av skjult forsett.²⁴ Det følger av forarbeidene at bestemmelsen først og fremst tok sikte på å straffe tradisjonelle healere for kjøp av tyvegods i form av verdifullt løssøre som teknisk utstyr og smykker. I Ot.prp.nr. 35 (1972-1973) ble det drøftet om bestemmelsen skulle begrenses til bare å gjelde profesjonelle healere. Det ble enighet om at alle former for heleri skulle omfattes, men at kun den grovt uaktsomme overtredelse skulle kriminaliseres. Bestemmelsens anvendelsesområde har endret seg betydelig siden den tid. Forarbeidene til endringen i 1973 nevner ikke det man i dag regner som tradisjonelle hvitvaskingshandliner som utbytte av narkotikavirksomhet og annen organisert kriminalitet. Økt fokus på å bekjempe økonomisk kriminalitet og store endringer i internasjonale forpliktelser på området har medført at bestemmelsen i realiteten har en videre spennvidde i dag enn på tidspunktet for endringen i 1973.

I 1991 ble skyldkravet i bestemmelsen endret til alminnelig uaktsomhet. Begrunnelsen for dette var blant annet at omfanget av vinningskriminalitet hadde økt siden endringen i 1973.²⁵ Departementet viste til at tilgangen til å få omsatt tyvegodet hadde stor

²⁴ Ot.prp.nr.35(1972-73) s.17

²⁵ Ot.prp.nr.56(1989-90) s.47

betydning for omfanget av tyveriet. En utvidelse av området for straffbart heleri var dermed antatt å bidra til å redusere antall tyverier. Videre var det innført en bestemmelse om narkotikaheleri i strl. § 162 a som hadde alminnelig uaktsomhet som skyldkrav. Ønsket om å oppnå enhet i regelverket talte dermed for å endre skyldkravet i strl. § 317. Bakgrunnen for uaktsomhet som skyldkrav i narkotikabestemmelsen var først og fremst bevismessige årsaker. Det følger av forarbeidene at straffelovkommissjonen var imot å legge til grunn vanlig uaktsomhet som skyldkrav. De mente dette ville pålegge for stor undersøkelsesplikt for aktører i vanlige forretningsforhold. Departementet opprettholdt likevel forslaget blant annet fordi de mente bevisproblemene var betydelig større i narkotikasaker enn i andre type saker.²⁶

Det fremgår av forarbeidene til endringen at det fortsatt hovedsakelig var den forsettlige overtredelsen av bestemmelsen som var ønskelig å straffe. Bakgrunnen for å kriminalisere den uaktsomme overtredelse var at det i praksis ofte kunne være vanskelig å bevise forsett. Målet var at man skulle ramme tilfellene av skjult forsett.²⁷ Det er naturlig at dette kan være av betydning når man skal foreta en konkret aktsomhetsvurdering etter bestemmelsen. Likevel vil hensynet til effektivitet i straffebudet tale for at det kan være nødvendig å straffe tilfeller der det ikke forligger mistanke om forsett.

Aktsomhetsvurderingen skal belyse hvorvidt gjerningspersonen burde ha forstått at utbyttet stammet fra en straffbar handling. Vanligvis foretas en totalvurdering av den konkrete situasjonen. I forarbeidene til strl. § 317 listes det opp momenter som kan være aktuelle i vurderingen. Hvilke undersøkelser det er mulig å foreta vil være av betydning, det samme vil beløpets størrelse og eventuelle ytre tegn på hvitvasking. Videre er det et moment hvor aktiv rolle den handlende har hatt i forbindelse med hvitvaskingshandlingen. En handling som ofte utføres i forbindelse med hvitvasking kan skape en forventning om ekstra undersøkelse. Situasjoner der fremmede ber om tjenester til å overføre pengesummer eller lignende til konto i utlandet kan være typiske eksempler.²⁸

²⁶ Ot.prp.nr.45(1987-88) s.18-17

²⁷ Ot.prp.nr.53(1992-93) s.16, 27

²⁸ Ot.prp.nr.53(1992-93) s.27

Det er ikke et krav om identifikasjon i forhold til hvilke straffbare forhold utbyttet stammer fra. Det er tilstrekkelig for domfellelse at det kan utelukkes at midlene har lovlig opphav.²⁹ For uaktsomhetsansvaret innebærer det at det er tilstrekkelig for domfellelse at tiltalte *burde* forstått at det kunne utelukkes at midlene stammet fra lovlige kilder. Slikt manglende identifikasjonskrav kombinert med uaktsomhet som skyldkrav medfører at bestemmelsen får et særlig vidt anvendelsesområde.³⁰ Dette øker straffebudets effektivitet.

3.2 Rettspraksis

Det er noe sparsomt med rettspraksis om den uaktsomme overtredelse av strl. § 317. I en avgjørelse inntatt i Rt. 2008 s. 1003 ble to menn dømt for uaktsom hvitvasking for å ha bistått egne landsmenn med å overføre penger gjennom Forex til Albania og Nederland. Høyesterett tok kun stilling til straffeutmålingen, men uttalte at bistandshandlinger som sikrer utbytte av straffbare handlinger er avgjørende for at den ulovlige virksomheten skal kunne fortsette. I saken var det snakk om narkotika og mulig hallikvirksomhet. Høyesterett støttet lagmannsretten som hadde uttalt at det var ”[...]nødvendig med høy grad av aktsomhet overfor alle oppfordringer til bistand som kan tenkes å ha en slik bakgrunn[...]”³¹. Uttalelsen knyttet seg riktignok til straffeutmålingen, men illustrerer likevel rettens syn på straffverdigheten ved handlingen. I tingretten, som tok stilling til straffespørsmålet, var vurderingstemaet hvorvidt de tiltalte kunne klandres for ikke å ha foretatt ytterligere undersøkelser om pengenes opphav før de gjennomførte transaksjonene. Retten foretok en individuell vurdering av hver tiltalt og la vekt på beløpets størrelse, forholdet mellom tiltalte og oppdragsgiveren samt hvorvidt omstendighetene rundt situasjonen medførte at mangel på undersøkelse var klanderverdig.

²⁹ Rt.2006 s.466, Andenæs(2009) s.483

³⁰ Broch(1996) s.314

³¹ Rt.2008 s.1003

I en avgjørelse inntatt i Rt. 1995 s. 106 legger Høyesterett også til grunn en relativt streng aktsomhetsnorm. En mann ble dømt for uaktsomt heleri på bakgrunn av at han hadde latt en gutt oppbevare et maleri i kjelleren på hans arbeidsplass. Retten kom til at mannen på grunn av en presset arbeidssituasjon ikke hadde tenkt tilstrekkelig over hvorvidt det var fare for at maleriet stammet fra et straffbart forhold. Selv om eieren av lokalene hadde samtykket til oppbevaringen hadde mannen vært tilstede og fysisk hjulpet til med å bære maleriet ned i kjelleren.

I en avgjørelse inntatt i Rt. 1993 s. 386 ble en drosjeeier dømt for uaktsom hvitvasking etter at han hadde kjøpt 40 bildekk som viste seg å være tyvegods. Høyesterett støttet herredsretten som hadde kommet til at mannen ikke hadde utvist tilstrekkelig aktsomhet da han ikke hadde gjennomførte mer omfattende undersøkelser for å klargjøre dekkenes opphav. Avgjørelsen kom rett etter at skyldkravet i strl. § 317 var endret fra grov uaktsomhet til alminnelig uaktsomhet. Høyesterett uttalte at for at endringen skulle få sin tilsiktede virkning måtte det stilles strenge krav til aktsomheten. Det fremgår av herredsrettens avgjørelse at mannen hadde blitt oppsøkt av selgeren i sin drosjegarasje, og at han hadde spurt selgeren om dekkene var stjålet.³² Selgeren hadde benektet dette og fortalt at han hadde kjøpt dem av et konkursbo. Retten kom til at kjøperen burde ha foretatt ytterligere undersøkelser om konkursboet før han gjennomførte kjøpet.

³² Rt.1993 s.386

4 Normen for advokater

Som nevnt over kan det spørres hvorvidt rettsstridsreservasjonen og andre hensyn gjør at aktsomhetsvurderingen etter bestemmelsen i strl. § 317 vil være annerledes for advokater som driver virksomhet enn for andre.

Ordlyden i bestemmelsen taler ikke for en slik oppfatning. Hovedregelen må derfor være at regelen i strl. § 317 får samme anvendelse for advokater som for andre borgere. Dette er også lagt til grunn av Borgarting lagmannsrett i avgjørelsen mot Furuholmen.³³ Som allerede nevnt vil uaktsomhetsvurderinger være konkrete i forhold til hvert enkelt tilfelle. Handlinger måles opp mot hva som må kunne forventes som forsvarlig opptreden på et område, der også den handlendes personlige forutsetninger skal tas med i vurderingen. Begrunnelsen for å kriminalisere uaktsom overtredelse av et straffebud er blant annet behovet for å oppfordre til at det utvises særskilt aktsomhet i forbindelse med visse handlinger. Vurderingstemaet blir hvorvidt vedkommende advokat kan bebreides for ikke å ha handlet annerledes sett i lys av alle sakens omstendigheter.

Forholdet mellom advokat og klient er av en særlig art. Praktiserende advokater er pålagt å handle i samsvar med lovlovreguleringen på områdene de opererer. Videre er de også pålagt yrkesetiske regler om god advokatskikk. Noen av disse bestemmelsene er til for å beskytte forholdet mellom advokat og klient, mens andre er til for å verne samfunnet. Dette betyr i praksis at advokater skal utøve sitt tarv innenfor rammen av et regelverk som kan inneholde kolliderende elementer. Et sterkt vern av advokatens taushetsplikt om klientinformasjon kan være lite forenlig med advokatens rapporteringsplikt etter hvitvaskingsloven. På samme måte kan det tenkes tilfeller der advokatens plikt til å fremme rett og hindre urett etter regler for god advokatskikk pkt. 2.1 vil stride mot grunnleggende rettssikkerhetsgarantier, som enhver rett til å få sitt krav prøvet av en domstol etter EMK art. 6.

³³ LB-2009-40124

Advokater er pålagt å motarbeide hvitvasking blant annet gjennom undersøkelses- og rapporteringsplikt etter hvitvaskingsloven³⁴, og i form av en plikt til å frasi seg et oppdrag ved mistanke om hvitvasking etter reglene om god advokatskikk pkt. 3.1.8. Dette betyr at det ligger en generell forventning til at advokater er årvåkne for muligheten for at klienten anvender deres tjenester i hvitvaskingsøyemed. Den særlige aktsomheten som forventes av advokater i lys av disse regelsettene kan tale for at det vil være lavere terskel for å dømme advokater for uaktsom hvitvasking enn andre som ikke har like konkrete oppfordringer til aktsomhet. Før det kan trekkes en slik slutning blir det nødvendig å gå inn i alle de momenter som kan være relevante for å kartlegge aktsomhetsnormen for advokater etter strl. § 317 sjettede ledd.

4.1 Rettspraksis

Det er relativt få eksempler på tilfeller der advokater er dømt for uaktsom overtredelse av strl. § 317. Ett tilfelle er en dom avsagt av Kristiansand byrett 9. januar 1997. En advokat ble dømt for uaktsom hvitvasking for å ha tatt imot, og ført inn på klientkonto, kontante beløp fra en klient som viste seg å stamme fra flere straffbare handlinger. Dommen ble anket lagmannsretten, men ble forkastet.³⁵ Byretten gjennomførte en omfattende og konkret vurdering av hvorvidt advokaten hadde opptrådt uaktsomt. Retten viste til at advokaten var klar over tidligere straffedommer mot klienten, og kjent med hans bruk og omsetting av narkotika. Byretten la til grunn at dette i seg selv var tilstrekkelig til at advokaten burde være oppmerksom når han senere hadde med den samme klienten å gjøre. Videre viste de til at advokaten etter å ha bistått klienten med utfylling av selvangivelser, visste at klienten hadde vært uten ordinær arbeidsinntekt over flere år. Han var også klar over at klienten i samme tidsrom hadde gjort flere investeringer i form av fast eiendom. I tillegg til dette hadde klienten henvendt seg til advokaten og klaget på trakassering fra politiet. Retten la til grunn at advokaten da måtte forstå at klienten var i politiets søkelys og at han måtte ha forstått at dette var på bakgrunn av narkotikavirksomhet. Advokaten hadde dermed, ifølge retten, flere

³⁴ Lov 6.mars 2009 nr.11.

³⁵ RG-1998-1557

selvstendige grunnlag som oppfordret til å gjennomføre ytterligere undersøkelser før han bistod klienten med transaksjonene. Advokatens forsvar om at han stolte på at pengene stammet fra klientens far, som var en velrenommert forretningsmann, var etter rettens mening ikke tilstrekkelig forsikring fra advokatens side. Om aktsomhetsnormen etter strl. § 317 generelt uttalte byretten at ikke enhver uaktsomhet hos en advokat vil være straffbar. De henviste til forarbeidene hvor det fremkommer at formålet med bestemmelsen er å ramme tilfellene av skjult forsett. Likevel fant retten at bestemmelsen har en videre rekkevidde og kom til at den også er ment å omfatte mindre graverende forhold der det ikke foreligger noen mistanke om forsett.³⁶ Avgjørelsen er avsagt av laveste instans og har dermed begrenset rettskildemessig verdi. Ettersom det er relativt få rettsavgjørelser på området vil det likevel være naturlig å se på rettens vurderinger som veiledning for hva som skal forventes av advokater i liknende situasjoner.

Et annet relevant tilfelle er en avgjørelse fra Oslo tingrett, opprettholdt av Borgarting lagmannsrett, mot en advokat som var tiltalt for å ha hvitvasket penger over klientkonto i forbindelse med bistand til å gjennomføre kjøp av fast eiendom for en klient. Advokaten ble frikjent for alle forholdene som gjaldt hvitvasking, men tingretten uttalte likevel på generelt grunnlag, at advokater må pålegges en særlig plikt til å vise årvåkenhet overfor enkelte klienter når de bistår med økonomiske anliggender. Retten utdypet ikke hva som menes med "*enkelte klienter*", men de uttalte at advokaten i det konkrete tilfellet hadde fått flere indikasjoner på at klienten hadde drevet sin virksomhet på en slik måte at advokaten burde vært ekstra varsom.^{37 38} Retten kom likevel til at advokaten ikke hadde opptrådt uaktsomt i det konkrete tilfellet. Han hadde spurt klienten hvor pengene kom fra og fått svar på dette. Det ble også vist til at det hadde vært behov for en lang og omfattende bevisførsel i retten før det kunne konstateres at pengene stammet fra straffbare forhold, og at det heller ikke da kunne utelukkes at noe av midlene hadde lovlig opphav.³⁹

³⁶ Kristiansand byrett s.19

³⁷ RG-2006-952

³⁸ TOSLO-2002-9388

³⁹ Ibid

To forhold skiller dommene nevnt over. I saken som førte til domfellelse hadde advokaten, tre ganger, tatt imot store pengebeløp i kontanter. Dette var uregelmessig i forhold til vanlig prosedyre ved advokatoppdrag. I tillegg var det grunn til å stille spørsmål ved pengenes opprinnelse ettersom klienten hadde lite lovlige inntekter å vise til. Advokaten burde dermed foretatt ytterligere undersøkelser. Advokaten ble frikjent i det tilfellet det var vanskeligere å utelukke at pengene stammet fra lovlige midler. Selv om han kunne bebreides for ikke å ha stilt ytterligere spørsmål til klienten, var det ikke tilstrekkelig til domfellelse. Et fellestrekk ved saker der advokater er tiltalt for hvitvasking, er at klientene har hatt en relativt omfattende kriminell løpebane. Dette er tilfelle i begge de to nevnte tilfellene av uaktsom hvitvasking, samt i dommen mot advokat Furuholmen. Det har dermed vært klare indikasjoner på at midlene det var snakk om, stammet fra straffbare handlinger.

