

# **Tvisteloven §22-5 – bevisforbud for betroelser til særlige yrkesutøvere**

Kandidatnr: 175996

Leveringsfrist: 01.06.2010

Til sammen 14491 ord

Veileder Øistein Aamodt

01.06.2010

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNHold</u></b> .....	<b>1</b>
1.1	HOVEDPROBLEMSTILLING.....	1
1.2	BEGREPER.....	1
1.3	DET RETTSLIGE GRUNNLAGET – METODE .....	1
1.4	FREMSTILLINGEN VIDERE.....	2
<b><u>2</u></b>	<b><u>GENERELT</u></b> .....	<b>4</b>
2.1	FORMÅL OG BEGRUNNELSE FOR VITNE- OG FORKLARINGSPLIKTEN .....	4
2.2	FORMÅL OG BEGRUNNELSE FOR KALLSMESSIG TAUSHETSPLIKT .....	4
2.2.1	LOVGIVERS HENSIKT .....	4
2.2.2	FORHOLDET TIL STRAFFELOVEN § 144 .....	5
2.2.3	FORHOLDET TIL STRAFFEPROSESSLOVEN § 119 .....	5
2.2.4	FORHOLDET TIL EMK ARTIKKEL 8 NR. 1 .....	6
2.3	FORHOLDET MELLOM BEVISFORBUD OG BEVISFRITAK.....	7
2.3.1	BEVISFORBUD.....	7
2.3.2	BEVISFRITAK .....	8
2.3.3	PROSESSUELLE KONSEKVENSER.....	8
2.4	GENERELT OM FORHOLDET MELLOM FORKLARINGER OG DOKUMENTBEVIS .....	9
<b><u>3</u></b>	<b><u>KALLSMESSIG TAUSHETSPLIKT – TVISTELOVEN § 22-5 FØRSTE LEDD</u></b> .....	<b>10</b>
3.1	INNLEDNING .....	10
3.2	HVEM OMFATTES AV BEVISFORBUDET I TVISTELOVEN § 22-5? .....	10
3.2.1	GENERELT .....	10
3.2.2	PRESTER OG FORSTANDERE I REGISTRERTE TROSSAMFUNN .....	11
3.2.3	ADVOKATER, FORSVARERE I STRAFFESAKER OG MEKLERE I EKTESKAPSSAKER .....	12
3.2.4	HELSEPERSONELL.....	12
3.2.5	UNDERORDNEDE OG MEDHJELPERE.....	14
3.2.6	BETRODDE OPPLYSNINGER SOM VED EN FEIL HAVNER HOS TREDJEMANN .....	18
3.2.6.1	Dokumentbevis.....	18
3.2.6.2	Muntlige opplysninger .....	19

3.2.7	TAUSHETSRETT FOR DEN VERNEDE .....	20
3.2.8	GRENSEN MOT § 22-3 OM LOVBESTEMT TAUSHETSPLIKT .....	22
<b>3.3</b>	<b>YRKESUTØVERNE – «I DERES STILLING» .....</b>	<b>24</b>
3.3.1	GENERELT .....	24
3.3.2	PRESTER .....	25
3.3.3	ADVOKATER .....	25
3.3.4	LEGER .....	28
<b>3.4</b>	<b>HVEM ER VERNET .....</b>	<b>28</b>
3.4.1	GENERELT .....	28
3.4.2	BETROELSER TIL PRESTER .....	29
3.4.3	BETROELSER TIL ADVOKATER .....	29
3.4.4	BETROELSER TIL LEGER .....	31
<b>3.5</b>	<b>TAUSHETSPLIKTENS INNHOLD – OBJEKTET FOR TAUSHETSPLIKTEN .....</b>	<b>31</b>
3.5.1	HVILKE OPPLYSNINGER OMFATTES, JF. ”DET SOM ER BETRODD” .....	31
3.5.1.1	Objektet .....	31
3.5.1.2	Vurderinger og råd som yrkesutøveren foretar .....	34
3.5.1.3	Når er opplysningen betrodd? .....	35
3.5.1.4	Opplysninger fra tredjemann .....	36
<b>3.6</b>	<b>FORHOLDET TIL ANDRE LEDD NÅR TILFELLET IKKE OMFATTES AV FØRSTE LEDD .....</b>	<b>36</b>
3.6.1	INNLEDNING .....	36
3.6.2	HENSYN OG BEGRUNNELSE .....	36
3.6.3	REGELENS INNHOLD .....	37
3.6.4	FORHOLDET TIL TVISTELOVEN § 22-3 .....	38
<b>4</b>	<b><u>OPPHØR AV TAUSHETSPLIKTEN .....</u></b>	<b><u>39</u></b>
<b>4.1</b>	<b>ALMINNELIGE BEGRENSNINGER I TAUSHETSPLIKTEN .....</b>	<b>39</b>
<b>4.2</b>	<b>SAMTYKKE I TVISTELOVEN § 22-5 TREDJE LEDD .....</b>	<b>39</b>
4.2.1	GENERELT OM SAMTYKKE .....	39
4.2.2	HVEM KAN SAMTYKKE DERSOM DEN VERNEDE DØR? .....	41
4.2.2.1	Innledning .....	41
4.2.2.2	Lovbestemte unntak for leger jf. helsepersonelloven § 24 .....	41
4.2.2.3	Ulovfestede unntak for prester og advokater .....	44
4.2.3	NEGOTIORUM GESTIO .....	45
4.2.4	BEGRENSET SAMTYKKE .....	47
4.2.5	ADGANGEN TIL TILBAKEKALL .....	47
4.2.6	FORMKRAV .....	49

