

Arne Gunnar Aas

Aktivt forsvar



Aktivt forsvar

Av advokat Arne Gunnar Aas, Norge
Advokatfirmaet Hjort DA

”Det aktive forsvar” er en populær betegnelse på en bestemt utøvelse av forsvarergjeringen. Det aktive forsvar kan vanskelig defineres, men kan best illustreres ved eksempler. Forsvarerens rolle springer ut fra prosessuelle prinsipper og advokatetikk og er i liten grad bestemt av formelle lovregler på etterforskningsstadiet.

Det tradisjonelle syn på forsvarerens rolle har vært påvirket av en straffeprosess der den fulle kontradiksjon og den reelle partsprosess først virket på hovedforhandlingsstadiet.

Artikkelen tar for seg praktiske eksempler på det aktive forsvar på forskjellige stadier av en straffesak, herunder hvilke råd en forsvarer kan gi sin klient, aktivt forsvar i rettsalen, forholdet til klausulerte dokumenter og bruk av media. Den største utvikling kan man spore på etterforskningsstadiet. Internasjonale rettskilder har utviklet den nasjonale rett slik at det i dag er større fokus på kontradiksjon og partsprosess på etterforskningsstadiet. Dette påvirker grensene for og nødvendigheten av det aktive forsvar.

Arne Gunnar Aas er cand. jur. fra 1977 (Universitetet i Oslo). Han har arbeidet som politifullmektig 1978–1980 og som dommerfullmektig 1980–81. Siden 1981 er han advokat i Advokatfirmaet Hjort DA. Arne Gunnar Aas er fast forsvarer i Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett og har møterett for Høyesterett fra 1993.

1 Innledning

Advokatens rolle er i liten grad styrt av lovfestede regler. Forsvarerens rolle er snarere forutsatt enn regulert. Grensen for forsvarerens arbeid vil da særlig avhenge av to forhold; straffeprosessuelle prinsipper og advokatetikk.

Etter norsk straffeprosesslovgivning skal straffbare forhold anmeldes til og etterforskes av politiet, jf strpl. §§ 223 og 225.

Formålet med etterforskningen er å bringe på det rene om et straffbart forhold har skjedd og i så fall finne frem til den ansvarlige. Likeså skal etterforskningen klarlegge hvorvidt de øvrige vilkår for tiltale og straff er tilstede. Etterforskningen skal skje både til gunst og til skade for mistenkte og skal gjennomføres så raskt som mulig, jf strpl. § 226 tredje ledd.

Tradisjonelt har forsvarerens oppgave konsentrert seg om eksaminasjon og prosedyre under hovedforhandlingen. Forsvarer har således påstartet sitt virke etter at sakens dokumenter med påtalemyndighetens tiltalebeslutning og bevisoppgave er mottatt jf strpl. § 265. Slik er fortsatt situasjonen i de tilfelle der forsvareropdraget utføres av en av domstolens faste forsvarere. Dette vil være

situasjonen der tiltalte ikke har hatt et eget forsvarerønske og det ellers ikke er foretatt rettergangsskritt på et tidligere stadium som har medført forsvareroppnevning.

Dette kan utledes av at vi i vår prosess har ett anklagerprinsipp. Det er bare påtalemyndighetene som kan bringe en sak inn for domstolene og det er politiet som bringer bevisene inn for retten. Det har tradisjonelt sett vært liten grad av reell partsprosess på disse stadiene av en straffesak. Den fulle kontradiksjon har vært forbeholdt rettsforhandlingen og i særlig grad hovedforhandlingen.

I de senere år har det imidlertid vært en utvikling mot at forsvarer på et tidligere stadium er kommet inn i saken. Dette kan det være flere årsaker til. For det første har det skjedd en økende bruk av varetektsfengsel der siktede har krav på forsvarer etter strpl. § 98.

For det andre synes domstolene i økende grad å være innstilt på oppnevning av forsvarer under etterforskningen på skjønsmessig grunnlag etter strpl. § 100 annet ledd, særlig i saker med stort omfang, høy kompleksitet, betydelig mediainteresse eller der siktedes personlige forhold gjør det særlig påkrevet med forsvarerbistand i etterforskningsfasen. Også den generelle velstandsutvikling har ført til at private forsvarere i større grad benyttes i etterforskningsfasen. Også i straffesaker der næringslivet er involvert ser man økende bruk av forsvarerbistand i innledningsfasen av etterforskningen. Dette gjelder særlig i økonomiske straffesaker, miljøkriminalitet og innenfor bygnings- og entreprisområdet.