I en sak som kommer opp for Oslo tingrett tidlig 2012 er en advokat tiltalt for hvitvasking over klientkonto og bistand til å inndrive gjeld der pengene, i henhold til tiltalen, skal ha stammet fra ulike straffbare forhold. Økokrim vil søke å bevise at advokaten har stilt sin konto i Sveits til disposisjon for omfattende transaksjoner og at han må ha forstått at hans bistand innebar hvitvasking av penger.⁴⁰ Saken er interessant fordi det sannsynligvis vil være nødvendig for retten å foreta en gjennomgang av hvilke krav som stilles til advokatens aktsomhet. Tiltalen er omfattende og gjelder heleri og hvitvaskingshandlinger begått i forbindelse med flere klienter. Påtalemyndigheten anfører at advokaten har handlet forsettlig. Advokaten har jobbet med strafferett gjennom flere år og bør dermed være godt kjent med omfanget av bestemmelsen i strl. § 317. Økokrim vil søke å bevise at advokaten har hatt god kjennskap til klientene, og at han også har vært kjent med at enkelte har vært tiltalt og dømt for bedrageri tidligere. Mye tyder på at Økokrim vil anføre at dette må ha vært en ekstra oppfordring til at advokaten burde opptrådt mer varsomt. Økokrim kan her støtte seg til avgjørelsen nevnt tidligere fra 2006 hvor det uttales at det kan stilles strengere krav til advokatens aktsomhet overfor enkelte klienter. Dersom advokaten har forklart at han har spurt de aktuelle klientene om hvorvidt midlene stammet fra straffbare forhold, vil Økokrim trolig anføre at dette ikke kan være noen unnskyldning der slik forespørsel bare skaper

⁴⁰ Samtale med Geir Kavlie, Økokrim

et skinn av legitimitet, dersom advokaten allerede hadde positiv kunnskap om det motsatte.

4.2 Grensen mellom forsett og uaktsomhet

Skillet mellom uaktsomhets- og forsettsvurderingen i strl. § 317 er ikke tydelig. I bestemmelsen er det, kanskje i større grad enn i andre straffebud, mulig å se for seg en glidende overgang mellom det tilfellet der en advokat stiller sin virksomhet til disposisjon i den hensikt å hvitvaske midler for klienten, og tilfellet der advokaten av ren naivitet og uoppmerksomhet gjør det samme. Mellom disse ytterkantene vil graden av klanderverdighet ved advokatens handlinger variere. Omtrent midt på skalaen mellom uaktsomhet og forsett ligger forsettsformen *dolus eventualis*. Denne gjelder advokaten som har tenkt gjennom muligheten for at bistanden vil innebære hvitvasking og omfattes av strl. § 317, men likevel har valgt å gjennomføre oppdraget.

Med mindre advokaten erkjenner at han handlet forsettlig vil påtalemyndighetenes oppgave i en straffesak være å bevise at advokaten hadde kunnskap om at oppdraget han utførte innebar hvitvasking. Håndfaste bevis vil sjelden foreligge, og spørsmålet vil i realiteten bli om det kan utelukkes at advokaten *ikke* har hatt slik kunnskap. Denne vurderingen har store likhetstrekk med en aktsomhetsvurdering. Der det ikke kan utelukkes at advokaten faktisk ikke har forstått at det var snakk om hvitvasking, og dette i seg selv er klanderverdig, vil man være over i uaktsomhetsvurderingen.

4.3 Rettsstridsreservasjonen

Avgjørelsen inntatt i Rt. 2011 s. 1, gjaldt forsettlig overtredelse av strl. § 317. Høyesterett tok ikke stilling til en eventuell uaktsomhetsvurdering, men avgjørelsen inneholder likevel flere uttalelser som kan være av verdi for å kartlegge omfanget av aktsomhetsnormen. Høyesterett la til grunn at begge advokatene var klar over at pengene som var bakgrunn for kravet som skulle inndrives, mest sannsynlig stammet fra utbytte av straffbare handlinger. Vurderingstemaet i avgjørelsen var hvorvidt

advokatene likevel måtte frifinnes som følge av at bistanden ble ytt innenfor rammen av advokatoppdrag, og dermed burde ha et særlig vern basert på en alminnelig rettsstridsreservasjon.⁴¹ Etersom ordlyden i strl.§ 317 ikke forutsetter rettsstridighet, er det den ulovfestede rettsstridsreservasjonen Høyesterett henviser til. Det er sikker rett at en handling kan være straffri selv om den omfattes av den objektive gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. Dette kan være fordi den i seg selv ikke anses straffverdig, eller fordi det foreligger andre, og mer tungtveiende, hensyn som taler mot å straffe den aktuelle handlingen.^{42 43} Det er naturlig å anta at det er det siste alternativet Høyesterett viser til i forbindelse med spørsmålet om straffeansvar for advokater i henhold til strl. § 317. Høyesterett legger til grunn at spørsmålet om rettsstridighet beror på en avveining mellom de hensyn straffebudet skal verne, og andre hensyn det er grunn til å beskytte. Dette vil typisk være rettssikkerhetsmessige hensyn. Slik forståelse av en alminnelig rettsstridsreservasjon er lagt til grunn av Høyesterett tidligere.⁴⁴

Høyesterett har ved flere anledninger latt hensynet til rettssikkerhet veie tungt. Dette har blant annet vært ved tilfeller der politiet har benyttet etterforskningsmetoder som i stor grad har fremprovosert de straffbare handlingene.⁴⁵ En avgjørelse inntatt i Rt. 1998 s. 407 gjaldt tiltale for forsøk på heleri for å ha sikret seg utbytte av maleriet *Skrik* som var stjålet fra Nasjonalgalleriet. Engelske politiagenter var aktive i etterforskningsarbeidet og hadde utgitt seg for å være potensielle kjøpere. Retten kom til at aktiviteten hadde fremprovosert helerihandlingen og at straff ikke kunne ilegges. Hensynet til rettssikkerhet veide så tungt at selv om handlingene var straffverdige og hensynet til prevensjon tilsa straff, kom retten til at straff ikke kunne ilegges. Etterforskning er inngripende for den det gjelder og det er dermed særlig viktig at den utføres innenfor rammene av de regler som skal sikre at individets rettigheter ivaretas. Bakgrunnen for dette regelsettet er blant annet grunnleggende rettigheter nedfelt i EMK art. 6 og 8. I de nevnte avgjørelsene var det snakk om andre rettssikkerhetsmessige hensyn enn de som taler mot å pålegge advokater straffeansvar. Eksempelet har likevel overføringsverdi

⁴¹ Rt.2011 s.1 avsn.28

⁴² Andenæs(2004) s.154-157

⁴³ Eskeland(2006) s.139

⁴⁴ Rt.1979 s.1492

⁴⁵ Rt.1992 s.1088, Rt.1998 s.407

ved at det illustrerer hvilken vekt Høyesterett generelt tillegger rettssikkerhetsmessige hensyn.

I Lagmannsrettens behandling av saken mot advokat Furuholmen ble det uttalt at ”[...]rettsstridsreservasjonen i enkelte situasjoner vil innebære at en advokat ikke kan straffes for en handling som i utgangspunktet rammes av straffeloven § 317.”. Videre presiserte de at det ”[...]i første rekke kunne være tilfelle når advokatens rolle må anses å gå ut på å avklare partenes rettsstilling. En handling vil på dette grunnlag kunne fremstå som berettiget selv om den etter sin art rammes av straffebestemmelsen.”⁴⁶ Høyesterett tok senere stilling til samme spørsmål og uttalte at grunnleggende rettssikkerhetsmessige hensyn taler mot å stille advokater strafferettslig ansvarlig for uregelmessigheter ved klientens krav. Hensynet til advokatens rett til ikke å bli identifisert med sin klient, hensynet til å beskytte fortrolighet mellom advokat og klient og hensynet til å sikre et åpent og tilgjengelig rettsapparat var viktige momenter for dette synet.⁴⁷ En fare ved å pålegge advokater en streng aktsomhetsplikt var at det kunne føre til en situasjon der bare klienter med uomtvistede krav ville få tilgang til advokatbistand. Høyesterett konkluderte likevel med at de nevnte hensynene ikke kunne få gjennomslag ”[...]der advokaten er klar over at han ved å utføre sitt oppdrag bidrar til å sikre det som sikkert eller overveiende sannsynlig er utbytte av en straffbar handling.”⁴⁸ Denne uttalelsen skaper flere nye spørsmål. Ett er hvorvidt Høyesterett forutsetter et krav om forsett for å dømme advokater for hvitvasking. Høyesterett bruker ordene ”[...]der advokaten *er klar over* at han bidrar til[...]” (min utheving). Det kan spørres om Høyesterett mener at det bare er de tilfellene der advokaten har positiv kunnskap om forholdene at nevnte hensyn ikke er tungtveiende nok, og at de i alle andre tilfeller vil veie så tungt at straffeansvar ikke kan pålegges. I tilfelle vil det stenge for å dømme advokater for uaktsom overtredelse av bestemmelsen.

Det kan føre for langt å trekke en slik generell slutning ut av Høyesteretts uttalelse. Det var ingen andre momenter i avgjørelsen som tilsa at Høyesterett ønsket å ta stilling til uaktsomhetsspørsmålet. Likevel er uttalelsen et uttrykk for hvilken rettskildemessig

⁴⁶ LB-2009-040124 s.17

⁴⁷ Rt.2011 s.1 avsn.34

⁴⁸ Ibid

vekt Høyesterett tillegger de allmenne hensynene de redegjorde for i avgjørelsen. Dette vil ha overføringsverdig til uaktsomhetsvurderingen. Uttalelsen kan dermed brukes som argument for at en alminnelig rettsstridsreservasjon kan hindre at advokater straffes for uaktsom hvitvasking når de yter bistand som går ut på å klargjøre partenes rettsstilling.

Det bør presiseres at Høyesteretts avgjørelse i dommen mot advokat Furuholmen rettet seg mot advokatens ansvar ved bistand til å inndrive gjeld for klienten. Flere av Høyesteretts uttalelser kan tolkes mer generelt til å gjelde advokatens straffeansvar etter strl. § 317 også ved andre typer bistand. Det må likevel utvises varsomhet med å trekke uttalelsene lenger enn det Høyesterett selv har ment. Advokatens bistand til klienter kan tenkes å ha befatning med utbytte av straffbare handlinger på flere ulike måter. Furuholmens tilfelle gjaldt bistand til å sikre et krav. I et tilfelle som nylig har vært omtalt i media hadde en advokat mottatt pasientlister som klienten ulovlig hadde fremskaffet fra motparten. Disse opplysningene hadde han anvendt i utformingen av en klage til konkurransetilsynet. Et eventuelt straffeansvar i denne saken vil trolig være basert på heleri. Advokaten har angivelig ”mottatt utbytte av en straffbar handling” jf. strl. § 317 første ledd, første alternativ, og anvendt dette i sitt arbeid.⁴⁹ På samme måte kan det tenkes tilfeller der advokater mottar dokumenter og annet som kan være forfalsket eller fremskaffet gjennom bedrageri. Den objektive gjerningsbeskrivelsen i heleribestemmelsen vil være oppfylt. Spørsmålet er hvilke krav som skal stilles til advokaten for hvorvidt han burde forstått at dette var tilfellet. Det er mulig kravet til aktsomhet vil være annerledes i slike heleritilfeller, enn når det er snakk om hvitvasking. Selv om denne avhandlingen er avgrenset mot å skille dette i stor grad, kan det være verdt å nevne at det ikke nødvendigvis vil være samme norm som legges til grunn. Tilfellene der advokaten mottar materiale fra sin klient som skal anvendes i forbindelse med saken, vil kanskje i mindre grad være egnet til å vekke mistanke hos advokaten. Som nevnt tidligere vil advokatens krav til aktsomhet være strengere der han har en oppfordring om å være påpasselig. Denne vil kanskje være sterkere i tilfeller det er fare for hvitvasking som følge av fokuset fra blant annet hvitvaskingsloven. Likevel er det lite trolig at det avgjørende er hvorvidt advokatens handling faller inn under det

⁴⁹ Aftenposten(2011)

ene eller det andre alternativet i strl. § 317 første ledd. Det er advokatens konkrete oppfordring til ytterligere undersøkelser som er kjernen i aktsomhetsvurdering.

4.4 Rettssikkerhetsmessige hensyn

4.4.1 Uavhengighet

Det følger av regler for god advokatskikk at advokater ikke bør identifisere seg med klienten. Videre har han rett til ikke å bli identifisert med sin klient.⁵⁰ Dette gjelder klienten som person, og de standpunkter advokaten forfekter for vedkommende.⁵¹ Regelen i tredje ledd må likevel leses i lys av hele bestemmelsen. Av pkt. 2.1 annet ledd følger det at advokaten skal ivareta klientens interesser ”innenfor lovens ramme og etter beste evne”. Dette betyr at advokaten ikke kan medvirke til straffbare handlinger og gå fri fra dette ved å vise til uavhengighetsprinsippet. For å utøve advokatvirksomhet må advokaten kunne legge klientens ord til grunn og videreformidle hans syn. En særlig lav terskel for å straffe advokaten for medvirkning når han fremmer klientens standpunkter, øker risikoen for advokatyrrket.

Slik lav terskel kan også tenkes å stride mot internasjonale forpliktelser. I Europarådets anbefaling om fri profesjonsutøvelse for advokater uttales det at advokater ikke skal trues med sanksjoner når de utfører sitt virke i samsvar med interne profesjonsetiske retningslinjer.⁵² Dette er utdypet i den utfyllende kommentaren hvor det uttales at dette er avgjørende for å ivareta advokatens rolle for å sikre individets rettigheter i samfunnet.⁵³

Advokatens uavhengige posisjon har også en side mot å sikre retten til kontradiksjon. Dette var et tema i Advokatforeningens årstale denne høsten.⁵⁴ Advokaten har en viktig rolle som representant for publikum mot maktapparatet. Dette er en samfunnsfunksjon

⁵⁰ Regler for god advokatskikk pkt 2.1 tredje ledd

⁵¹ Wilhelmsen(2003) s.45 flg.

⁵² REC2000/21

⁵³ Explanatory Memorandum avsn. 25.

⁵⁴ Reiss-Andersen(2011)a

som er nødvendig for et velfungerende demokrati. Det kan tenkes at det må være rom for en tillatt risiko rundt advokatens arbeid for å sikre uavhengighet. Slik oppfatning er støttet i teorien i forbindelse med advokatens ansvar for riktigheten av rettslig rådgivning. Erling Johannes Husabø uttaler at rettslig informasjon er av stor samfunnsmessig verdi. Kompleksiteten rundt rettssystemet gjør at advokaten ikke nødvendigvis kan dømmes for medvirkning til en straffbar handling når han har gitt uriktige rettslige råd. Her hevder han det må være rom for en tillatt risiko.⁵⁵ Det samme kan tenkes å gjelde for advokater som yter bistand som objektivt bidrar til å sikre klientens utbytte av en straffbar handling.

Tanken om en tillatt risiko gjelder for flere andre profesjonsutøvere. På legevirksomhetens område er problemstilling særlig utbredt i USA. Der har rettstilstanden ført til at leger ikke tør å yte bistand når de opptrer sivilt, av frykt for å pådra seg erstatningsansvar. Et strengt ansvar for leger som begår feil under medisinsk behandling vil i praksis kunne føre til et dårligere behandlingstilbud sett under ett. Slik oppfatning er også lagt til grunn av Riksadvokaten i rundskriv om straffeansvar for helsepersonell. Det uttales at ”overdreven engstelse for konsekvensen av å begå feil kan medføre uheldig ressursbruk for å gardere seg mot kritikk og straffeforfølgning”⁵⁶. Det bør påpekes at feil begått av leger, svært sjelden vil være profittmotivert. Det samme kan ikke sies om advokater som driver virksomhet. Skadevirkningene av et strengt ansvar kan derfor være større for leger enn for advokater. Likevel vil samme momenter gjelde for advokater. Majoriteten blant advokater søker å drive sin virksomhet på redelig vis. Lav terskel for å bli identifisert med klientens handlinger vil vanskeliggjøre advokatens arbeid og kan i ytterste konsekvens true enkelte grupperes tilgang til juridisk bistand.