<b><u>5</u></b>	<b><u>OPPSUMMERING .....</u></b>	<b><u>51</u></b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE .....</u></b>	<b><u>52</u></b>



## 1 Innhold

### 1.1 Hovedproblemstilling

Oppgaven redegjør for gjeldende rett etter tvisteloven § 22-5 første ledd jf. tredje ledd. Bestemmelsen regulerer et bevisforbud for særskilte yrkesutøvere basert på deres taushetsplikt.

Gjennom oppgaven vil jeg sette fokus på tre av de opplistede yrkesgruppene – leger, advokater og prester. Dette er fordi disse gruppene representerer ulike sider av taushetsplikten, som til en viss grad er begrunnet i ulike hensyn. De øvrige yrkesutøverne i bestemmelsens første ledd vil bli relatert til de ulike yrkesgruppene med utgangspunkt i hvilke hensyn som gjør seg gjeldende.

### 1.2 Begreper

Jeg benytter en del uttrykk i oppgaven som man ikke finner i lovteksten. For det første benytter jeg «yrkesutøveren» som en fellesbetegnelse på alle som er opplistet i tvisteloven § 22-5 første ledd. Det redegjøres for hvem dette er under punkt 3.2.1 – 3.2.5.

Begrepet «den vernede» benyttes gjennomgående i oppgaven. Dette viser til den som omfattes av bestemmelsens tredje ledd og som har krav på hemmelighold etter tvisteloven § 22-5. Den vernede omtales under punkt 3.4.

Jeg omtaler også «betroelsen» i flere sammenhenger. Dette begrepet viser til taushetspliktens innhold som omtales under punkt 3.5.

### 1.3 Det rettslige grunnlaget – metode

Sivilprosessen har gjennomgått en revidering frem til tvisteloven trådte i kraft 1. januar 2008 og erstattet tvistemålsloven. Grunnet den korte perioden tvisteloven har vært

gjeldende rett, foreligger det lite rettspraksis og ingen juridisk teori, med unntak av lovkommentarene.<sup>1</sup>

Forarbeidene at tvisteloven § 22-5 første ledd presiserer at den «svarer til nåværende tvistemålslov § 205 første ledd og straffeprosessloven § 119. Utvalget har ikke funnet grunn til å endre denne bestemmelsen».<sup>2</sup>

Rettspraksis etter tvisteloven § 22-5 legger også ukritisk til grunn at rettstilstanden fra tvistemålsloven § 205 er videreført uten endringer.<sup>3</sup> Formålet med tvistemålsloven § 205 er at «folk skal kunne søke profesjonell behandling, hjelp eller råd fra de yrkesutøverne som omfattes av bestemmelsen, uten at de skal risikere at de opplysninger de i den forbindelse gir, skal bli gitt videre».<sup>4</sup> Schei m.fl. presiserer at dette også gjelder i henhold til den nye bestemmelsen i tvisteloven § 22-5.<sup>5</sup>

Den rettskildemessige situasjonen før og etter tvisteloven vil være slik at juridisk teori og rettspraksis fra før tvisteloven kan benyttes for å klarlegge innholdet i tvisteloven § 22-5 første ledd. Forholdet til straffeprosessens søsterbestemmelse omhandles under punkt 2.2.3.

#### 1.4 Fremstillingen videre

Oppgaven tar hovedsakelig for seg bevisforbudet i relasjon til muntlige forklaringer etter første ledd. Jeg tar opp bevisforbudet for dokumenter som er underlagt taushetsplikt parallelt.