Videre ser man en utvikling der internasjonale rettskilder har røkket ved det tradisjonelle syn. Prinsippene om kontradiksjon og "equality of arms" er gitt større gjennomslagskraft under hele gangen av en straffesak ved den europeiske menneskerettsdomstol enn det som har fulgt av tidligere norsk praksis. Både FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon utgjør i dag en del av norsk rett, se menneskerettsloven §2 og straffeprosessloven §4.

Dette påvirker graden av partsprosess i hele straffeprosessen – og dermed også forsvarerens rolle.

Det forhold at forsvarere ofte kommer inn i saken på et tidligere stadium har ført til en debatt knyttet til forsvarergjerningen. Avdøde h.r. advokat Alf Nordhus innførte begrepet "aktivt forsvar" som et ideal. Dette begrep skulle til dels stå i motsetning til det mer tradisjonelle, passive forsvar som beskrevet innledningsvis. Begrepet "aktivt forsvar" lar seg vanskelig definere. Mens det passive forsvar særpreges ved at etterforskningen overlates til politiet mens forsvarer i retten konsentrerer seg om å få frem det som taler til fordel for tiltalte særkjennes det aktive forsvar av kritisk engasjement og kontroll av etterforskningen, arbeid med å fremskaffe supplerende eller alternativt bevismateriale, bruk av alternative sakkyndige og i visse tilfeller private etterforskere, og for øvrig en generell skepsis til å akseptere sakkyndigerklæringer og andre autoriteter. I tillegg særkjennes det aktive forsvar av økende deltagelse i mediaomtale.

Det er i dag enighet om at en forsvarer skal være aktivt kritisk til politiets og påtalemyndighetens arbeid uten å engste seg for å støte mot autoriteter eller opinion. Spørsmålet blir imidlertid hvor langt den aktive forsvarer kan gå i sitt forsvarerverke for å ivareta klientens interesser.

Lovverket er relativt taust om forsvarerrollen. I særlig grad gjelder dette i etterforskningsfasen. Medvirkning til uriktig forklaring, fjerning av bevis m.v. rammes klart av straffelovens bestemmelser. Likeledes har domstolen bestemmelser som i visse tilfelle kan anvendes på forsvarers opptreden, blant annet domstollovens § 200 som hjemler bøteleggelse av forsvarer for forsømmelig eller utilbørlig forhold under rettergang.

Når rammene for det aktive forsvar diskuteres vil det normalt være spørsmål om god advokatskikk som står sentralt.

I Sverige, Danmark og Finland finnes det – i motsetning til i Norge – formelle lovregler om den generelle advokatrollen. I utformingen av rollen peker reglene mot den gode ”advokatsed” og ”advokatskik”. For eksempel heter det i Finlands lag om advokater av 12. desember 1985 i § 5 at:

”Advokat skall redbart och samvetsgrant utföra honom anförtrodda uppdrag samt i all sin verksamhet iakttaga god advokatsed.”

For å finne noen nærmere beskrivelse av god advokatskikk enn advokatens egen samvittighet, må man se hen til advokatenes egne interne regelverk. I innledningen til de danske advokatetiske regler vedtatt av ”Advokatrådet” heter det: *”Advokatens opgave er at fremme retfærdighed og modvirke uret.”* En liknede rettesnor finner man i de norske reglene. Det er galt å tro at dette innebærer at advokaten i den enkelte sak kun skal ha den materielle sannhet som mål. Hensikten er etter mitt syn å finne frem til spilleregler som i sin anvendelse vil fremme rett og hindre urett. Dersom forsvareren utnytter favor defensionis prinsippene slik at man får en frifinnelse på tross av den ”materielle sannhet” er dette likevel en avgjørelse som fremmer rett og hindrer urett. Det ligger grunnleggende hensyn som bærer rettssamfunnet bak en slik ”buffer” til gode for den som står tiltalt for straff.

Den Norske Advokatforening har sine advokatetiske regler. Disse er gitt med virkning som forskrift og brudd på reglene vil kunne medføre disiplinære forføyelser. I tillegg har advokatforeningen den 19.11.99 vedtatt retningslinjer for forsvarere som tar standpunkt til en del av de aktuelle problemstillinger. Disse retningslinjer baserer seg på og er en utdyping av regler for god advokatskikk men er ikke en del av advokatforskriften som likevel forutsettes fulgt.

En oppnevnt forsvarer som går ut over grensene for god advokatskikk vil av domstolen kunne entlediges som forsvarer.