4.4.2 Fortrolighet

Tillitsforholdet mellom advokat og klient er grunnleggende for all advokatvirksomhet. Prinsippets verdi i norsk rett kommer til uttrykk gjennom strl. § 144 som kriminaliserer

⁵⁵ Husabø(1999) s.152

⁵⁶ Riksadvokaten 5/2001

brudd på advokatens taushetsplikt. Høyesterett har lagt til grunn at dette prinsippet taler mot å pålegge advokater et strengt straffeansvar for uregelmessigheter ved klientens krav.⁵⁷ Det er nærliggende å anta at uttalelsen har generell verdi også for lignende typer advokatbistand. Prinsippet resulterer i flere bestemmelser i straffeprosessloven (strprl.).⁵⁸ Strprl. § 119 forbyr retten å ta imot vitneforklaring fra advokater, og § 204 første ledd begrenser adgangen til å ta beslag i dokumenter som inneholder korrespondanse mellom advokat og klient.

Taushetsplikten gjelder i utgangspunktet bare den ”egentlige advokatvirksomhet”, som vil si juridisk bistand og rådgivning. Når advokaten driver annen rådgivning, eksempelvis eiendomsmegling og finansiell rådgivning omfattes han ikke av bevisforbudet i strprl. § 119.⁵⁹ ⁶⁰ Fortrolighet mellom advokat og klient er ansett å være viktig for å sikre klienten en reell tilgang til juridisk bistand.⁶¹ For at advokaten skal kunne yte tilfredsstillende juridisk bistand er det nødvendig at han får fullstendig oversikt over alle sakens opplysninger. Klienten skal også kunne være trygg på at det han betror advokaten ikke videreformidles.

Taushetsplikten mellom advokat og klient er ikke lenger beskyttelsesverdig når advokaten deltar eller medvirker ved klientens straffbare handling. Dette er en anerkjent oppfatning både nasjonalt og internasjonalt.⁶² Oppfatningen får også utslag gjennom unntaket i strprl. § 204 annet ledd, som åpner for at beslag likevel kan tas når advokat og klient er mistenkt for å være medskyldige i det straffbare forholdet. I debatten etter avgjørelsen i Rt. 2011 s.1 ble det vist til denne problemstillingen. Flere mente at avgjørelsen hadde senket terskelen for straffeansvar for advokater basert på uregelmessigheter ved klientens krav.⁶³ Oppfatningen var basert på Høyesteretts uttalelse om at advokaten kunne dømmes for forsettlig overtredelse der det var *overveiende sannsynlig* at kravet han hadde bistått klienten med å inndrive stammet fra straffbare forhold. Senket terskel for straffeansvar korresponderer med senket terskel

⁵⁷ Rt.2011 s.1 avsn.33

⁵⁸ Lov 22.mai 1981 nr.25

⁵⁹ Rt.2008 s.645, Rt.1999 s.911, Rt.2008 s.645

⁶⁰ Svalheim(1996) s.67

⁶¹ Reiss-Andersen(2010) s.15

⁶² IBA (2011) kap 4 og EP/Rdir2005/60/EF

⁶³ Reiss-Andersen(2011)b

for når kravet til mistanke vil være oppfylt. Dette kunne skape en situasjon der påtalemyndighetene lett kan omgå forbudet mot tilgang til korrespondanse mellom advokat og klient ved å gi advokaten status som mistenkt, og dermed få tilgang til korrespondansen jf. strprl. § 204 annet ledd. Denne adgangen utvides dersom man også legger til grunn et strengt aktsomhetsansvar for advokater etter strl. § 317 sjette ledd. Terskelen for når det foreligger mistanke vil da ligge enda et hakk lavere.

Det må likevel understrekes at strprl. § 204 annet ledd forutsetter at advokat og klient mistenkes for samme straffbare forhold. Det vil ikke nødvendigvis være tilfellet når advokaten er mistenkt for hvitvasking etter strl. § 317. Klienten vil normalt mistenkes for primærforbrytelsen, eventuelt også for selvvask jf. strl. § 317 annet ledd. Det må da spørres hvorvidt dette vil være samme straffbare forhold, før man kan legge til grunn at straffeansvar vil true taushetsplikten. Mye tyder på at det ikke vil være tilfelle. Det følger av forarbeidene til strl. § 317 at bestemmelsen ikke kan anvendes i idealkonkurrens med primærforbrytelsen. Etterfølgende bistand anses som et annet straffbart forhold.⁶⁴ Det samme vil gjelde selv om klienten er mistenkt for selvvasking jf. strl. § 317 annet ledd. En normal språklig forståelse av ordlyden tilsier at bestemmelsen må vurderes tilsvarende som begrepet *samme forhold* ellers i straffeprosessen.⁶⁵ Slik oppfatning finnes det også støtte for i teorien.⁶⁶

Knut Svalheim argumenterer for et motsatt syn. Han hevder at begrepet har et noe bredere innhold. Han viser til uttalelser i bestemmelsens forarbeider som legger til grunn at ”medskyldige” tilsvarende et *samvirke*.⁶⁷ Videre viser han til at begrepet samvirke tradisjonelt er antatt å gjelde også etterfølgende bistand.⁶⁸ Han hevder at få hensyn taler for å skille tilfellene. Advokatens etterfølgende bistand har en såpass nær tilknytning til klientens straffbare handling at taushetsplikten ikke er mer beskyttelsesverdig enn i medvirkningstilfellene.⁶⁹ Spørsmålet har ikke vært avklart av domstolene. Lagmannsretten har uttalt at mye kan tale for at begrepet i strprl. § 204 annet ledd må

⁶⁴ Ot.prp.nr.53(1992-93) s.21-22, Østby(2010) s.89

⁶⁵ Jf. strprl. §§ 38 og 252

⁶⁶ Jahre(1990) s.255, Østby(2010) s.89

⁶⁷ NUT-1969-3 s. 253

⁶⁸ Svalheim(1996) s.100

⁶⁹ Ibid

ha et noe videre innhold enn ellers i straffeprosessen.⁷⁰ Avgjørelsen ble anket til Høyesterett, men de tok ikke stilling til spørsmålet.⁷¹ I Rt. 2011 s. 296 var Høyesterett også innom problemstillingen uten å konkludere da spørsmålet ikke var relevant for den aktuelle saken. De uttalte likevel at ulike hensyn ligger bak avgrensningen av begrepet *samme forhold* i strprl. § 204 annet ledd og strprl. § 38 slik at ”[...]løsningen ikke nødvendigvis behøver å bli den samme.”⁷².

Det kan anføres at faren for misbruk av bestemmelsen taler for at den ikke bør tolkes utvidende. Videre er det mulig EMK art. 8, om vern av privatliv, setter grenser for en slik utvidende tolkning. Det er sikker rett at taushetsplikten mellom advokat og klient er beskyttet av EMK art. 8 gjennom retten til respekt for korrespondanse.⁷³

Legalitetsprinsippet står sterkt når det gjelder inngrep i rettigheter som reguleres av bestemmelsen. I dette ligger det krav om at inngrep må være forutberegnlige og tydelige. Dette er lagt til grunn av den europeiske Menneskerettsdomstolen (EMD) i en sak som gjaldt ransaking av taushetsbelagt materiale på et advokatkontor.⁷⁴ En tolkning av strprl. § 204 som går utover ordlyden kan dermed tenkes å være problematisk. Frykten for at påtalemyndighetene vil utnytte situasjonen dersom terskelen for å mistenke advokater for brudd på strl. § 317 senkes, er likevel ikke ubegrunnet ettersom rettstilstanden fortsatt er uavklart.

4.4.3 Tilgang til domstolen

I dommen mot advokat Furuholmen kom Høyesterett til at alminnelige hensyn ikke ville få gjennomslag der advokaten var klar over at det var sikkert eller overveiende sannsynlig at oppdraget bidro til å sikre utbyttet av en straffbar handling.⁷⁵ Debatten som oppstod i jurist- og advokatmiljøet etter avgjørelsen knyttet seg i stor grad til denne uttalelsen.

⁷⁰ LB-2007-186750

⁷¹ Rt.2008 s.645

⁷² Rt.2011 s.296 avsn. 35

⁷³ Meidell(2010) s.35 flg. Med henvisninger

⁷⁴ Sallinen mot Finland. avsn. 82

⁷⁵ Rt.2011 s.1 avsn.34

Berit Reiss-Andersen og Erling Lyngtveit stilte blant annet spørsmål ved Høyesteretts uttalelser om at advokater kunne straffes for hvitvasking også der det ikke var mer enn overveiende sannsynlig at utbyttet stammet fra straffbare forhold.⁷⁶ De viste til at advokater som anså det som 80 % sannsynlig at klientens midler stammet fra straffbare forhold ville kunne dømmes for hvitvasking dersom de påtok seg oppdraget. Klienten som da sitter med et krav som 20 % sannsynlig er legitimt vil ikke ha tilgang til å få dette domstolsbehandlet.⁷⁷ Lyngtveit og Reiss-Andersen mente avgjørelsen ville føre til en rettstilstand der advokater må vurdere godheten av alle sivile krav før de kan påta seg oppdrag. De viste til at det å bringe krav inn for retten, er blant advokatens kjerneoppgaver og at det ligger til domstolene å avgjøre kravets legitimitet.

Problemstillingen er også relevant i forhold til et eventuelt straffeansvar for den uaktsomme overtredelse av strl. § 317. Forutsettes det at advokater kan dømmes for uaktsom overtredelse av bestemmelsen oppstår et spørsmål om også uaktsomhet rundt sannsynlighetsgraden for kravets rettmessighet, vil være straffbart. Hypotetisk kan det tenkes et tilfelle der en advokat uaktsomt legger til grunn at klientens krav 70 % sannsynlig stammer fra utbytte av en straffbar handling. Han påtar seg oppdraget, men burde forstått at kravet, i hvert fall 90 % sikkert, hadde straffbart opphav. Kan han da straffes for uaktsom hvitvasking? Her oppstår en situasjon med flere uaktsomhetsvurderinger som fort kan bli uoversiktlig. Vurdering av hva som er sannsynligheten for at midlene stammer fra straffbare forhold er lettere å foreta overfor en advokat som handler forsettlig enn når advokaten er uaktsom. Når det gjelder den uaktsomme advokaten blir vurderingen todelt. For det første må det vurderes om han burde forstått at det var en bestemt sannsynlighet for at klientens midler stammet fra utbytte av en straffbar handling. Videre er spørsmålet om han burde forstått at hans ytelser bidro til å sikre dette utbytte slik at hans handling falt innenfor gjerningsbeskrivelsen i strl. § 317.

En slik rettstilstand vil medføre at advokaten pålegges å gjennomføre relativt omfattende undersøkelser for å klargjøre sannsynlighetsgraden for kravets godhet. Det

⁷⁶ Reiss-Andersen(2011)c

⁷⁷ Ibid

kan også oppstå usikkerhet rundt terskelen for når tilstrekkelige undersøkelser er utført. Det er alltid en risiko for at ny informasjon kan fremkomme dersom advokaten graver litt dypere i klientens virksomhet. Uklarhet rundt advokatens plikter på dette området kan medføre at advokaten, av frykt for å pådra seg straffeansvar, ikke anser det som lønnsomt å påta seg oppdrag for risikoklienter. Dette kan være klienter som tidligere er straffeforfulgt eller har drevet med virksomhet i lovens gråsoner. Selv om det er på det rene at advokatens aktsomhetsplikt skjerpes når forhold rundt klienten kan tale for hvitvaskingsrisiko,⁷⁸ må ikke aktsomhetsplikten bli så streng at den i realiteten hindrer enkelte grupper tilgang til advokatbistand. Det samme gjelder om bistanden for enkelte klienter blir urimelig kostbar som følge av advokatens merarbeid i form av forundersøkelser.

Det kan spørres om situasjonen ville blitt en annen dersom Furuholmen hadde bistått med å inndrive gjelden uten at saken hadde kommet opp for en domstol. Her vil ikke retten til domstolsbehandling gjøre seg gjeldende som argument i samme grad. Videre kan det argumenteres for at det er større behov for at advokaten undersøker når saken ikke skal avgjøres av retten. Slikt skille vil være vanskelig i praksis ettersom advokaten ikke nødvendigvis vet om et oppdrag for klienten vil ende med domstolsbehandling. Ofte er det ønskelig å prøve å finne en minnelig løsning først.

4.4.3.1 Forholdet til EMK art. 6

I dommen mot advokat Furuholmen uttalte Høyesterett at innvendingene mot å tillegge advokater et straffeansvar basert på uregelmessigheter ved partenes krav er sterkest når det gjelder bistand til å avklare partenes rettestilling.⁷⁹ De la til grunn at dette hadde en side mot rett til domstolsadgang som følger av EMK art. 6 og viste til en avgjørelse fra EU-domstolen i 2007.⁸⁰

⁷⁸ RG-2006-952

⁷⁹ Rt.2011 s.1 avsn.33

⁸⁰ Sak C-305/05

I avgjørelsen tok EU-domstolen stilling til hvorvidt rapporteringsplikten for advokater etter EUs andre hvitvaskingsdirektiv var i strid med EMK art. 6.⁸¹ Etter en grundig gjennomgang av rammene for advokaters rapporteringsplikt kom EU-domstolen til at dette ikke var tilfelle. De viste til at rapporteringsplikten kun omfattet advokatbistand som ikke hadde tilknytning til rettergang. Slik bistand var ikke beskyttet av en særlig rett til domstolsadgang i henhold til EMK art. 6. Grunnen til dette var at rapporteringsplikten for advokater var begrenset til å gjelde advokatbistand i forbindelse med finansielle transaksjoner jf. direktivets art. 2a(5). Videre var det særlig unntak fra å rapportere informasjon advokaten hadde fått kunnskap om gjennom bistand til å avklare klientens rettsstilling, og forhold advokaten har fått kunnskap om før, under og etter en rettssak når opplysningene er direkte knyttet til rettstvisten.⁸²

Det skal presiseres at det er EU-domstolen som her tolker omfanget av EMK art. 6. Uttalelsene har rettskildemessig omtrent tilsvarende verdi og rang som når Høyesterett gjør det samme i norsk rett. EMD har øverste kompetanse til å tolke konvensjonen. De har foreløpig ikke tatt stilling til spørsmålet. Likevel er det foreløpig ingen holdepunkter for å anta at EU-domstolen har lagt til grunn feil forståelse av EMK art. 6.