Nedenfor, under punkt 2, tar jeg for meg forholdet til annen lovgivning og generelle hensyn i prosessen. Under punkt 3 vurderes de enkelte vilkårene for kallmessig taushetsplikt, samt grensen mot andre bestemmelser i forbindelse med de ulike vilkårene. Forholdet til bevisfritaket i andre ledd behandles i punkt 3.7. Unntaket i

---

<sup>1</sup> Schei 2007, Reusch 2007

<sup>2</sup> NOU 2001B s. 959 og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 458, Ot.prp.nr.74 (2005-2006) s.60

<sup>3</sup> Rt-2009-1204, Rt-2009-1557

<sup>4</sup> Rt-1999-1066 på side 1069

<sup>5</sup> Schei 2007 s. 1085

tredje ledd hvor det foreligger samtykke fra den vernede fremstilles til slutt under punkt 4.

Hvem som er vernet er omtalt under punkt 3.4. Den vernede kan være både fysiske og juridiske personer. På grunn av oppgavens omfang, begrenser jeg meg til hovedsakelig å omtale fysiske personer.

Særlig i forhold til punkt 4.2.2 gjør det seg gjeldende særskilte problemstillinger for juridiske personer som jeg ikke går nærmere inn på, som ikke gjør seg gjeldende for fysiske personer. Dette er fordi opphør av selskap kan skje på mange ulike måter, for eksempel ved konkurs, frivillig opphør eller fusjon.

Det presiseres at tvisteloven § 22-10 kommer til anvendelse som et alternativt grunnlag for bevisfritak for juridiske personer.

## 2 Generelt

### 2.1 Formål og begrunnelse for vitne- og forklaringsplikten

Tvistelovens formål følger av tvisteloven § 1-1. Prosessreglene er domstolenes kjøreregler for å oppnå et materielt riktig resultat. Det er en forutsetning for domstolens virke at allmennheten har tillit til systemet. I dette ligger det et krav om en uavhengig og upartisk domstol, samt et krav om faglig kvalitet som ligger i retten til en forsvarlig rettergang, jf. også EMK artikkel 6 nr. 1, jf. tvisteloven § 1-2.

Både i sivil- og straffeprosessen står hensynet til et materielt riktig resultat sentralt. Dette gir seg blant annet utslag i at enhver har vitne- og forklaringsplikt, med mindre noe annet følger av lov, jf. tvisteloven § 21-5. På denne måten har lovgiver gitt uttrykk for at hensynet til sakens opplysning skal tillegges betydelig vekt i prosessen generelt.

Endelig står konsentrasjonsprinsippet og hensynet til forsvarlig saksbehandling som to sterke mothensyn ved revisjonen av sivilprosessen.<sup>6</sup> Konsentrasjonsprinsippet omfatter prosessøkonomiske hensyn for partene og for samfunnet. Prinsippet går ut på at rettergangen kan gjennomføres innen rimelig tid, noe som stiller krav både til partene og dommerne.

### 2.2 Formål og begrunnelse for kallsmessig taushetsplikt

#### 2.2.1 Lovgivers hensikt

Vitneplikten i tvisteloven § 21-5 er begrenset av bevisforbudene og bevisfritakene i tvistelovens kapittel 22. Årsaken til at lovgiver setter taushetsplikten foran hensynet til sakens opplysning, er at reglene om taushetsplikt er forankret i vern av fortrolighetsforholdet mellom yrkesutøveren og den vernede. Også personvernensyn gjør seg gjeldende i denne sammenheng. Når man søker råd, hjelp eller behandling, er

---

<sup>6</sup> Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 34

det en grunnleggende og viktig rettssikkerhetsgaranti at man skal være sikker på at de opplysningene man gir, ikke blir gitt videre.

### 2.2.2 Forholdet til straffeloven § 144

Straffeloven § 144 slår fast at «Prester ... advokater ... leger ... samt disses betjenter eller hjelpere, som rettsstridig åpenbarer hemmeligheter, som er dem eller deres foresatte betrodd i stillings medfør, straffes med bøter eller med fengsel inntil 6 måneder».

For prester og advokater finnes ingen annen lovhjemmel for taushetsplikten. For leger og annet helsepersonell følger taushetsplikten også av helsepersonelloven § 21 jf. § 3. Straffeansvaret for brudd på taushetsplikten følger av straffeloven § 144.

Straffeloven § 144 svarer innholdsmessig til tvisteloven § 22-5 og straffeprosessloven § 119,<sup>7</sup> med unntak av innholdet i stillingsbegrepet for «underordnede og medhjelpere», se punkt 3.2.5.