2 Ulike sider av aktivt forsvar

Begrepet aktivt forsvar kan med fordel splittes opp i ulike spørsmål/problemstillinger:

1. I hvilken grad kan politiets etterforskning møtes av tilsvarende aktivitet fra forsvarers side.
2. Hvilke råd kan forsvarer gi sin klient, eventuelt andre, på de ulike stadier av en straffesak.
3. Aktivt forsvar i rettsalen, herunder forsvarers forhold til siktedes standpunkt om skyld/straff.
4. Forsvarers forhold til klausulerte dokumenter.
5. Forsvarers bruk av media under en straffesak.

Ad 1: Etterforskning fra forsvarers side.

Som nevnt i innledningen er det særlig på dette stadiet av en straffesak man ser en utvikling i faktiske forhold og rettskildet bildet som gjør at man kanskje må revurdere det tradisjonelle syn på forsvarerens rolle. Det er da ikke overraskende at det er her vi kan se det største sprik i holdninger til emnet.

Utgangspunktet må være strpl. § 225 som angir at etterforskning iverksettes og utføres av politiet.

Imidlertid vil det ofte oppstå tilfeller der forsvarer har behov for å gå politiets etterforskning nærmere etter i sømmene, eller der forsvarer ønsker å innhente ytterligere dokumenter og/eller supplerende/alternative opplysninger fra mulige vitner som eventuelt ikke er avhørt av politiet.

Påtalemyndigheten har ved flere anledninger motsatt seg at forsvarer kontakter aktuelle vitner. Denne motstand synes å være begrunnet i følgende momenter:

- fare for påvirkning av vitnene
- forsvarer har intet krav til objektivitet i motsetning til politiet
- dersom det i slike vitnesamtaler kommer frem opplysninger til ugunst for siktede/tiltalte, har forsvarer verken rett eller plikt til å bringe disse videre
- forsvarer vil kunne få et advokatetisk problem ved at han ikke kan prosedere på et faktum han vet er uriktig
- det vil vanskelig kunne etterspores hvilke faktiske opplysninger i saken forsvarer har foreholdt vitnet
- forsvarer kan risikere å måtte avgi forklaring om hvilke opplysninger vitnet er foreholdt
- strpl. § 242 gir kun rett til dokumentinnsyn for forsvarer og mistenkte og samtaler med mulige vitner vil kunne stride mot strpl. § 129 om at vitner ikke bør gjøres kjent med andre mulige vitners forklaringer før eventuelt under hovedforhandlingen

Mot denne argumentasjon taler hensynet til likhet mellom forsvarer og påtalemyndighet som også bør innebære en selvstendig rett for forsvarer til å innhente supplerende bevis. EMK artikkel 6 nr. 1 stiller krav om "fair trial". En viktig side av dette hensyn må være "equality of arms" som også må gjelde på etterforskningsstadiet. Dette prinsipp er slått fast i blant annet Neumeisterdommen, Series A no. 8 1968 para 22. Prinsippet gjelder fra det tidspunkt en person er "charged" som etter domstolens praksis forstås som det tidspunkt det foreligger en mistanke som påvirker den mistenktes livssituasjon, se Eckle-dommen, Series A no. 51 1982. Avgjørelsen tyder på at beskyttelsen etter konvensjonens artikkel 6 nr. 1 inntreffer allerede før den mistenkte har status som siktet etter strpl. § 82. Forsvarer bør derfor kunne forlange etterforskningskritt før siktelse er uttatt etter prinsippet om "equality of arms". Den nasjonale lovgivnings definisjon av mistenkt, siktet, tiltalt m.v. er i tidligere avgjørelser ikke tillagt avgjørende vekt.

Den Norske Advokatforenings syn er nedfelt i Retningslinjer for forsvarere pkt. 3.5, som lyder:

"Forsvareren har adgang til å henvende seg til enhver som kan bidra til sakens opplysning, uavhengig av om vedkommende er avhørt av politiet eller oppgitt som påtalemyndighetens vitne."

Riktignok synes retningslinjenes pkt. 3.5 å legge opp til at forsvarer skal begjære etterforskning gjennom politiet til avhør av vitner eller foreta andre begjærte etterforskningskritt etter strpl. § 241 og kun i særlige tilfelle selv foreta undersøkelser av etterforskningsmessig art. Dette kan imidlertid ikke forhindre at forsvarer tar kontakt med aktuelle vitner for å klarlegge om de har noe å tilføre saken. Likeledes må forsvarer ha anledning til å oppta skriftlige og underskrevne erklæringer fra slike vitner dersom dette anses tjenlig. Slike opptegnelser kan imidlertid ikke kreves fremlagt som dokument i retten. Det naturlige vil være å oversende den skriftlige erklæring til politiet med anmodning om avhør der erklæringens innhold bekreftes. Dette gjelder særlig der forsvarer frykter at vitnet under hovedforhandling vil fragå den skriftlige erklæring.