Det kan spørres hvilken relevans EU-domstolens avgjørelse har for å kartlegge aktsomhetsnormen for advokater etter strl. § 317. Avgjørelsen gjaldt hvitvaskingsdirektivet som i realiteten tilsvarende det som følger av den norske hvitvaskingsloven. At EMK art. 6 kan sette grenser for hvilke innhugg som kan gjøres i taushetsplikten for advokater, er ikke vanskelig å tenke seg. Likevel kan det ikke derfra trekkes noen direkte slutning om at EMK art. 6 på samme måte stenger for når en advokat, i forbindelse med sin virksomhet, kan straffes for hvitvasking etter strl. § 317. Mye tyder på at Høyesterett likevel mener at det kan være en sammenheng ettersom de viser til avgjørelsen ved en vurdering av strl. § 317. Spørsmålet blir om EMK art. 6 krenkes hvis det legges til grunn et strengt straffeansvar for advokater for den type bistand som faller utenfor hvitvaskingsloven, eksempelvis når advokaten bistår med å avklare klientens rettsstilling. EMK art. 6 stadfester en grunnleggende rett til rettfærdig rettergang. I dette ligger det er det innfortolket en rekke mer konkrete rettigheter knyttet

⁸¹ Rdir2001/97EC

⁸² Rdir2001/97EC art.6(3)

til domstolsbehandling, blant annet en rett til *adgang* til domstolen.⁸³ Rettslige og faktiske hindringer for å reise sak for domstolene, kan være i strid med EMK art. 6.⁸⁴ I dette er det også innfortolket en rett til å la seg bistå av advokat. EMD tok stilling til spørsmålet i avgjørelsen *Golder mot Storbritannia*. En innsatt i et fengsel ble nektet å kontakte advokat i forbindelse med at han ønsket å reise injuriersøksmål mot en fengselsbetjent. EMD kom til at selv om dette ikke var en formell hindring for at mannen kunne få prøvet saken for en domstol, var den reell. Golder hadde en legitim interesse i å diskutere et eventuelt søksmål med en advokat. EMD uttalte at det ikke var fengselsmyndighetenes oppgave å avgjøre hvorvidt et slikt krav ville føre frem eller ikke. Dette skulle domstolen ta stilling til.⁸⁵ EMD har også i flere senere avgjørelser konstatert krenkelse av EMK art. 6 der personer har blitt nektet å ta kontakt med advokat i forbindelse med sivile søksmål.⁸⁶

Ved å praktisere et strengt straffeansvar for advokater etter strl. § 317, kan publikums tilgang til advokatbistand begrenses som følge av at advokaten selv nekter å påta seg et oppdrag av frykt for å bli stilt strafferettslig ansvarlig. Dette utgjør en indirekte hindring for advokatbistand ettersom det er advokaten selv som setter grenser for hvilke oppdrag han ønsker å utføre. På mange måter skiller situasjonen seg fra de nevnte eksemplene fra EMD. I disse sakene var hindringen påført av en ekstern faktor. Resultatet er likevel det samme, at vedkommende ikke får bistand fra advokat. Dette utgjør ikke noen formell hindring, da det er valgfritt for partene å benytte seg av prosessfullmektig jf. tvisteloven § 3-1. Den vil likefullt være reell, ettersom juridisk rådgivning i de fleste tilfeller er avgjørende for å fremme en tvist for domstolene.

Strengt straffeansvar for advokater som påtar seg oppdrag for klienter der kravets legitimitet er omstridt, kan dermed tenkes å være i strid med EMK art. 6. Det er mulig det vil være aktuelt med et skille mellom de tilfellene advokaten handler forsettlig og der han er uaktsom i forhold til sannsynligheten for at klientens midler stammer fra utbytte av en straffbar handling. Dersom advokaten frykter han vil bli straffet for

⁸³ Aall(1995) s.92

⁸⁴ Kjørbo(2010) s.386

⁸⁵ *Golder mot Storbritannia*, avsn. 40

⁸⁶ *Campbell og Fell mot Storbritannia*, avsn.105-107

uaktsom overtredelse, vil det oppstå usikkerhet rundt når straffeansvaret inntreffer. Dette kan i større grad føre til at han tar forholdsregler og frasier seg oppdrag som det senere kan vise seg ikke innebar hvitvasking. Slikt scenario kan skape faktiske hindringer til domstolsadgang og være i strid med EMK art. 6.

4.5 Hvitvaskingslovens bestemmelser

Reglene i hvitvaskingsloven og hvitvaskingsbestemmelsen i straffeloven utgjør to separate regelsett. Hvitvaskingsloven (hvv.) pålegger advokater og andre yrkesutøvere visse plikter i forbindelse med utøvelse av virksomheten. Brudd på disse pliktene kan medføre straffesanksjoner etter hvvl. § 28. Dette regelsettet er i utgangspunktet helt uavhengig av straffelovens bestemmelse om hvitvasking i strl. § 317. Likevel er det relevant å se hvorvidt regelsettene i noen grad vil påvirke hverandre. I denne sammenheng er det interessant å se hvorvidt undersøkelses- og rapporteringspliktsreglene i hvitvaskingsloven vil påvirke terskelen for aktsomhetsnormen etter strl. § 317.

Lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv. nr. 11 2009 avløser lov om tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger mv. nr. 41, 2003. Lovene er vedtatt som et grep i kampen mot økonomisk kriminalitet og bygger i stor grad på EUs hvitvaskingsdirektiver som pålegger statene å innføre rettslige mekanismer for å bekjempe hvitvasking.⁸⁷ Loven fra 2009 ble vedtatt i forbindelse med EUs tredje og foreløpig siste hvitvaskingsdirektiv.⁸⁸ Den videreførte i stor utstrekning det som fulgte av 2003-loven. Loven pålegger en rekke virksomhetsutøvere å rapportere til Økokrim dersom de får mistanke om hvitvaskingshandlinger hos klienter i forbindelse med sin virksomhet.

Det følger av hvitvaskingsloven § 4 annet ledd nr. 3. bokstav d, at advokater er omfattet av loven når de yter bistand som gjelder planlegging og utføring av finansielle

⁸⁷ Rdir91/308/EØF, Rdir2001/97/EC og EP/Rdir2005/60/EF

⁸⁸ EP/Rdir2005/60/EF

transaksjoner, og ved transaksjoner i forbindelse med fast eiendom eller gjenstander med verdi over 40 000 kroner. I realiteten vil dette være en omfattende del av all advokatbistand, ettersom begrepet transaksjon skal forstås vidt. Dette følger av rapporten som lå til grunn for hvitvaskingsloven av 2003, og er videreført i hvitvaskingsloven fra 2009 jf. § 2 nr. 2, hvor det uttales at en transaksjon skal forstås som enhver overføring, formidling, ombytting eller plassering av formuesgoder.^{89 90} En stor andel av all advokatvirksomhet vil på en eller annen måte innebære en transaksjon.

I forlengelsen av dette oppstår spørsmålet om mottak av salær er avskåret fra straffeansvar i henhold til strl. § 317 siste ledd. Her forutsettes det at straff ikke ilegges den som mottar utbyttet som normalt vederlag for, blant annet, vanlige tjenester. Forarbeidene har ingen uttømmende forklaring på hva som regnes som *vanlige tjenester*. Formålet med bestemmelsen er at ikke alminnelige forretningsdrivende, som driver virksomhet rettet mot forbrukere, skal rammes. Dette ville påføre dem en urimelig byrde i forhold til å undersøke hvordan kunden skaffet sine midler.⁹¹ En normal språklig forståelse av *vanlig tjeneste* vil trolig ikke omfatte advokattjenester. Forutsettes det at advokaten har et straffesanksjonert aktsomhetsansvar for å unngå å bidra til hvitvasking gjennom sin virksomhet, er det meget motstridende dersom han fritt kan motta salær fra klienter uten at spørsmålet om pengenes opphav ville være av betydning. En annen problemstilling er hvorvidt aktsomhetsnormen for advokaten vedrørende opphavet til klientens betalingsmidler vil være annerledes enn aktsomhetsnormen vedrørende omstendighetene rundt oppdraget advokaten utfører for klienten.

Hvvl. §§ 17 og 18 inneholder regler om undersøkelses- og rapporteringsplikt. Etter hvvl. § 17 skal de rapporteringspliktige foreta nærmere undersøkelser dersom de får mistanke om at en transaksjon har tilknytning til utbytte av en straffbar handling eller forhold som rammes av terrorbestemmelsene i straffeloven.⁹² Videre følger det av § 18

⁸⁹ Rørholt(2011) note 2

⁹⁰ Finansdepartementet (2002)

⁹¹ Ot.prp.nr.45(1987-88) s.23

⁹² Strl.§§ 147 a, 147b eller 147c

at der nærmere undersøkelser etter § 17 ikke avkrefter mistanken skal den rapporteringspliktige sende opplysninger videre til Økokrim.

Det finnes et særskilt unntak fra rapporteringsplikten for advokater i hvvl. § 18 annet ledd. Bestemmelsen er tatt inn for å verne den spesielle situasjonen mellom advokat og klient. Hvitvaskingsdirektivet artikkel 23 (2) åpner for at statene kan gjøre unntak i rapporteringsplikten for advokater. Hvvl. § 18 annet ledd inneholder et unntak som tilsvarer det som følger av direktivet.⁹³ Det innebærer at advokater, og enkelte andre nærmere bestemte yrkesutøvere ”[...] har ikke plikt å rapportere om forhold de har fått kjennskap til gjennom arbeidet med å fastslå klientenes rettsstilling, eller om forhold som de har fått kjennskap til før, under og etter en rettssak når de forhold opplysningene omfatter har direkte tilknytning til rettstvisten.”. Det følger av forarbeidene at begrepet *fastslå klientens rettsstilling* vil omfatte tolkning av gjeldende rett og subsumsjonen i forhold til den enkelte klient.⁹⁴ I forarbeidene til 2003-loven uttales det at behovet for å verne om advokaters taushetsplikt er en viktig årsak til at lovgiver valgte å innføre et unntak som var like omfattende som det direktivet åpnet for. Diskusjonen i høringsinstansen knyttet seg hovedsakelig til spørsmålet om unntaket skulle omfatte advokatens arbeid med å *fastslå klientens rettsstilling*. Enkelte høringsinstanser, blant annet Økokrim, mente et så bredt unntak var vanskelig å tolke og kunne medføre en uthuling av rapporteringsplikten. Departementet kom likevel til at behovet for å beskytte forholdet mellom advokat og klient var viktig for å sikre allmennhetens tilgang til juridisk bistand for å få avklart sin rettsstilling. Dette var også viktig der klienten driver virksomhet som ligger i lovens gråsoner.⁹⁵ Det ble likevel understreket at unntaket ikke burde tolkes videre enn hensynet bak unntaket tilsier.⁹⁶

Spørsmålet har blitt satt på spissen i to avgjørelser fra Belgia og Frankrike. Franske og belgiske domstoler har foretatt en tolkning av direktivet som i stor grad uthuler advokatens rapporteringsplikt. Kort oppsummert har de tolket unntaket så bredt at stort sett alle former for advokatvirksomhet faller utenom. De har lagt til grunn at all

⁹³ Inst.O.nr.100(2002-2003)pkt.4.3

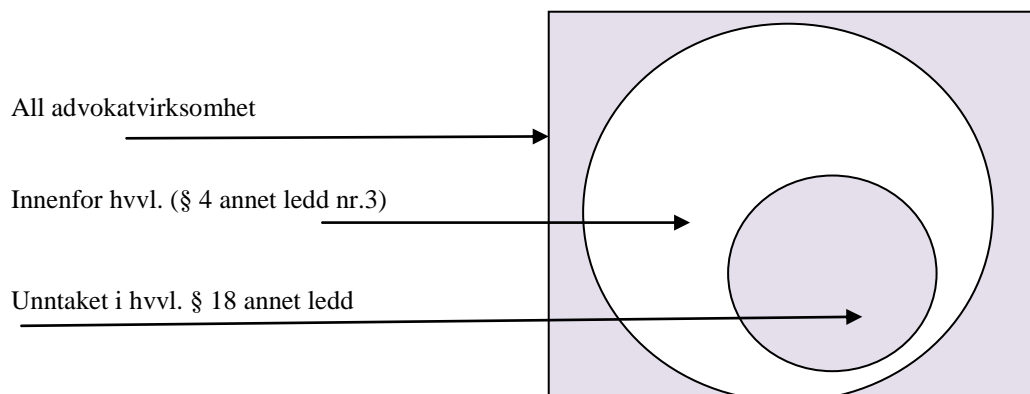
⁹⁴ Ot.prp.nr.72(2002/2003)pkt.6.3

⁹⁵ Ot.prp.nr.72(2002/2003)pkt.6.3

⁹⁶ Inst.O.nr.100(2002-2003)pkt.4.3

advokatvirksomhet i bunn og grunn gjelder å bistå klienten med å unngå rettslig behandling av en sak. Dermed kommer de til at unntaket for bistand før, under og etter en rettssak må tolkes vidt.⁹⁷ Avgjørelsene har lite trolig noen betydning for den norske forståelsen av unntaket. Grensene for unntakets omfang et vanskelig spørsmål. Det er likevel ikke rom for å gå grundig inn i grensedragningen i denne avhandlingen.

Figuren illustrerer hvordan hvitvaskingsloven påvirker advokatvirksomheten. Firkanten viser all form for advokatvirksomhet. Den ytterste ringen viser den type advokatvirksomhet som faller innenfor hvitvaskingsloven etter § 4 annet ledd nr. 3, dette gjelder finansielle transaksjoner o.l. Den innerste sirkelen viser advokatbistand som omfattes av unntaket fra rapporteringsplikten etter § 18 annet ledd. Det hvite området i figuren utgjør da den type advokatvirksomhet advokaten er forpliktet til å rapportere til Økokrim ved mistanke om hvitvasking.



4.5.1 Innenfor rapporteringsplikten

Advokater som operer på hvitvaskingslovens anvendelsesområde er pålagt å utvise særlig oppmerksomhet overfor klienter for å avdekke eventuelle uregelmessigheter som kan utløse rapporteringsplikt. Som nevnt vil lovregulering på andre områder være av betydning når normen for aktsomhet skal kartlegges for en straffebestemmelse.⁹⁸ Det kan tenkes tilfeller der en advokat bidrar til å sikre utbytte av en straffbar handling ved

⁹⁷ Judgement no.10/2008 23.jan 2008, og Conseil d'état statuant au contentieux, 10. april 2008

⁹⁸ Matningsdal(2011) note 142

en transaksjon eller annen ytelse som skulle vært rapportert etter hvitvaskingslovens regler. Det er klart at det er viktig å skille de to regelsettene. Brudd på undersøkelses- og rapporteringsplikten i hvitvaskingsloven vil ikke automatisk føre til at advokaten kan dømmes for uaktsom hvitvasking etter strl. § 317. Slike brudd sanksjoneres i henhold til hvvl. § 28. Ifølge bestemmelsen er bare forsettlig og grovt uaktsomme overtredelser straffbare. Det er ikke selve formalovertredelsen av reglene i hvitvaskingsloven som brukes som moment for uaktsomhet etter straffeloven. Likevel vil advokatens særlige oppfordring til å foreta undersøkelser ved mistanke om hvitvasking gjøre det spesielt klanderverdig om han ukritisk bistår til å gjennomføre slike transaksjoner. Denne oppfordringen gjelder for advokater til enhver tid. Det er dermed unaturlig å se bort ifra denne når man legger til grunn hvilken aktsomhet som forventes av advokater etter strl. § 317. Advokatens rapporteringsplikt etter hvitvaskingsloven inntreffer ved *mistanke* om hvitvasking. Mistankebegrepet er ikke nærmere definert i hvitvaskingsloven eller i forarbeidene til denne.⁹⁹ Et moment vil trolig være om det foreligger konkrete omstendigheter av uvanlig karakter.¹⁰⁰ Det er ikke rom for å gå videre inn i definisjonen av begrepet i foreliggende avhandling.

Det følger av rettspraksis at aktsomhetsnormen etter strl. § 317 er streng der det har foreligget en oppfordring til å foreta nærmere undersøkelser. Et eksempel er avgjørelsen fra Oslo tingrett i 2007.¹⁰¹ Flere var tiltalt for å ha bistått med å overføre penger til Nederland og Albania. Bistanden var gitt etter forespørsel fra de som ønsket pengene overført, med ulik forklaring på hvorfor hjelpen var nødvendig. Det gjennomgående i avgjørelsen var at der forespørselen hadde kommet fra fremmede forbipasserende på gaten, ble de tiltalte domfelt for uaktsom hvitvasking. At en fremmed ba om slik bistand var ifølge retten i seg selv et varsku som oppfordret til ytterligere undersøkelser. Tilfellene der de tiltalte hadde kjennskap til vedkommende som søkte bistand, var retten mer tilbakeholdne med å konstatere uaktsomhet.