Forsvarer kan ikke anses pliktig til å varsle påtalemyndigheten på forhånd om slik aktuell etterforskning. Forsvarer må således, dersom vitnet har opplysninger av betydning for saken, stå fritt til å vurdere hvorvidt politiet bør anmodes om å foreta formelt avhør av vitnet eller om klienten er best tjent med å føre vitnet opp på sin bevisopp-gave uten nærmere informasjon til påtalemyndigheten om hva vitnet skal forklare seg om. Dersom vitnets forklaring kan føre til at tiltale ikke blir reist eller tiltalebeslutning trekkes tilbake, bør klientens interesse tilsi at politiet anmodes om å foreta formelt avhør. Forsvarers behov for en "spektakulær" frifinnelse i retten må ikke spille inn.

Forsvarers kontakt med mulige vitner må ha form av informasjonsinnhenting og ikke utilbørlig påvirkning. Forsvarer må likeledes være klar over at slik

uformell forsvarerkontakt med mulige vitner vil kunne fremstilles i et negativt lys fra påtalemyndighetens side, og dette bør være en del av den avveining forsvarer må foreta når han velger fremgangsmåte for slik etterforskning.

Dersom det under forsvarers etterforskning fremkommer opplysninger til skade for klienten, har forsvarer verken rett eller plikt til å fremlegge disse opplysninger for påtalemyndigheten. Dette er opplysninger som er betrodd ham i egenskap av forsvarer og vil derfor være dekket av forsvarers taushetsplikt etter strpl. § 144.

I de senere år har det vært flere saker der forsvarer har engasjert private sakkyndige i en verserende straffesak, eventuelt som supplement til rettslig oppnevnt sakkyndig etter strpl. § 139. Dette vil normalt være aktuelt i alvorligere straffesaker. I en særlig stilling står gjenopptagelsesaker. Det ligger i slike saker ett særlig incitament for forsvareren till å innhente nye bevis. Dette var tilfellet blant annet i Torgersen-saken som dreide seg om gjenopptagelse av en mye omtalt drapssak fra 50-årene. Et sentralt bevis i den dømmende saken var et bitemerke i offerets kropp. I gjenopptagelsessaken engasjerte forsvarer privat sakkyndig med rettsodontologisk bakgrunn for å bestride det fellende bevis. Det kan også være aktuelt innenfor økonomisk kriminalitet, miljøkriminalitet eller bygning/enterpriserett.

Forsvarer kan begjære oppnevnt privat sakkyndig som allerede har påstartet sitt arbeid eller velge å la den private sakkyndige forbli privatengasjert. I sistnevnte tilfelle kommer strpl. § 149 til anvendelse og innebærer at den private sakkyndige avgir forklaring som vitne, og kan være tilstede under forhandlingen og avgir forsikring etter bestemmelsene for oppnevnte sakkyndige. Imidlertid vil den private sakkyndige ikke ha rett til å stille spørsmål til parter, vitner og andre sakkyndige uten at dommeren har gitt særskilt tillatelse til dette.

Det kan oppstå spørsmål om forsvarer kan gi privatengasjert sakkyndig innsyn i saksdokumentene, idet slik innsynsrett i utgangspunktet er begrenset til forsvarer og mistenkte etter strpl. § 242. Etter mitt syn må denne bestemmelse tolkes slik at den gir mulighet for forsvarer til å la den private sakkyndige få innsyn i saksdokumentene uten at påtalemyndigheten må underrettes eller gi sin godkjenning til dette. Et slikt standpunkt må kunne forankres i kravet til "fair trial" etter EMK artikkel 6.1 og er for øvrig en nødvendig forutsetning for at retten til bruk av privat sakkyndig skal ha et formål. I Bønisch-dommen Series A no 92 1985 ble det ansett å være et brudd på prinsippet om "equality of arms" at sakkyndig vitne for forsvaret ikke kunne opptre på samme vilkår som sakkyndig vitne for påtalemyndighetene.

Jeg kan heller ikke se behov for å regulere forsvarers adgang til å engasjere private etterforskere i større grad enn det som gjelder for private sakkyndige. Også spørsmålet om den private etterforskers innsynsrett i dokumentene bør behandles på samme måte som for private sakkyndige. Dog er tvil knyttet til det forhold at det ikke foreligger noen konsesjonsordning/kvalitetskrav for private etterforskere, hvilket imidlertid diskuteres i Norge. En kontroll vil her ligge i

domstolenes vurdering av spørsmålet om utgifter til private etterforskere må anses som en nødvendig del av forsvarerutgiftene i henhold til strpl. § 438. Det vises om dette blant annet til avgjørelse i RT 1999 side 1598. Saken dreiet seg om erstatning for uberettiget forfølgning. En som var frifunnet for voldtekt fikk dekket 500.000,- av ett krav på nærmere 1,5 millioner som skrev seg fra utgifter til bruk av privatetterforsker i sin sannsynliggjøring av sin uskyld.

Ad 2: Hvilke råd kan forsvarer gi sin klient, eventuelt andre, på de ulike stadier av en straffesak.

Utgangspunktet må være at en forsvarer ikke har plikt til å fremskaffe eller viderebringe opplysninger/dokumenter m.v. til skade for sin klient, jf ovenfor.

Forsvarer er en partsrepresentant og skal ivareta sin klients interesse innenfor de grenser som lov om god advokatskikk tillater.

På den annen side har forsvarer ikke anledning til å bidra til uriktig forklaring eller rydde bevis av veien. Innenfor disse utgangspunkter må forsvarers etiske grenser vurderes.

Noen utgangspunkter bør nevnes:

- a) Forsvarer må ha anledning til å råde sin klient til ikke å avgi forklaring til politiet eller retten under etterforskningen eller under den senere hovedforhandling. Denne rådgivning må utelukkende ha klientens interesse for øyet og må skje etter en nærmere drøftelse med klienten der mulige konsekvenser av et slikt standpunkt blir belyst av forsvarer. Således vil nektelse av å avgi politiforklaring kunne medføre at etterforskningen forsinkes og at påtalemyndigheten eventuelt vil begjære varetektsfengsling i en innledende fase av etterforskningen.

I Norge har det vakt reaksjoner fra påtalemyndighetenes side der forsvarer har rådet sin klient til ikke å forklare seg. Etter straffeprosessloven § 93 annet ledd kan rettens formann gjøre siktede oppmerksom på at "det kan bli ansett å tale mot ham" dersom han ikke vil forklare seg. Begge eksempler viser at den inkvisitoriske prosess, der siktedes forklaring er det sentrale bevis, på mange måter er gjeldende ved siden av anklagerprosessen. I anglo-amerikansk rett anses den siktedes rett til taushet som en selvfølgelig rettighet og vernet mot selvinkriminering har der en mer fremtredende rolle. I den grad prosessordningen er i utvikling mot en renere anklager- og partsprosess vil denne type aktive forsvar nok bli vanligere. Den europeiske menneskerettighetsdomstol har tolket EMK art 6 sitt krav om "fair trial" til å omfatte siktedes vern mot selvinkriminering. Jeg viser her blant annet til dommer av Den europeiske menneskerettighetsdomstol av 25. februar 1993 i saken Funke mot Frankrike (EMD = REF00000394) og av 17. desember 1996 i saken Saunders mot Storbritannia (EMD = REF00000595). Dette er også et steg i denne retning.

- b) Spørsmålet er videre om forsvarer kan råde klientens nærstående familie til å benytte sin rett til ikke å avgi forklaring etter strpl. § 122.

Jeg finner det etisk betenkelig at forsvarer aktivt tar kontakt med et slikt formål uten å være spurt om dette av de aktuelle vitner. Derimot må det være akseptabelt på forespørsel å gjøre oppmerksom på retten etter strpl. § 122 og hvilke konsekvenser en eventuell forklaring vil kunne få for forsvarers klient.

- c) Lignende problemstilling kan komme opp i forhold til andre vitner. Spørsmålet blir om en forsvarer kan kontakte aktuelle vitner og råde dem til å benytte sin rett til å nekte politiforklaring etter strpl. § 230. På samme måte som nevnt ovenfor under pkt. b), bør forsvarer ha anledning til på forespørsel å opplyse om et vitnes rett til å nekte forklaring og likeledes konsekvensene av en eventuell politiforklaring for forsvarers klient.

Derimot må en forsvarer kunne rådgi et vitne til å nekte å avgi forklaring til politiet uten at vedkommende har forsvarer tilstede. Et slikt råd verken forhindrer eller vesentlig forsinker politiets etterforskning samtidig som vitnets rett etter straffeprosessloven ivaretas. Et slikt råd vil særlig være aktuelt der vitnet kan risikere selv å bli trukket inn som mistenkt/siktet i saken.