I teorien har det vært vist til at forebyggende forskrifter kan stille særlige krav til aktsomhet på spesielle områder. I to avgjørelser nevnt tidligere la Høyesterett til grunn

⁹⁹ Chanana(2008) s.105

¹⁰⁰ Ibid

¹⁰¹ Se eks TOSLO-2007-53415

et særlig strengt aktsomhetsansvar etter brannloven fra 1970. I den ene hadde en mann skiftet en gassbeholder inne i et telt, i strid med det som var foreskrevet på apparatet. Høyesterett kom til at dette utgjorde uaktsom opptreden etter brannloven. Formålet bak kravet til aktsomhet etter brannloven var å hindre brann. Hensikten med opplysningen på apparatet var å eliminere det nærliggende faremomentet ved apparatet. Brudd på den særlige oppfordringen til varsomhet var dermed tilstrekkelig til å utløse uaktsomhetsansvar etter brannvernloven. Det er nok lite skjønnsomt å påstå at avgjørelsen har direkte paralleller til foreliggende problemstilling. Likevel viser eksemplene at aktsomhetsvurderingen avhenger av hvilke konkrete oppfordringer vedkommende har hatt til å gjennomføre undersøkelser. Advokater vil alltid ha en særlig oppfordring til å være ekstra varsom og oppmerksom overfor klienter basert på undersøkelses- og rapporteringsplikten i hvitvaskingsloven.

En omstendighet av betydning for å konstatere uaktsomhet er hvorvidt handlingen som er foretatt ofte utføres i forbindelse med hvitvasking.¹⁰² Advokater er kjent med at virksomheten de driver kan være ettertraktet som hvitvaskingsmekanisme. Dette gjelder spesielt i forbindelse med finansielle transaksjoner. Fokuset fra hvitvaskingsloven gjør det også vanskelig for advokater å anføre at de ikke forutså faren for at klienten skulle benytte deres tjenester i hvitvaskingsøyemed. De nevnte avgjørelsene hvor advokater var tiltalt for uaktsom hvitvasking, gjaldt transaksjoner inn og ut på klientkonto. Avgjørelsene kom før hvitvaskingsloven trådte i kraft, men forholdene ville vært omfattet av rapporteringsplikt dersom de hadde funnet sted i dag. Sakenes faktum ligger i kjerneområdet for hvordan advokatvirksomhet benyttes som hvitvaskingsmekanisme.

Det kan spørres om det vil være relevant å se for seg et skille mellom tilfeller der advokaten opptrer bevisst- og ubevisst uaktsomt. Når advokaten driver virksomhet som er omfattet av rapporteringsplikt er det nærliggende å anta at hans uaktsomhet stort sett vil være bevisst der han gjennomfører transaksjoner som skulle vært rapportert etter hvvl. § 18, første ledd. Er forholdene slik at advokaten etter en konkret vurdering av klienten og oppdraget burde foretatt ytterligere undersøkelser, men velger å avstå fra dette og gjennomføre oppdraget, er det nærliggende hevde at han bevisst har valgt å

¹⁰² Ot.prp.nr.53(1992-93) s.27

godta en risiko for lovbrudd. Lite taler for å fritta advokaten for straffeansvar ved slik bevisst uaktsomhet. Det kan også hevdes at slik bevisst uaktsomhet er den formen for uaktsomhet som ligger nærmest det såkalte ”skjulte forsett”, som det fremkommer av forarbeidene at det var ønskelig å ramme da uaktsomhet ble innført som skyldkrav i strl. § 317.¹⁰³ Vurderingen blir noe annerledes der advokaten opptreer ubevisst uaktsomt på rapporteringsplikts område. Andenæs uttaler at ubevisst uaktsomhet kan forklares som mangel på oppmerksomhet.¹⁰⁴ Slik manglende oppmerksomhet kan være en forsømmelse av den særlige oppfordringen til aktsomhet advokaten er pålagt etter hvitvaskingsloven. Likevel vil det her være tilfeller der advokatens manglende oppmerksomhet skyldes at han feiltolket situasjonen og kom til at det ikke var grunnlag for undersøkelse og rapportering. En slik feiltolkning vil ikke være uaktsom dersom advokaten har foretatt en forsvarlig vurdering av situasjonen. Der uoppmerksomheten derimot kan bebreides vil uaktsomhet foreligge og straffeansvar inntre. Skillet mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet er teoretisk og ofte vanskelig å gjennomføre i praksis.¹⁰⁵ Det vil uansett være spørsmål om en bevisvurdering hvor advokatens konkrete tanker sjelden vil være mulig å kartlegge.

Av det ovenstående er det grunn til å anta at aktsomhetsplikten for advokater etter strl. § 317 er særlig streng når advokaten yter bistand som omfattes av rapporteringsplikten i hvitvaskingsloven. Mye tyder på at terskelen for straffeansvar etter strl. § 317 vil tilsvare terskelen for når rapporteringsplikt inntreer i henhold til hvvl. § 18 første ledd. Der advokaten uaktsomt ignorerer tilfeller som skulle vært rapportert, og handler på en måte som oppfyller den objektive gjerningsbeskrivelsen i strl. § 317 første ledd, er det nærliggende å anta at han kan straffes for uaktsom overtredelse av strl. § 317. Rapporteringsplikten illustrerer da terskelen for når ansvaret inntreer etter straffeloven. Advokatens straffeansvar etter hvvl. § 28 oppstår derimot ikke før han grovt uaktsomt eller forsettlig har forsømt å rapportere. Dermed ser man at terskelen for å straffe advokaten for uaktsom hvitvasking etter strl. § 317 ligger lavere enn terskelen for å straffe han for brudd på rapporteringsplikten i hvvl. § 28.

¹⁰³ Se note 26

¹⁰⁴ Andenæs(1994) s.90

¹⁰⁵ Ibid

At disse bestemmelsene eventuelt kan pådømmes i konkurrans der det foreligger grov uaktsomhet er en annen sak. Her vil det eventuelt være snakk om realkonkurrens ettersom mangel på rapportering må antas å være et annet forhold enn gjennomføring av en transaksjon som innebærer hvitvasking. Mye tyder på at dette ikke vil forekomme i praksis. Det vil trolig ikke gi særlig utslag for straffutmålingen om tiltalte dømmes etter både strl. § 317 og hvvl. § 28. Dermed vil påtale for konkurrens trolig være prosessuelt merarbeid for både påtalemyndighetene og retten uten særlig praktisk verdi. Dette betyr at straff etter hvvl. § 28 sannsynligvis bare vil være aktuelt der advokater misligholder rapporteringsplikten uten at de samtidig oppfyller den objektive gjerningsbeskrivelsen i strl. § 317.

4.5.2 Utenfor rapporteringsplikten

Saken stiller seg annerledes for den type advokatbistand som ikke omfattes av reglene i hvitvaskingsloven, i slike tilfeller vil det heller ikke foreligge noen undersøkelsesplikt.¹⁰⁶ Hvitvaskingsloven kan dermed ikke begrunne en særlig aktsomhetsplikt for advokaten i disse tilfellene. I forarbeidene til hvitvaskingsloven drøftes unntaket fra rapporteringsplikten for advokater inngående. Bakgrunnen for unntaket er de særlige hensyn som gjør seg gjeldende for å beskytte forholdet mellom advokat og klient. Flere av høringsinstansene understreket behovet for at enhver, fritt, måtte kunne søke advokatbistand uten risiko for å bli rapportert til offentlige myndigheter. Justisdepartementet la til grunn at tillitsforholdet mellom advokat og klient samt særlige personvern hensyn, tilsa behovet for et unntak fra rapporteringsplikten.¹⁰⁷

Hensynet til advokatens taushetsplikt og klientens rett til fortrolighet gjør seg også gjeldende som argument mot å pålegge advokater et strengt aktsomhetsansvar etter strl. § 317. Vitneforbudet for advokater etter strprl. § 119 gjelder bare informasjon som har fremkommet når advokaten har opptrådt som juridisk rådgiver. Som nevnt vil ikke alt en advokat befatter seg med omfattes av bevisforbudet. Rapporteringsplikten i hvvl.

¹⁰⁶ Chanana(2008) s.90

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.72(2002-2003) s.34

§ 18 utgjør et slikt unntak. Advokaten har ikke taushetsplikt om forhold han også har rapporteringsplikt om etter hvitvaskingsloven.¹⁰⁸ Den type advokatvirksomhet som faller innenfor rapporteringsplikten etter hvitvaskingsloven er en type virksomhet som ikke nyter et strengt vern av taushetsplikt. Dermed illustrerer skillet i hvitvaskingsloven i stor grad den beskyttelsesverdige delen av advokatvirksomheten.¹⁰⁹ Fortrolighet som hensyn mot å pålegge advokater et strengt straffeansvar gjør seg bare gjeldende på de områdene taushetsplikten gjelder. Dette underbygger oppfatningen om at terskelen for straffeansvaret etter strl. § 317 vil variere i forhold til hvilken type bistand advokaten yter.

Saken mot advokat Furuholmen gjaldt advokatens arbeid med å fastslå klientens rettsstilling. Oppdraget var ikke omfattet av rapporteringsplikt etter hvvl. § 18 annet ledd. Høyesterett foretok likevel en gjennomgang av rapporteringsplikten i hvitvaskingsloven før de avsto at utviklingen der kunne føre til en innskrenkende tolkning av strl. § 317 i det aktuelle tilfellet. Det fremgår ikke hvilke anførsler hos partene som førte til Høyesteretts vurdering av hvitvaskingsloven. Likevel kan uttalelsen tolkes slik at Høyesterett ikke utelukker at utviklingen i tilknytning til hvitvaskingsloven kan få betydning for spørsmålet om en alminnelig rettsstridsreservasjon innskrenker anvendelsesområdet av strl. § 317 for advokater.¹¹⁰ Høyesteretts begrunnelse for å utelukke en slik mulighet i det konkrete tilfellet var en uttalelse i EUs tredje hvitvaskingsdirektiv. Det følger av pkt. 20 i fortalen til direktivet at hensynet til å beskytte advokaters taushetsplikt ikke gjør seg gjeldende i tilfeller hvor advokaten *vet* at klienten ønsker å benytte hans tjenester i hvitvaskingsøyemed. Også her legges det avgjørende vekt på advokatens positive kunnskap om hvitvaskingshandlingen. Der advokaten bare er uaktsom foreligger ikke slik positiv kunnskap. Dette kan tale for at vektingen av motstridende hensyn i en alminnelig rettsstridsreservasjon vil få et annet utslag når advokaten opptrer uaktsomt.

I juridisk teori har Henrik Horn anført at det kan tenkes tilfeller der man må tillate advokatbistand til tross for en risiko for hvitvasking. Han uttaler at ”det kan hevdes at

¹⁰⁸ Hov(2010) s.1103

¹⁰⁹ Østby(2010) s.86

¹¹⁰ Rt.2011 s.1 avsn.31-32

bestemmelsen ikke bare avskjærer rapporteringsplikt, men forutsetter at advokaten skal kunne fortsette sin virksomhet til tross for at det foreligger en svak mistanke.”¹¹¹.

Bestemmelsen han viser til er hvitvaskingsloven fra 2003 § 12, som i realiteten tilsvarer dagens § 18 annet ledd.¹¹² Mye tyder dermed på at graden av mistanke vil være av betydning for når straffeansvar inntre. Forutsettes det at advokaten går fri der mistankegraden er svak blir neste spørsmål hvor sterk den må være for at straffeansvar skal inntre.

4.6 Advokatetiske regler

4.6.1 Advokatforskriften kapittel 12, pkt. 3.1.8

Det følger av advokatforskriften kapittel 12 pkt. 3.1.8 at ”en advokat skal frasi seg et oppdrag hvis han får mistanke om at det omfatter en transaksjon som medfører hvitvasking av penger og klienten ikke er villig til å avstå fra å gjennomføre transaksjonen”. Ordlyden er generell og taler for at bestemmelsen har et bredt anvendelsesområde. Det kan likevel spørres hvorvidt bestemmelsen omfatter all advokatvirksomhet som kan knyttes til en eller annen form for transaksjon, og om tilknytningen må være direkte eller om også indirekte tilknytning omfattes.

Det finnes lite juridisk litteratur om regelen. Den ble innført i reglene om god advokatskikk i 2001 etter at Etiklutvalget hadde gjennomført en revisjon av hele regelsettet. Etiklutvalget utarbeidet en innstilling i oktober 2000 der det fremkommer at regelen kom inn på bakgrunn av en oppfordring fra Council of Bars and Law Societies in Europe (CCBE). Det foreligger ingen ytterligere beskrivelse av regelens omfang eller hvordan den skal forstås.¹¹³ Likevel er det nødvendig å påpeke at CCBEs *Code of Conduct* i dag, siste versjon er fra 2006, ikke lenger inneholder noen uttalelse som tilsvarer den som skapte grunnlaget for den norske bestemmelsen i pkt. 3.1.8. Uttalelsen som Etiklutvalget la til grunn for endringen i 2000 fulgte av en tilleggserklæring til CCBE *Code of Conduct* fra 1998. Dette var et *policy statement* som ga uttrykk for en

¹¹¹ Horn(2008) s. 81

¹¹² Ibid

¹¹³ Etiklutvalget(2000) s.31

felles forståelse mellom medlemsstatene om at de nasjonale medlemsorganisasjonene skulle jobbe for harmonisering av interne retningslinjer. I den forbindelse ble statene oppfordret til å regulere et påbud som tilsvarer det som følger av pkt. 3.1.8.

Oppfordringen er ikke lenger en del av CCBEs *Code of Conduct*. Ifølge CCBE var dette fordi den senere ble erstattet av nye *policy statements* og av EUs hvitvaskingsdirektiv.^{114 115}

I juridisk litteratur har det vært hevdet at bestemmelsen i stor grad blir overflødig når man ser hen til hvitvaskingslovens regler om undersøkelses- og rapporteringsplikt.¹¹⁶ Det er ikke utdypet hva som menes med uttalelsen. Det er mulig det vises til at regelen i enkelte tilfeller kan tenkes å kolliderer med bestemmelser i hvitvaskingsloven. Hvv. § 21 forbyr advokaten å avsløre overfor klienten at han har foretatt undersøkelser i henhold til § 17, eller at han har rapportert til Økokrim i henhold til § 18. Dersom advokaten sier fra seg oppdraget i tråd med regelen om god advokatskikk kan det medføre at klienten gjøres klar over at hans ulovlige virksomhet er oppdaget. Hvv. § 19 regulerer advokatens adgang til å gjennomføre transaksjoner til tross for mistanke om hvitvasking. Loven legger til grunn at Økokrim kan pålegge advokaten å avstå fra å gjennomføre transaksjonen. Lovens oppbygning taler for at dette anses som et unntak, og at det normalt er slik at advokaten gjennomfører transaksjonen etter at Økokrim er underrettet. Annet ledd åpner for at advokaten kan gjennomføre transaksjonen før Økokrim er underrettet der unnløstelse kan vanskeliggjøre Økokrims senere etterforskning. Rettskildemessig er ikke motstriden mellom hvitvaskingsloven og pkt. 3.1.8 i regler for god advokatskikk spesielt problematisk. Regler for god advokatskikk er forskrift og ligger rangmessig på lavere trinnhøyde enn hvitvaskingsloven. Videre kan hvitvaskingsloven anses som en spesiallov som kom etter den aktuelle regelen ble inntatt i regler om god advokatskikk. Begge bestemmelsene er ment å forhindre at advokattjenester benyttes i hvitvaskingsøyemed. Reglene i hvitvaskingsloven er mer omfattende og spesialisert og det vil trolig være lite problematisk å sette regelen i pkt. 3.1.8 til side som følge av reglene i hvitvaskingsloven.