- d) Dersom det fremkommer at forsvarers klient har avgitt en uriktig forklaring og ønsker å endre denne i et nytt politiavhør må forsvarer ha anledning til å råde sin klient til, av forsvarertaktiske årsaker, først å avgi en slik ny forklaring på et bestemt senere tidspunkt under etterforskningen eller under eventuell hovedforhandling. Forsvarer kan imidlertid ikke råde klienten til å fastholde en uriktig forklaring dersom klienten selv ønsker å endre denne, men må ha anledning til å gi uttrykk for konsekvensene for klienten ut fra den nye forklarings innhold.
- e) Ikke sjelden får forsvarer spørsmål fra klienten knyttet til innholdet av vedkommendes forklaring.

Etter å ha mottatt saksdokumentene vil forsvarer ofte kunne konstatere at siktedes politiforklaring dårlig stemmer med de øvrige bevis i saken. I konferanse med siktede er det påkrevet for forsvarer å foreholde siktede dette faktum og utbe hans forklaring på de ømtålige punkter. Ikke sjelden blir forsvarer spurt om hva siktede bør svare på aktuelle spørsmål. Her bør forsvarer være forsiktig idet han ikke kan gi annet råd enn at klienten må fortelle sannheten. Han må således ikke ordlegge seg på en måte som oppleves av siktede som et råd om å forklare seg uriktig.

Derimot må forsvarer kunne forklare konsekvensen av at klienten velger å endre forklaring og må likeledes kunne gi uttrykk for sin vurdering av de straffemessige konsekvenser av siktedes forklaring, også der siktede ber om dette i forhold til en alternativ forklaring. Der siktedes forklaring ikke stemmer med de foreliggende bevis for øvrig må forsvarer ha anledning til å gi uttrykk for at bevisene kan forstås på flere måter og at det kan finnes ulike forklaringer på dette. Dette innebærer å presentere ulike forklaringsalternativer og klienten

vil kunne velge det alternativ som er gunstigst for ham selv om dette skulle være objektivt uriktig.

Selv om en slik utspørringsmetode kan sies å bidra til en uriktig forklaring vil likevel en slik utspørringsmåte kunne være nødvendig strategi i forsvarerarbeidet.

Ad 3: Aktivt forsvar i rettssalen, herunder forsvarers forhold til siktedes standpunkt om skyld/straff.

De motforestillinger som melder seg mot bruk av ”det aktive forsvar” vil stå svakere på dette stadiet av en straffesak. Behandlingen i rettssalen er fullt ut kontradiktorisk og underlagt åpen domstolskontroll. Det er først her regelverket legger til rette for den egentlige ”partsprosess”.

Jeg har tidligere behandlet spørsmålet om hvor langt forsvarer i forhold til det offentlige kan gå i sitt forsvar. Det oppstår også spørsmål om hvor langt forsvarer kan gå i forhold til det standpunkt siktede selv inntar med hensyn til skyld/straff.

Et utgangspunkt er klart. Dersom siktede nekter straffeskyld er forsvarer bundet av dette standpunkt selv om han mener dette er håpløst og uklokt ut fra de foreliggende bevis. Siktede har rett til å kreve at forsvarer ikke faller ham i ryggen. Dette syn er nedfelt i retningslinjene for forsvarere punkt 2.3.

Tiltaltes erkjennelse av straffeskyld er derimot ikke nødvendigvis bindende for forsvarer. Dette må gjelde både der forsvarer mener tilståelsen er avgitt på uriktig faktisk grunnlag og i de tilfelle der forsvarer mener de øvrige straffbarhetsvilkår ikke er tilstede. For det første tilfelles vedkommende kan vises til en kjent drapssak i Norge der siktede hadde avgitt en detaljert tilståelse og fastholdt denne under hovedforhandlingen mens forsvarer prosederte på at tilståelsen var uriktig hvilket førte til at siktede ble frifunnet.

I tillegg kan man tenke seg den situasjon at forsvarer mener tilståelsen er fremkommet ved hjelp av tvang/trusler og lignende fra andre impliserte i saken eller at andre straffeutelukkende omstendigheter er tilstede.

Et særskilt spørsmål er det om forsvarer er bundet av siktedes standpunkt om at han ikke ønsker å påberope seg sin sykdom.

Dette er vanskelig, idet et viktig hensyn er at siktede ved en frifinnende dom på grunn av sinnssykdom vil ha dette som et belastende stempel videre i livet.

Likevel er det slik at det overordnede hensyn for en forsvarer må være å hindre at en siktet domfelles uten at lovens vilkår for straff er tilstede. Jeg vil derfor mene at forsvarer på dette punkt ikke kan være bundet av sin klients standpunkt.