¹¹⁴CCBE(1998)

¹¹⁵CCBE (2011)

¹¹⁶Haraldsen(2005) s.101

Ordlyden i pkt. 3.1.8 taler for at bestemmelsen har et anvendelsesområde som favner utover hvitvaskingslovens. Hvitvaskingslovens regler får som nevnt kun anvendelse på bestemte typer advokatvirksomhet. Ordlyden i pkt 3.1.8 i de advokatetiske reglene har ingen reservasjon som naturlig må tolkes slik at plikten til å frasi seg oppdrag er begrenset til å gjelde bare ved enkelte typer advokatoppdrag. Det heter at advokaten skal frasi seg *ethvert* oppdrag som omfatter en transaksjon som kan medføre hvitvasking av penger. En slik transaksjon kan med stor sannsynlighet foreligge også i tilfeller der advokaten yter bistand til å avklare partenes rettsstilling. Det virker noe merkelig at en så omfattende begrensning av regelen ikke er uttrykt klarere.

Et eksempel til illustrasjon er saken nevnt tidligere og inntatt i Rt. 2011 s. 1. Advokat Furuholmen hjalp sin klient Toska med å inndrive gjeld på 5 millioner kroner. Furuholmen bidro dermed med juridisk bistand for å inndrive penger som stammet fra utbytte av en straffbar handling. Det er lite tvilsomt at oppdraget omfattet en *transaksjon som innebar hvitvasking av penger* og at Furuholmen skulle frasagt seg oppdraget etter advokatetiske regler. Dette uttalte Høyesterett også i avsnitt 34 i avgjørelsen. Oppdraget var likevel av en slik art at det falt utenfor hvitvaskingslovens regler om rapporteringsplikt. Dette fordi inndrivelse av penger for en klient vil være en form for avklaring av klientens rettsstilling. Eksempelet illustrerer at regelen i pkt. 3.1.8 etter ordlyden vil ha en selvstendig betydning utenfor hvitvaskingslovens anvendelsesområde.

Advokatforeningen har også selv vist til bestemmelsen på en måte som kan tolkes slik at de mener den skal ha selvstendig betydning utenfor de tilfellene som omfattes av hvitvaskingsloven. I høringsuttalelse til hvitvaskingsloven fra 2003 argumenterte advokatforeningen for at unntaket fra advokaters rapporteringsplikt skulle omfatte advokatens arbeid med å fastslå klientens rettsstilling. Advokatforeningen begrunnet sitt syn med at det var i samfunnets interesse at enhver kunne oppsøke advokat for å få klarlagt sin rettslige situasjon. Videre henviste de til den da nyetablerte regelen i pkt. 3.1.8.¹¹⁷ Uttalelsen kan tolkes som at advokatforeningen anså bestemmelsen som en sikkerhet for at transaksjoner som medfører hvitvasking ikke vil bli gjennomført fritt

¹¹⁷ Ot.prp.nr.72(2002-03) pkt.6.3.3

selv om man innsnevret området for rapporteringsplikten. Taushetsplikten vil være i behold uten at det medfører en økning i faren for at advokatvirksomhet blir frirom for hvitvasking. Dette er også den forståelsen av de to regelsettene som er best forenlig med felles bakenforliggende hensyn. Både hvitvaskingsloven og den advokatetiske regelen har som formål å bekjempe hvitvasking. Slik forståelse vil hindre at advokatvirksomhet utnyttes i hvitvaskingsøyemed, samtidig som taushetsplikten mellom advokat og klient ivaretas. Reglen må også suppleres med uskrevne normer og regler.¹¹⁸ Den må også sees i sammenheng med resten av de advokatetiske reglene. Et eksempel er regelen i pkt. 2.1 om at advokater skal fremme rett og hindre urett. Denne er relevant i forhold til flere tilfeller der advokater står i fare for å medvirke til straffbare handlinger gjennom sin virksomhet. Strl. § 317 er et straffebud som i stor grad straffer medvirkningshandlingen på eget grunnlag. Plikten til å avstå fra å gjennomføre oppdrag som innebærer hvitvasking henger nøye sammen med plikten til å fremme rett og hindre urett.

Av dette følger det at den etiske regelen kanskje vil ha størst betydning på områdene som faller utenfor hvitvaskingslovens anvendelsesområde. Da kan det spørres om den advokatetiske regelen kan være et moment for å skjerpe advokatens straffeansvar for hvitvasking i også ved bistand til å fastslå klientenes rettsstilling. Dette avhenger i stor grad av hvilken rettskildeverdi den etiske regelen kan tillegges.

4.6.2 Rettskildeverdien av advokatetiske regler

De advokatetiske reglene har status som forskrift med hjemmel i domstolloven § 224.¹¹⁹ Reglene er utarbeidet av Advokatforeningen og er bindende for alle advokater. I en avgjørelse inntatt i Rt. 2000 s. 1948 legger Høyesteretts kjæremålsutvalg til grunn at de advokatetiske reglene må anses som yrkesetiske regler som ikke kan håndheves av domstolene. Det er disiplinærnemnda for advokatvirksomhet som har mandat til å håndheve reglene. Avgjørelsen fra Høyesterett i 2000 utelukker likevel ikke at

¹¹⁸ Haraldsen(2005) s.9

¹¹⁹ Forskrift til domstolloven kap.11

domstolene kan ta stilling til de advokatetiske reglenes rettskildemessige verdi i forbindelse med andre rettslige vurderinger.

4.6.2.1 Relevans

I en artikkel i *Lov og Rett* fra 1968 kommenterte Axel Heiberg det som da var advokatforeningens nye regler om god advokatskikk.¹²⁰ Reglene var på den tiden kun bindende for advokatforeningens medlemmer og hadde ikke status som forskrift. Heiberg hevdet at reglene likevel kunne tenkes å få indirekte rettslig betydning. Han la til grunn at handlinger som kunne medføre straffeansvar for advokater sannsynligvis var av mer ”grovkornet kaliber” enn brudd på regler om god advokatskikk.¹²¹ Dette er sannsynligvis også rettsstilstanden i dag. Likevel mente Heiberg at reglene kunne få betydning for vurderingen av hvilke krav som måtte stilles etter andre straffebestemmelser. Han viste til straffebestemmelser om forseelser i offentlige tjenesteforhold, og til domstoloven § 230 om tilbakekalling av advokatbevilling. Dette er bestemmelser som opererer med rettslige standarder. Heiberg uttalte at ”Ved bedømmelsen av de krav som her må stilles, vil det utvilsomt bli tillagt betydelig vekt, dersom det forhold det dreier seg om, også direkte er forbudt i foreningens regler[...]”¹²². Heiberg viste til bestemmelser som direkte er ment å straffesanksjonere yrkesutøvere som ikke opptrer på tilbørlig vis. Det er da klart at yrkesetiske retningslinjer er relevant i vurderingen. Bestemmelsen i strl. §317 sjette ledd er generell, og ikke knyttet til advokater eller yrkesutøvere direkte.

Likevel vil en aktsomhetsvurdering være en konkret og til dels subjektiv vurdering. Yrkesetiske regler vil belyse hvilke krav som kan stilles til vedkommendes handlingsmønster. Det overordnede spørsmålet i aktsomhetsvurderingen er hvorvidt vedkommende kan bebreides for ikke å ha handlet annerledes i en bestemt situasjon. Her kan reglene om god advokatskikk kan være et viktig parameter. En advokat som har handlet i strid med reglene om god advokatskikk har ikke handlet slik det forventes

¹²⁰ Heiberg(1968) s.309

¹²¹ Ibid s. 310

¹²² Ibid s.310

av en aktsomt god advokat. Selv om det ikke derfra kan trekkes en direkte slutning om at avviket kvalifiserer til uaktsomhet også etter strl. § 317, taler mye likevel for å se dette som et moment. Dette underbygges av uttalelser i forarbeidene til strl. § 317 om at brudd på interne rutiner for å oppdage hvitvasking vil være relevant i aktsomhetsvurderingen.¹²³ Mye taler for at ikke bare advokatetiske regler, men også eventuelle interne etiske regler et advokatfirma har laget for sin virksomhet kan være av betydning.

Henrik Horn mener yrkesetiske normer kan overlape og supplere øvrig lovgivning.¹²⁴ Han uttaler at det foreligger en generell aktsomhetsplikt forankret i de advokatetiske reglene. Denne er streng når advokaten bistår klienter på områder som er regulert av straffesanksjonerte normer. I denne sammenheng viser han til en uttalelse fra Hovedstyret i møte 26. februar 1970 og hevder at den aktsomhetsnormen som legges til grunn i uttalelsen langt på vei dekkes av aktsomhetskravet i strl. § 317 6. ledd.¹²⁵ Likevel mener han at aktsomhetsnormen som følger av avgjørelsen fra 1970 går lenger og også rammer tilfeller som faller utenfor strl. § 317 anvendelsesområde. Horn siterer Hovedstyret som uttaler at advokater "... ikke kan medvirke til slike transaksjoner uten å ha *forvissset seg* om at de tjener til et *legitimt formål* (min utheving)..."¹²⁶ (Horns utheving). Han viser til at hovedstyret ikke utdyper videre hva de legger i at advokaten skal *forvissse seg om*, men mener en alminnelig språklig forståelse taler for at det er snakk om en streng aktsomhetsnorm.¹²⁷ Han hevder det innebærer at advokaten må forvissse seg om at transaksjonene ikke omfattes av straffebestemmelser. Likevel presiserer han at de advokatetiske reglenes omfang er uavhengig av straffebestemmelsenes og omvendt. Dermed vil ikke et strengt advokatetisk aktsomhetsansvar umiddelbart smitte over på straffeansvaret. Likevel vil aktsomhetsvurderingen i straffebestemmelser basere seg på hvilke forventninger som kan stilles til den handlende i den aktuelle situasjonen. For yrkesutøvere følger en særlig forventning med rollen vedkommende har som profesjonell.

¹²³ Ot.prp.nr.53(1992-1993) s.27

¹²⁴ Horn(2008) s.61

¹²⁵ Horn(2008) s.77

¹²⁶ Horn(2008) s.75

¹²⁷ Ibid

Parallellen til legevirksomhet kan også være relevant her. Det følger av forarbeidene til legeloven¹²⁸ (opphevet og senere erstattet av helsepersonelloven) at yrkesetiske regler har en innvirkning på hvilket krav til forsvarlighet som forventes av en lege. Legeloven § 25 oppstiller et krav til forsvarlighet der det blant annet forventes at legen skal drive sin virksomhet ”som en god lege gjør det”. Det legges til grunn at legeforsamlingens etiske regler langt på vei ga anvisning på hva dette innebar i ulike situasjoner.¹²⁹ Det vil være naturlig å stille samme krav til advokater. De advokatetiske reglene setter standarden for hva som forventes av advokater. Det finnes flere eksempler fra rettspraksis der brudd på advokatetiske regler har fått betydning i vurderingen av hvorvidt en advokat har opptrådt erstatningsbetingende.

I en avgjørelse fra Eidsivating lagmannsrett ble en advokat dømt til å betale erstatning som følge av at han ikke hadde sørget for at sikkerhet var etablert før et lån var utbetalt fra klienten.¹³⁰ Advokaten hadde ikke undersøkt hvilke heftelser som var knyttet til leiligheten. Dette hadde medført at klienten ble påført et tap på 7,5 millioner. Lagmannsretten støttet tingretten som hadde kommet til at advokaten ikke hadde utvist den aktsomhet og profesjonalitet som kan forventes av en advokat og dermed opptrådt i strid med god advokatskikk. Ansvarsgrunnlaget var alminnelig ulovfestet culpaansvar og tingretten la til grunn at advokatens uaktsomhet var ansvarsbetingende. Det ble vist til et strengt profesjonsansvar.

I en dom avsagt av Gulating lagmannsrett ble en oppdragsavtale kjent ugyldig etter avtaleloven § 33 og klienten frifunnet for krav om salærbetaling.¹³¹ Saken gjaldt kjøp av en eiendom hvor kjøperens advokat tidligere hadde bistått selger ved et oppdrag i forbindelse med den aktuelle eiendommen. Han hadde ikke opplyst kjøper om dette da han påtok seg oppdraget. Lagmannsretten kom til at advokatens opptreden var i strid med grunnleggende advokatetiske regler. De understreket at brudd på advokatforskriften ikke umiddelbart fører til at oppdraget ble ugyldig. Likevel foretok retten en gjennomgang av hvilke forpliktelser advokaten hadde etter de advokatetiske

¹²⁸ Lov om leger nr. 42 1980

¹²⁹ Ot.prp.nr.1(1979-80)s.97

¹³⁰ LE-2008-13481

¹³¹ RG-2008-929

reglene og kom til at advokaten hadde handlet meget klanderverdig og i strid med redelighet og god tro. Avtalen måtte anses ugyldig etter avtaleloven § 33. Selv om ikke de advokatetiske reglene hadde direkte betydning i vurderingen av hvorvidt advokaten hadde opptrådt i strid med redelighet og god tro, ble den standarden som de etiske reglene forutsetter lagt til grunn som målebarometer i vurderingen av hva som forventes av en redelig og lojal advokat.

Eksemplene gjelder erstatning og ugyldighetsspørsmål. Mye taler for at saken stiller seg noe annerledes der det er snakk om brudd på straffebestemmelser. Legalitetsprinsippet sperrer her for utvidende tolkning. Det er mulig man vil være mer varsom med å legge vekt på handlingsnormer fra yrkesetiske regler i strafferetten. Disse normene må i tilfelle vektes mot andre hensyn.

4.6.2.2 Vekt

Regelen i pkt. 3.1.8 står som en generell oppfordring til advokater om å være særlig oppmerksomme på hvorvidt bistanden de yter til klienten kan innebære en transaksjon som medfører hvitvasking av penger. Likevel må regelen veies mot de hensyn som taler mot å pålegge advokaten et strengt strafferettslig ansvar. Vekten av disse hensynene vil som det fremkommer over, variere i forhold til hvilken type advokatbistand det er snakk om. Det går et skille mellom den type advokatvirksomhet som omfattes av rapporteringsplikten i hvitvaskingsloven og den type som faller utenfor. Det er allerede lagt til grunn at rapporteringsplikten i hvitvaskingsloven utgjør en særlig oppfordring til advokater om å være på utkikk etter mistenkelige forhold rundt transaksjoner klienten ønsker bistand med. Den advokatetiske regelen i pkt. 3.1.8 supplerer denne oppfordringen. Dette styrker tanken om at man opererer med et strengere straffeansvar for advokater etter strl. § 317 i disse tilfellene.

Saken stiller seg noe annerledes for den type bistand som ikke omfattes av rapporteringsplikten i hvitvaskingsloven. Her er det den advokatetiske regelen i pkt. 3.1.8 som utgjør den tydeligste oppfordringen for advokaten om å være oppmerksom på hvitvasking hos klienten. Rettssikkerhetmessige hensyn som er redegjort for tidligere

har sterkere vern for den type advokatvirksomhet som faller utenfor rapporteringsplikten. Høyesterett foretar en vekting av disse hensynene mot hverandre i dommen mot advokat Furuholmen. Her tillegger de hensynet til fortrolighet mellom advokat og klient, samt hensynet til domstolsadgang, betydelig vekt mot et strengt straffeansvar for advokater. De uttrykker likevel at det er uforenlig med advokatetiske regler når advokaten vet at han overveiende sannsynlig bidrar til å sikre utbytte av en straffbar handling. Mye taler for at vektskålen vil tippe andre vei der advokaten bare opptrer uaktsomt.