Et annet spørsmål er hvor langt forsvarer kan gå i å inkriminere andre medtaltale mot sin klients ønske. Dersom dette gjøres for å forhindre at egen klient domfelles på uriktig faktisk eller rettslig grunnlag må dette aksepteres. Er imidlertid begrunnelsen for utelukkende å fordele den samlede straffeskyld på flere gjerningsmenn bør siktedes ønske om å holde andre involverte utenfor saken respekteres av forsvarer.

I den aktuelle og meget omtalte trippelldrapssaken (Orderudsaken) i Norge ville en av de tiltalte entledige sine forsvarere dersom de ikke garanterte at de ikke ville prosedere subsidiært mot en medtiltalt som var hans kone. Hans forsvarere ville ikke gi en slik garanti, retten ga ham ikke rett og saken fortsatte med disse forsvarere mot hans vilje.

Forsvarer kan heller ikke være bundet av siktedes standpunkt med hensyn til bevisførselen. Dersom det er aktuelt å innkalle et forsvarervitne som siktede av personlige grunner ønsker å holde utenfor saken kan dette ikke være et standpunkt som nødvendigvis er bindende for forsvarer. Motsatt kan heller ikke forsvarer være pålagt å innkalle forsvarervitner dersom han mener vitnet ikke vil kunne tilføre saken opplysninger av betydning.

Videre kan det oppstå spørsmål om forsvarer kan anføre straffutmålingsmomenter mot klientens ønske. Dette kan gjelde spørsmål om oppvekstforhold, rusbelastning eller fordeling av skyldgrad mellom flere tiltalte. I slike tilfelle bør forsvarer respektere sin klients standpunkt. Derimot kan forsvarer ikke være bundet av siktedes ønske om ubetinget fengselsstraff i en situasjon der forsvarer mener betinget dom eventuelt samfunnstjeneste bør være et bedre alternativ. På dette punkt bør forsvarer imidlertid vise stor tilbakeholdenhet.

Ad 4: Forsvarers forhold til klausulerte dokumenter.

Strpl. § 242 hjemler rett for mistenkte og hans forsvarer til innsyn i sakens dokumenter dersom det kan skje uten at etterforskningen skades. Offentlig forsvarer, men ikke mistenkte, kan likevel ikke nektes adgang til dokumenter som fremlegges eller har vært fremlagt i rettsmøte.

Jeg mener å kunne registrere et økende antall tilfeller der forsvarers innsynsrett gjøres betinget av at han aksepterer ikke å forevise dokumentene for sin klient. Dette gjelder også dokumenter som fremlegges i rettsmøte.

Denne utvikling er beklagelig og gjør forsvarervervet vanskelig.

Etter mitt syn bør en forsvarer møte et slikt pålegg med krav om fullt innsyn i dokumentene etter strpl. § 242 med rett til å gjennomgå disse dokumenter med siktede og således kreve spørsmålet om klausulering av dokumentene vurdert av forhørsretten etter strpl. § 242 første ledd første setning.

Dersom forhørsretten opprettholder klausuleringen må rettens avgjørelse respekteres dersom forsvarer selv velger innsyn. Spørsmålet blir imidlertid om forsvarer bør velge det standpunkt selv ikke å akseptere innsyn så lenge dokumentene ikke kan gjøres kjent for siktede. Et slikt standpunkt kan være riktig fordi det vanskeliggjør samarbeidet og tillitsforholdet mellom forsvarer og klient når visse dokumenter kun er kjent for forsvarer. Således er det prinsipielt problematisk for en forsvarer å ha "hemmelige" opplysninger overfor klient i en periode av etterforskningen. Forsvarerarbeidet vil likeledes i en slik situasjon være særdeles vanskelig idet grensen mellom tillatte og klausulerte opplysninger kan være vanskelig å trekke.

På den annen side vil forsvarers valg om ikke å akseptere innsyn i dokumentene så lenge disse ikke kan gjøres kjent for klienten føre til at forsvarerarbeidet blir vanskeliggjort i en periode og at en totalvurdering derfor må føre til at klienten er best tjent med at forsvarer får tilgang til opplysningene. Man kan tenke seg fengslingsmøter der møtende aktor påberoper klausulerte dokumenter som fengslingsgrunn uten at forsvarer har anledning til kontroll eller imøtegåelse. Under varetaktsperioden vil forsvarer ha liten oversikt over sakens bevismessige stilling og en forsvarlig oppfølging av klienten i denne perioden vil derfor være svært vanskelig.

I henhold til Retningslinjer for forsvarere pkt. 3.1 pålegges forsvarer kun å godta dokumentinnsyn med pålegg om taushetsplikt overfor klienten dersom klienten samtykker til dette. Det er således nødvendig at forsvarer informerer og drøfter situasjonen med siktede og gir råd i denne forbindelse. Det kan ikke være riktig for forsvarer å følge et prinsipielt standpunkt her. Forsvarer er forpliktet til å vurdere sin strategi i forhold til hva klienten samlet sett er tjent med og gi råd til klienten med dette utgangspunkt.

Ad 5: Forsvarers bruk av media under en straffesak.

Kriminalstoff har i mange år vært omgitt av stor offentlig interesse og utgjør en sentral del av nyhetsbildet.

Det synes å være en utvikling mot stadig økende bruk av media fra påtalemyndigheten- og forsvarersiden både under etterforskning og i tilknytning til hovedforhandling. I Norge har man ikke regler om "contempt of court" som forhindrer slike utspill som lett kan oppfattes som forhåndsprosedyre og forsøk på å påvirke den senere rettsprosess.

For påtalemyndigheten har Riksadvokaten forsøkt å regulere forholdet til media gjennom et rundskriv fra 1981. Advokatforeningen har i sine retningslinjer pkt. 5 regulert forsvarers forhold til media.

Utgangspunktet for forsvarers "bruk" av media må være det som tjener klientens interesse. Normalt vil det være slik at siktede i de fleste tilfelle ønsker minst mulig offentlig omtale av sin sak og at etterforskning og rettsprosess blir raskest mulig gjennomført og med minst mulig offentlig oppmerksomhet. Det blir da et tankekors at så mange straffesaker gis bred omtale i media både under etterforskning og under hovedforhandling.

Forsvarers bruk av media er etter mitt syn uetisk dersom dette ikke skjer

- a) med klientens samtykke
- b) ved ivaretagelse av klientens interesse

Dersom disse to forutsetninger er oppfylt må det være opp til forsvarer å vurdere hensiktsmessigheten av å uttale seg om saken til media. Det er på dette punkt stor

ulikhet i praksis blant forsvarere og man kan lett få inntrykk av at enkelte forsvarere lar egen profilering styre bruk av media.

På den annen side må det konstateres at enkelte forsvarere forsømmer sin plikt til å korrigere eller balansere informasjon som allerede er offentlig og således ikke ivaretar sin klients interesser på dette punkt.

Et forhold som det kunne passe å reise her er de tilfeller der forsvareren går i identifikasjon med egen klient. Det vil, særlig i profilerte saker der mye står på spill, være en fristelse å påberope seg sin egen personlige overbevisning. I den nevnte trippelldrapsaken i Norge (Orderudsaken) gikk to av de fire tiltalte forsvarere ut i pressen og kunngjorde at de var personlig overbevist om sin klients uskyld.

Dette er, etter min mening, et eksempel på ”aktivt forsvar” som klart ligger utenfor det som bør være del av advokatgjerningen. Identifikasjon bryter med selve advokatrollen som representant og vil på sikt undergrave det krav enhver har på et forsvar. I engelsk advokatur ville det være et utilgivelig feilgrep å påberope egen personlig overbevisning. Dette syn er også fremholdt med styrke i en rekke eldre nordiske fremstillinger om advokatrollen.

3 Avslutning

Det er grunn til å tro at utviklingen av det aktive forsvar vil fortsette. Etter mitt syn er det uheldig dersom denne utvikling går så langt at man nærmer seg en partsprosess som i sivile saker.

Kravet til etterforskningens kvalitet og fremdrift må ikke påvirkes av forsvarers rett til et aktivt forsvar av sin klient. Strpl. § 226 fastslår at etterforskningens formål er å klarlegge både det som taler mot og det som taler til fordel for mistenkte. Dette utgangspunkt må man ikke rokke ved.

Forsvarers mer aktive innsats må heller ikke føre til at tilliten til forsvarer svekkes slik at han i økende grad identifiseres med sin klient og derved ikke får større troverdighet enn det siktede selv tillegges.

Norges justisminister har fremført kritikk mot forsvarere som råder tiltalte til ikke å forklare seg til politiet og har tatt skritt for å undersøke hvordan situasjonen er på dette området i utlandet. Generelt må sies at dette er et område det er vanskelig å lovregulere og jeg kan heller ikke se at det skulle være grunnlag for en lovregulering av forsvarers opptreden. Begrensningene vil måtte settes av domstolene gjennom sin prosessledelse og gjennom de advokatetiske krav som settes til forsvarergjerningen.