I en avgjørelse inntatt i Rt. 1997 s. 1800 tok Høyesterett stilling til hvorvidt brudd på legeetiske normer kunne være av betydning for legers straffeansvar for uaktsom opptreden i sitt yrke. Saken gjaldt en lege som hadde gitt en liten gutt narkose uten at han hadde sett hele guttens journal. Dette førte til at han ikke oppdaget at gutten hadde en hjertefeil som medførte at han ikke tålte narkosen. Gutten omkom senere på grunn av skadene. Skyldkravet etter den straffebestemmelsen som ble lagt til grunn i saken var uaktsomhet jf. legeloven § 53. Høyesterett uttalte at det krevdes kvalifisert uaktsomhet for domfellelse. De viste til uttalelser fra forarbeidene om forholdet mellom brudd på etiske normer og straffeansvar. Der uttales det at "[...]man kan ikke straffe en lege fordi han ikke fyller de høyeste faglig-etiske krav, bare når han ligger klart under de vanlige mål som må gjelde for alle."¹³² Videre uttales det at reelle hensyn taler for at man stiller krav om kvalifisert uaktsomhet i profesjonsforhold. Dette gjaldt spesielt der det foreligger et lovregulert administrativt sanksjonssystem.¹³³ Uttalelsen var knyttet til spørsmålet om legeloven § 53, men var formulert på en måte som åpner for at den kan ha en viss overføringsverdi til eksempelvis advokater. Selv om det ikke kan trekkes noen slutning om at strl. § 317 sjette ledd krever kvalifisert uaktsomhet vil nok uttalelsen fra forarbeidene til legeloven ha en viss relevans for å kartlegge aktsomhetsnormen for advokater.

Der uoppmerksomhet hos advokaten fører til at han gjennomfører oppdrag som innebærer hvitvasking vil brudd på de etiske reglene alene ha relativt svak rettskildemessig vekt når den andre siden av vekten er tyngt av grunnleggende

¹³² Ot.prp.nr.1(1979-1980) s.212

¹³³ Ibid

rettskildemessige hensyn, som blant annet klientens rett til domstolsadgang. Horn legger til grunn at et svakt mistankekrav er problematisk fordi behovet for juridisk bistand er stort også der det er en viss sannsynlighet for at klienten er involvert i hvitvasking. Dette er samme avveining som Høyesterett foretok i dommen mot advokat Furuholmen. Om mistankekravet i den etiske reglen i pkt. 3.1.8 uttaler Horn at dette klart må være oppfylt når det er aktuelt med uaktsomhetsansvar etter strl.§ 317 sjette ledd. Mye tyder på at han med dette mener at terskelen for mistanke er lavere etter den etiske regelen enn etter straffebestemmelsen. Han uttaler videre at straffeansvar for uaktsom hvitvasking forutsetter at advokaten hadde en sterk mistanke da bistanden fant sted.¹³⁴ I dette ligger det, som antydte tidligere, at det kanskje må innfortolkes en tillatt risiko for virksomheten som setter terskelen for straffeansvar høyere enn eventuelle sanksjoner for brudd på etiske retningslinjer.

4.7 Rettstilstanden i andre land

4.7.1 Dansk rett

Den danske versjonen av hvitvaskingsloven er Lovbekendtgørelse nr. 442 af 11. mai 2007. Loven har flere likhetstrekk med den norske, og bygger på EUs tredje hvitvaskingsdirektiv. På lik linje med den norske loven har den danske også inntatt et unntak i rapporteringsplikten for advokater som i stor grad minner om unntaket i hvvl. § 18 annet ledd jf. den danske loven § 8. Bestemmelsen skiller seg likevel fra den norske ved at det er inntatt en misbruksregel som igjen må sees som et unntak fra unntaket. Det følger av bestemmelsens fjerde ledd at advokaten ikke er unntatt fra meldeplikt hvis bistanden ytes med henblikk på hvitvask eller terrorfinansiering, eller hvis virksomheten eller personen er klar over at klienten søker hjelp med henblikk på hvitvasking eller terrorfinansiering. Misbruksregelen er inntatt på bakgrunn av pkt. 20 i fortalen til EUs tredje hvitvaskingsdirektiv.¹³⁵ Tilsvarende unntak finnes ikke i den norske loven.

¹³⁴ Horn(2008) s.80

¹³⁵ Høg(2007) s.117

Det betyr likevel ikke at reservasjonen som er inntatt i den danske hvitvaskingsloven ikke er relevant for norsk rett overhodet. Som nevnt anvender Høyesterett en reservasjon som tilsvarende den som følger av den danske lovbestemmelsen i Rt. 2011 s.1. Høyesterett viser til fortalen til EUs tredje hvitvaskingsdirektiv hvor det fremkommer at advokatens taushetsplikt ikke gjelder når klienten søker juridisk bistand med henblikk på hvitvasking av penger.^{136 137} Høyesterett bruker uttalelsen som argument mot å tolke § 317 innskrenkende i lys av en alminnelig rettsstridsreservasjon. Både norsk og dansk rettstilstand er dermed slik at advokater ikke kan utføre et oppdrag når de vet at dette vil medføre hvitvasking av utbytte fra en straffbar handling. Forskjellen er i hovedsak at danske advokater da er forpliktet til å melde fra om forholdet, mens dette ikke er tilfellet for de norske.

De danske reglene om god advokatskikk hadde også en bestemmelse som tilsvarte den norske regelen i pkt. 3.1.8. Denne ble fjernet da reglene ble revidert i oktober 2011. Begrunnelsen for fjerningen var at samme forhold var regulert i hvitvaskingslovgivningen. Et formål med revisjonen var å fjerne bestemmelser som henviste eller gjenga lovbestemmelser. Det ble vist til at hvitvaskingslovgivningen er under stadig utvikling og at det ville kreve løpende endring av også de advokatetiske reglene dersom bestemmelsen skulle bli stående.¹³⁸ Ettersom den danske hvitvaskingsloven legger til grunn samme unntaket fra rapporteringsplikten som den norske, er det uklart hva det danske Advokatrådet har tenkt om advokatens plikter ved mistanke om hvitvasking utenfor hvitvaskingslovens anvendelsesområde. Det er lite trolig at tanken var å lempe advokatens ansvar for å hindre hvitvasking utenfor de tilfellene som omfattes av hvitvaskingsloven.

I det danske Advokatsamfundets utredning om advokatens plikter til å forebygge hvitvasking legges det til grunn at advokater som bidrar til å hvitvaske penger for klienten kan straffes for heleri i henhold til den danske straffeloven § 290.¹³⁹ I motsetning til den norske bestemmelsen i straffeloven § 317 rammer den danske bestemmelsen kun den forsettlig overtrødelse. Advokatsamfundet uttaler at "Hvis

¹³⁶ EP/Rdir 2005/60/EF

¹³⁷ Rt.2011 s.1 avsnitt

¹³⁸ Advokatrådet(2011)

¹³⁹ Advokatsamfundet.dk(2011) s.53

advokaten ikke ved eller bestemt formoder (eller aksepterer en nærliggende mulighet for), at der er tale om udbytte, kan advokaten ikke straffes for hæleri.”¹⁴⁰. Mye tyder på at den danske bestemmelsen kriminaliserer den forsettlige overtredelse og at det også kan ilegges straff ved dolus eventualis, men at grensen går ved uaktsomhet.

Det er en interessant betraktning at både den danske etiske regelen, og den opprinnelige oppfordringen i CCBE, er tatt ut av regelverkene. Det foreligger en ganske klar uttalelse i kommentaren til de norske reglene som hevder at bestemmelsen i pkt. 3.1.8 har liten selvstendig verdi utover det som følger av hvitvaskingsloven. Dette kan tale for at regelen bør tillegges liten selvstendig vekt som moment for å pålegge norske advokater et strengt straffeansvar for uaktsom hvitvasking når de yter den type bistand som faller utenfor hvitvaskingslovens anvendelsesområde.

4.7.2 Annen utenlandsk rett

Svenske regler for god advokatskikk pkt. 3.4.2 har også en bestemmelse som pålegger advokaten å frasi seg oppdraget dersom det innebærer at advokaten begår et lovbrudd.¹⁴¹ Ifølge denne bestemmelsen skal advokaten også frasi seg oppdrag som han rapporterer inn i henhold til svensk hvitvaskingslovgivning. Den svenske hvitvaskingsloven operer med tilsvarende unntak fra rapporteringsplikten som den norske.¹⁴²

I en nylig avsagt dom har Kanadisk høyesterett kommet til at den kanadiske hvitvaskingsloven ikke får anvendelse for advokater.¹⁴³ Retten kom til at hvitvaskingsloven inneholdt bestemmelser som var i strid med fundamentale rettigheter nedfelt i den kanadiske grunnloven. Grunnloven har en bestemmelse som langt på vei ligner EMK art. 8 i sin ordlyd. Kanadisk høyesterett kom til at hensynet til fortrolighet mellom advokat og klient var sterkt og at inngrep i dette forholdet måtte

¹⁴⁰ Ibid

¹⁴¹ Advokatsamfundet.se(2011)

¹⁴² Lag (2009:62)kap. 3 §§ 2 og 3

¹⁴³ Dom 9. Sept 2011

minimaliseres.¹⁴⁴ Retten erkjente at internasjonale forpliktelser, hovedsakelig anbefalinger fra Financial Action Task Force (FATF), påla Kanada å innføre hvitvaskingslovgivning som omfatter advokater. Likevel uttalte de at flere av medlemmene, blant annet USA, ikke hadde innført tilsvarende lovgivning overfor advokater. De kom til at det regelverket som forelå ikke var forenelig med grunnlovsfestede prinsipper om advokaters taushetsplikt og derfor måtte tilsidesettes.

4.8 Internasjonal regulering

Det foreligger et bredt spekter av internasjonale retningslinjer for hvordan advokater skal utøve sin virksomhet utarbeidet av ulike internasjonale organisasjoner. Flere slike retningslinjer er nevnt tidligere, blant annet CCBEs regler om god advokatskikk. Den rettskildemessige verdien av de ulike dokumentene varierer og vil i stor grad avhenge av organisasjonens kompetanse og mandat. Mange bygger på hverandre og de fleste inneholder mange av de samme prinsippene og anbefalingene. Felles for de fleste av disse er at de må anses som såkalt *soft law*. De bygger på avtale mellom medlemsstatene som sitter i de ulike organisasjonene og anses ofte som oppfordringer om hvilke verdier statene bør søke å ivareta gjennom sitt interne regelverk.

4.8.1 Europarådet

Ministerkomiteen i Europarådet vedtok 25. oktober 2000 en anbefaling om fri profesjonsutøvelse for advokater. Anbefalingen inneholder en rekke punkter med oppfordringer til hvordan medlemsstatene bør sikre at advokater får drive sitt virke på en måte som sikrer grunnleggende rettssikkerhetsmessige prinsipper. Dokumentet er ikke rettslig bindende og har flere likhetstrekk med et politisk enn et juridisk dokument. Likevel må det sees som en programerklæring som gir uttrykk for en konsensus mellom Europarådets medlemsland om at advokaters uavhengighet, og fortrolighet mellom advokat og klient, er prinsipper som statene forplikter seg til å ivareta gjennom sin interne lovgivning.

¹⁴⁴ Dom 9.sept 2011 s. 56

4.8.2 Financial Action Task Force (FATF)

FATF er et internasjonalt samarbeidsorgan som består av flere medlemsstater og enkelte organisasjoner. De har utarbeidet et dokument med 40 retningslinjer og 9 tilleggsretningslinjer.¹⁴⁵ FATF arbeider for øyeblikket med en revisjon av retningslinjene, og mye tyder på at nye retningslinjer vil vedtas i løpet av første halvår i 2012. Det er likevel lite trolig at endringene vil få betydning for rettstilstanden for advokater. De nye retningslinjene vil trolig legges til grunn i arbeidet mot et nytt hvitvaskingsdirektiv i EU.¹⁴⁶

Selv om det ikke er indikasjoner på at det er planlagt endringer for advokater med tanke på deres forpliktelser til å hindre at hvitvasking forekommer, er det lite som tyder på at fremtiden vil by på mindre forpliktelser for profesjonsutøvere i dette arbeidet.

4.8.3 Relevans for norsk strafferett

De ulike retningslinjene nevnt over er et uttrykk for en felles internasjonal målsetning om å iverksette tiltak for å bekjempe hvitvasking. Advokaters rolle som verktøy for hvitvasking er også anerkjent. EUs hvitvaskingsdirektiv går i alle tilfeller lengre enn de ulike retningslinjene hva gjelder forpliktelser, og er på en helt annen måte bindende for Norge. Den øvrige reguleringen har dermed kanskje mindre selvstendig rettskildemessig betydning i forhold til å klargjøre omfanget av straffeansvaret i norsk rett. Likevel anvendte Høyesterett til både CCBEs retningslinjer og Europarådets anbefaling i avgjørelsen mot advokat Furuholmen. Formålet med henvisningene var å underbygge de prinsippene Høyesterett viste til. Noen generelle betraktninger kan derfor trekkes ut av den internasjonale reguleringen. Det er en felles internasjonal oppfatning at advokatvirksomhet må reguleres på en måte som hindrer at det oppstår et frirom for hvitvasking. Det er klar enighet om at grunnleggende rettssikkerhetsmessige

¹⁴⁵ FATF (2003)

¹⁴⁶ Grundekjøn(2011)

prinsipper setter grenser for hvor langt man kan gå for å hindre at hvitvasking forekommer. Vekten av disse prinsippene gjør seg sterkere gjeldende overfor enkelte typer advokatvirksomhet enn andre. Til tross for de nevnte avgjørelsene fra Belgia og Frankrike er det trolig lite problematisk å fastslå at det foreligger en generell europeisk konsensus om advokaters ansvar for å hindre hvitvasking innenfor rammene av hvitvaskingsdirektivet.

Når det gjelder advokatens bistand til å avklare klientens rettsstilling, og i forbindelse med rettergang, er det større uenighet mellom statene rundt hvor streng regulering som skal pålegges. Her kan det ikke utledes noen internasjonal konsensus om å begrense advokatens rett til å bistå klienten. Hensynet til fortrolighet mellom advokat og klient verdsettes meget høyt i de fleste jurisdiksjoner, og er altoverskyggende i noen. Flere stater har som nevnt bestemmelser som forbyr advokater å gjennomføre oppdrag når de *vet* at de bidrar til å gjennomføre straffbare handlinger. Det kan derimot lite trolig trekkes noen slutning om at det samme gjelder for tilfeller der advokaten bare *burde vite*. Dermed kan ikke et strengt straffeansvar etter den norske bestemmelsen i strl. § 317 sjette ledd, for bistand som faller utenfor rapporteringsplikten, underbygges ved å vise til andre staters lovgivning og internasjonal konsensus.

5 Avslutning og konklusjon

Det er nå gjennomgått en rekke rettskilder som kan være relevante for å kartlegge aktsomhetsnormen for advokater etter strl. § 317 første ledd, jf. sjette ledd. Som nevnt vil en aktsomhetsvurdering være individuell og basert på det konkrete tilfellet. Derfor er det umulig å slå helt fast klare regler for hvordan resultatet vil bli for ulike typetilfeller. Likevel vil de allmenne hensyn som taler for og mot et strengt straffeansvar for advokater fremstå som stabile i de fleste situasjoner. Man ser av rettspraksis at aktsomhetsnormen etter § 317 generelt er streng. I tilfellene der personer hadde bistått med pengeoverføringer til utlandet og eksempelet der en mann hadde tillatt en tredjeperson å oppbevare et maleri på hans arbeidsplass forelå det ikke nødvendigvis noen mistanke om forsett.¹⁴⁷ Det samme gjaldt advokaten som ble dømt for å ha mottatt høye beløp i kontanter.¹⁴⁸ Hensyn til å oppnå effektivitet i straffebudet gjør det nødvendig å pålegge straff også i tilfeller der det er på det rene at vedkommende kun opptrer uaktsomt og det ikke foreligger mistanke om skjult forsett. Dermed har straffebudet også funksjon som en oppfordring til å opptre særlig varsomt.

Mye tyder på at normen for hvilke krav som stilles til advokatens aktsomhet i stor grad vil variere med den type bistand advokaten yter. En viktig sontring representeres ved skillet mellom den typen advokatvirksomhet som faller innenfor og utenfor rapporteringsplikten i hvitvaskingsloven. Mye tyder på at et tilsvarende skille vil være mulig å speile ved den aktsomhetsnormen som legges til grunn for straffeansvar i henhold til strl. § 317 første ledd, jf. sjette ledd. Hovedårsaken til dette er at grunnleggende rettssikkerhetsmessige hensyn taler sterkere imot et strengt straffeansvar når det er snakk om advokatbistand som faller under unntaket i hvvl. § 18 annet ledd. Når advokaten yter bistand som omfattes av rapporteringsplikt i hvitvaskingsloven har vedkommende en klar oppfordring til å utvise særlig aktsomhet overfor

¹⁴⁷ Se avsn. 3.2

¹⁴⁸ Dom Kristiansand byrett 1997 s.19

hvitvaskingslystne klienter. Denne oppfordringen styrkes av advokatetiske regler. Det følger, som tidligere nevnt, av forarbeidene til strl. § 317 at slike særlige oppfordringer til varsomhet hever aktsomhetskravet etter straffebestemmelsen. Det samme gjelder virksomhet som ligger i risikozonen for å bli utnyttet til hvitvasking.¹⁴⁹

Advokatvirksomhet som er underlagt rapporteringsplikt er en slik risikovirksomhet. Der advokaten har gjennomført et oppdrag som innebærer hvitvasking, og som skulle vært rapportert i henhold til hvitvaskingsloven må det spørres hvorvidt advokaten kan klandres for at han eventuelt feilvurderte situasjonen. Er det nærliggende å anta at advokaten ikke har opptrådt *forsvarlig* skal det trolig mye til for å unngå straffeansvar etter strl. § 317 første ledd, jf. sjette ledd.

Den type advokatbistand som faller utenfor rapporteringsplikten i hvitvaskingsloven er samme type bistand som tradisjonelt anses å ligge i kjerneområdet for typisk advokatvirksomhet. Dette er bistand til å avklare klientens rettsstilling og bistand i forbindelse med rettergang. Hensyn nevnt over, som uavhengighet og fortrolighet mellom advokat og klient og den enkeltes rett til adgang til domstolen, veier mot et strengt straffeansvar for advokater i slike tilfeller. Høyesterett har lagt til grunn at advokater som vet at deres bistand innebærer hvitvasking likevel vil straffes i henhold til strl. § 317.¹⁵⁰ Det samme er forutsatt i dansk rett og omtalt som lite beskyttelsesverdig i hvitvaskingsdirektivet. Advokatens kjennskap til klienten vil være av stor betydning i vurderingen av om forsett foreligger. Der det kan utelukkes at advokaten ikke har visst at hans bistand innebar hvitvasking vil straffeansvar trolig ilegges. Der sikker kunnskap ikke kan påvises er rettstilstanden i større grad usikker. Mye tyder på at det her vil være mulig å se et skille i straffeansvaret etter strl. § 317 og at det vil utvises varsomhet med å straffe advokater for uaktsom hvitvasking. En viktig årsak til dette er frykten for hvilken effekt et slikt straffeansvar kan få for advokatvirksomhet generelt og publikums tilgang til advokatbistand. Etersom juridisk bistand anses å være en del av retten til domstolsadgang i EMK art. 6, kan det argumenteres for at en rettstilstand som vanskeliggjør advokatens mulighet til å påta seg oppdrag, ikke er forenelig med bestemmelsen. Lovgiver har også anerkjent at klienter

¹⁴⁹ Ot.prp.nr. 53(1992-1993) s.27

¹⁵⁰ Rt.2011 s.1

som driver virksomhet som ligger i lovens gråsoner har rett til juridisk bistand.¹⁵¹ Dette var en viktig vurdering i forbindelse med å finne omfanget av unntaket fra advokatens rapporteringsplikt etter hvitvaskingsloven. For at disse hensynene skal ha en reell beskyttelse er det mye som tyder på at man må avskjære straffeansvar for den uaktsomme advokat etter straffeloven når vedkommende yter denne type bistand.

En litt mer forsiktig og kanskje rettskildemessig tryggere konklusjon vil være at straff for uaktsom hvitvasking etter strl. § 317, når advokaten yter juridisk bistand som ikke er omfattet av rapporteringsplikt, i alle tilfeller vil kreve grov uaktsomhet hos advokaten. Aktsomhetsvurderingen er konkret og basert på hver enkelt situasjon. Den faktiske situasjonen vil være individuell og det kan derfor ikke utelukkes at det kan oppstå tilfeller der advokater vil straffes for hvitvasking selv om forsett ikke kan påvises. Hjemmelen foreligger, men handlingen vil trolig måtte anses som særdeles klanderverdig for å veie opp mot de rettssikkerhetsmessige hensyn som Høyesterett allerede har tillagt betydelig vekt.

¹⁵¹ Se note 79

Kilder

Bøker

- All (1994) All, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter*. Bergen, 1994
- Andenæs (2004) Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo, 2004
- Andenæs (2009) Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*. Samlet utgave ved Kjell Andorsen. 2. opplag Harstad, 2009
- Andenæs (1994) Andenæs, Johs. *Straffen som problem*. Gjøvik, 1994.
- Andenæs (1974) Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 2. utg. Oslo, 1974
- Chanana (2008) Chanana, Mita. Advokatens undersøkelses- og rapporteringsplikt I: *Hvitvasking*. Oslo, 2008
- Eskeland (2006) Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 2. utg. Oslo, 2006
- Haraldsen (2005) Haraldsen, Haakon ...[et.al] *Regler for god advokatskikk med kommentarer*. Oslo, 2005
- Meidell (2010) Meidell, Merete Havre. Når kan et inngrep i advokatens taushetsplikt legitimeres etter EMK artikkel 8 nr. 2 I: *Advokatens taushetsplikt under press*. Oslo 2010
- Horn (2008) Horn, Henrik. Advokatetikk og bistand til ulovlige og tvilsomme transaksjoner. I: *Hvitvasking*. Oslo 2008
- Hov (2010) Hov, Jo. *Rettergang II*. Oslo, 2010
- Husabø (1999) Husabø, Erling Johannes. *Straffeansvarets periferi, Medverking, forsøk, førebuing*. Bergen 1999
- Høg (2008) Høg, Ulla, Busck-Nielsen, Kim. *Hvidvaskloven med kommentarer*. København 2008
- Jahre (1990) Jahre, Hans Petter. I: *...den urett som ikke rammer deg selv. Festskrift til Anders Bratholm 70 år*. 1990, Oslo

- Kjørbo (2010) Kjørbo, Jon Fridrik. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*. 3. utg. København, 2010
- Reiss-Andersen (2010) Reiss-Andersen, Berit. Taushetsplikens innhold, formål og betydning I: *Advokaters taushetsplikt under press*. Oslo, 2010
- Svalheim (1996) Svalheim, Knut. *Advokaters taushetsplikt*. Oslo, 1996
- Wilhelmsen (2003) Wilhelmsen, Jan-Fredrik, Woxholt, Geir. *Juristetikk*. Oslo, 2003
- Østby (2010) Østby, Roar. Taushetsplikt og beslagsforbudet i straffeprosessen I: *Advokaters taushetsplikt under press*. Oslo, 2010

Artikler

- Heiberg (1969) Heiberg, Axel. Lov og Rett. nr. 7-8 1969 s. 309-320
- Broch (1996) Broch, Lars Oftedal. Lov og Rett. 1996 s. 306

Lovgivning

Norske

- Straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgelig straffelov
- Straffeloven 20 mai 2005 nr. 28 Lov om straff
- Hvitvaskingsloven 20. juni 2003 nr. 41 Lov om tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger mv. (hvitvaskingsloven) (opphevet).
- Hvitvaskingsloven 6. mars 2009 nr. 11 Lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven)
- Straffeprosessloven 22 mai 1981 nr. 25 Lov om rettergangsmåten i straffesaker
- Legeloven 13. juni 1980 nr. 42 Lov om leger (opphevet)
- Brannloven 29. mai 1970 nr. 32 Lov om brannvern mv. (opphevet)

Forskrifter

Advokatforskriften F 20. desember 1996 nr. 1161 Forskrift til domstolloven kapittel 11. (Advokatforskriften)

Forarbeider

Ot.prp.nr.90 (2003-2004)	Om lov om straff (Straffeloven)
Ot.prp.nr.72 (2002-2003)	Lov om tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger mv (hvitvaskingsloven)
Innst.O.nr.100 (2002-2003)	Innstilling fra finanskomiteen om lov om tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger mv. (hvitvaskingsloven)
Ot.prp.nr.53 (1992-1993)	Om lov om endringer i straffeloven mv (hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger)
Ot.prp.nr.45 (1987-1988)	Om lov om endring i straffeloven (utbytteheleri ved narkotikaforbrytelse)
Ot.prp.nr.56 (1989-1990)	Om lov om megling i konfliktråd og om endringer i straffeloven m.m.
Ot.prp.nr.1 (1979-1980)	Om lov om leger og om lov om tannleger
Ot.prp.nr.35 (1972-1973)	Om lov om endringer i den alminnelige borgerlige straffelov av 22 mai 1902 nr.10 m.m.
NUT-1969-3	Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven)

Traktater

EMK	Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen
-----	---

EU direktiver

Rdir 91/308/EEC	EUs rådsdirektiv 91/308/EØF av 10. juni 1991 om tiltak for å hindre at det finansielle system brukes til hvitvasking. EUs første hvitvaskingsdirektiv.
Rdir 2001/97/EC	Europaparlamentet og rådetsdirektiv 2001/97/EF av 4. desember 2001 om endring av rådsdirektiv 97/308/EØF om tiltak for å hindre at det finansielle system brukes til hvitvasking. EUs andre hvitvaskingsdirektiv.
EP/Rdir 2005/60/EF	Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2005/60/EF av 25. oktober 2005 om forebyggende tiltak mot bruk av det finansielle system til hvitvasking av penger og finansiering av terrorisme. EUs tredje hvitvaskingsdirektiv

Utenlandske lover

Dansk hvitvaskingslov	Lovbekendtgørelse nr. 442 af 11. mai 2007. Bekendtgørelse af lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme.
Svensk hvitvaskingslov	Lag (2009:62) om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism.

Internasjonale avtaler

CCBE Code of Conduct (2006)	Council of Bars and Law Societies of Europe. Code of Conduct for European Lawyers. 19. Mai 2006
CCBE Code of Conduct(1998)	Council of Bars and Law Societies of Europe. Code of Conduct for European Lawyers. 28. November 1998
R(2000)21	Recommendation No. R(2000)21 of the Committee of Ministers to member States in the freedom of exercise of the profession of lawyer. 25. oktober 2000 med explanatory memorandum
IBA (2011)	International Bar Association, International Principles on Conduct for the Legal Profession. 28. Mai 2011

FATF (2003)

Financial Action Task Force. FATF recommendations
oktober 2003 . [http://www.fatf-
gafi.org/dataoecd/7/40/34849567.PDF](http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/7/40/34849567.PDF)

Domsregister

Rt. 2011 s. 1

Rt. 2008 s. 1003

Rt. 2008 s. 645

Rt. 2004 s. 698

Rt. 2006 s. 466

Rt. 2000 s. 1785

Rt. 1999 s. 911

Rt. 1998 s. 407

Rt. 1995 s. 106

Rt. 1993 s. 386

Rt. 1992 s. 1088

Rt. 1979 s. 1492

Rt. 1975 s. 737

Rt. 1973 s. 1427

Rt. 1970 s. 1235

Rt. 1952 s. 301

RG 2008 s. 929

RG 2006 s. 952

RG 1998 s. 1557

LB 2009 40124

LE 2008 13481

LB 2007 186750

Dom av Kristiansand byrett 9. januar 1997

TOSLO-2007-53415

TOSLO-2002-9388

Utenlandske dommer

Belgia (2008)	23. Januar 2008, Belgisk Constitutional court. Judgement No. 10/2008 of
Frankrike (2008)	10. april 2008. Conceil d'etat statuant au contentieux nos 296845,296990
Kanada (2011)	27. september 2011. Supreme Court British Colombia, dom. L013117

Internasjonale dommer

EMD:

Golder mot Storbritannia	21. februar 1975, app.no 4451/70
Campbell og Fell mot Storbritannia	28. juni 1984, app.no 7819/77; 7878/77

EU-domstolen:

C-305/05	Ordre des barreaux francophones et germanophone and others v Conseil des ministres, judgement of 26 June 2007
----------	---

Avis

Reiss-Andersen (2011)c	Reiss-Andersen, Berit. <i>Advokater i straffefeltet</i> . I: Dagens Næringsliv 31.01.2011
------------------------	--

Nettdokument

- Advokatrådet (2011) Advokatrådets bemerkninger af 9. juni 2011 til de advokatetiske regler.
<http://www.advokatsamfundet.dk/Service/Nyheder/2011/juni/Advokatetiske%20regler%20bemaerkninger.aspx> [sitert 22. november 2011]
- Advokatsamfundet.dk (2011) Danske advokatsamfund. Vejledning for advokater og advokatfirmaer om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme. 6. januar 2011.
<http://www.advokatsamfundet.dk/Advokatregulering/Hvidvask/VejledningOgIdeoplæg.aspx>
- Advokatsamfundet.se (2011) Svenske advokatsamfundet. Vägledande regler om god advokatsed med kommentar. Mai, 2011
- Aftenposten (2011) Publisert 29. januar 2011
<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article4010789.ece> [sitert 20. november 2011]
- Finansdepartementet (2002) Rapport fra arbeidsgruppe oppnevnt av Finansdepartementet 12. juli 2002 pkt. 3.2. Utkast til lov om forebyggende tiltok mot hvitvasking av utbytte og finansiering av terrorisme.
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/hoeringer/hoeringsdok/2002/08102002-rapport-fra-arbeidsgruppe-om-hv.html?id=95145> [sitert 23. november 2011]
- Hopen Rørholt (2011) note 2 Hope Rørholt, Kristine. Kommentar til hvitvaskingsloven. Rettsdata nettversjon, note 2. [sitert 20. november 2011]
- Matningsdal (2011) Note 142 Matningsdal, Magnus. Kommentar til Straffeloven 2005. Rettsdata nettversjon, note142. [Sitert 20. november 2011]

- Riksadvokaten Rundskriv fra Riksadvokaten nr. 5 (2001) Lov om helsepersonell – påtalemessige direktiver. www.Riksadvokaten.no [sitert 20. november 2011]
- Reiss-Andersen (2011)a Riess-Andersen, Berit. Advokatforeningens årstale. *Uredde, uavhengige og ustyrlige advokater*. www.advokatforeningen.no [sitert 18. november 2011]
- Reiss-Andersen (2011)b Reiss-Andersen. *Advokater i straffefeltet*. [publisert 2. august 2011] www.advokatbladet.no [sitert 22. november 2011] <http://www.advokatbladet.no/Meninger/Ledere-og-kommentarer-2011/Kommentar-Reiss-Andersen-2011-2/> [sitert 22. november 2011]
- Personlig meddelelse
- Kavlie (2011) Kavlie, Geir. Førstestatsadvokat Økokrim, Samtale 17. oktober 2011
- Grundekjøn (2011) Grundekjøn, Rune. Foredrag Hvitvaskingskonferansen 10. november 2011
- CCBE (2011) Mail-korrespondanse med Eurico Ortiga ved CCBEs sekretariat
- Annet
- Etikuttvalget (2000) Revisjon av regler for god advokatskikk. innstilling avgitt av den norske advokatforenings etikuttvalg oktober 2000.

6 Liste over figurer