Det er imidlertid svært få tilfeller av brudd på bestemmelsen etter det foreliggende rettskildematerialet å dømme.<sup>8</sup> Dette kan tyde på at de yrkesgruppene som er underlagt taushetsplikten, i stor utstrekning påberoper seg denne for å verne om forholdet. Årsaken til at det foreligger få brudd på bestemmelsen kan også skyldes at forholdene ikke blir oppdaget, eller at de ikke blir anmeldt.

### 2.2.3 Forholdet til straffeprosessloven § 119

Med gjennomføringen av tvisteloven § 22-5 foretok lovgiver tilsvarende endringer i straffeprosessloven § 119.<sup>9</sup> Dette illustrerer at bestemmelsene om bevisforbud langt på vei er fellesprosessuelle.<sup>10</sup> Reglene i straffeprosessloven § 119 vil derfor normalt harmonere med reglene i tvisteloven.

---

<sup>7</sup> Svalheim 1996 s. 53, 67

<sup>8</sup> Svalheim 1996 s. 10

<sup>9</sup> Ot.prp.nr.74 (2005-2006) s. 60

<sup>10</sup> Schei 2007 s. 1047

Hensynet til et materielt riktig resultat kommer til uttrykk gjennom *beviskravet*. I sivile saker er beviskravet sannsynlighetsovervekt. I strafferetten er det imidlertid oppstilt et langt strengere beviskrav enn i sivile saker. For å hindre justismord, har rettsordenen for strafferettens del, i større utstrekning akseptert at det kan forekomme uriktige frifinnelser.

Konsekvensen av dette er at taushetsplikten i større utstrekning kan settes til side, jf. blant annet straffeprosessloven § 119 tredje ledd. Det presiseres at det er *beviskravet* i bestemmelsene som er ulike. Følgelig vil rettspraksis i henhold til straffeprosessloven § 119 normalt kunne benyttes direkte i forhold til vurderingen etter tvisteloven § 22-5. Nedenfor vil det ikke skilles mellom rettspraksis i straffesaker og i sivile saker, med mindre det foreligger særskilte hensyn som tilsier at Høyesteretts uttalelser ikke kan benyttes på et fellesprosessuelt grunnlag.

#### 2.2.4 Forholdet til EMK artikkel 8 nr. 1

EMK gjelder som norsk lov, og har forrang ved motstrid med andre bestemmelser, jf. menneskerettighetsloven § 3 jf. § 2. Parten har rett til å legge frem bevis for å sikre hensynet til sakens opplysning, jf. EMK artikkel 6. Dette tilsvarer den alminnelige vitne- og forklaringsplikten etter tvisteloven § 21-5.

EMK artikkel 8 nr. 1 verner den enkeltes rett til privatliv. I praksis fra straffesaker for den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD), legges det til grunn at fortrolighetsforholdet som oppstår når den vernede oppsøker en advokat er en del av den private sfære. Forholdet faller derfor inn under anvendelsesområdet til EMK artikkel 8 nr. 1.<sup>11</sup>

Høyesteretts mindretall uttaler i Rt-2008-158 avsnitt 142 at

«den plikt som vi etter EMK artikkel 8 har til å beskytte fortroligheten mellom advokat og klient, er først og fremst ivaretatt ved straffebestemmelsen i

---

<sup>11</sup> Se EMDs dom 27. september 2005 Petri Sallinen m.fl. mot Finland

straffeloven § 144 og bevisforbudsreglene i straffeprosessloven § 119 ... og tvisteloven § 22-5».

Selv om praksis fra EMK hovedsakelig relaterer seg til straffesaker, synes her Høyesterett å legge til grunn at dette EMK artikkel 8 gjelder for fortrolighetsforholdet mellom advokat og klient både i straffesaker og i sivile saker.

Dette må også gjelde for leger og prester, da tilsvarende fortrolighetsforhold oppstår når den vernede oppsøker disse, se punkt 2.2.1.

I praksis vil forholdet mellom EMK artikkel 6 og 8 ikke kunne forenes, da de taler for to ulike løsninger. Etter EMK artikkel 6 skal yrkesutøveren forklare seg, mens etter EMK artikkel 8 skal han fritas fra forklaringsplikten. Dette er den samme spenningen som gjør seg gjeldende mellom tvisteloven § 21-5 og § 22-5. seg. I forhold til EMK må det gjøres en konkret vurdering av de ulike hensyn som gjør seg gjeldende. Denne avveiningen går jeg imidlertid ikke nærmere inn på i denne oppgaven.

## 2.3 Forholdet mellom bevisforbud og bevisfritak

### 2.3.1 Bevisforbud

Gjennom bevisforbudene har lovgiver gitt uttrykk for at noen hensyn må tillegges særlig vekt, slik at de går foran hensynet til sakens opplysning. Den alminnelige vitne- og forklaringsplikten i tvisteloven § 21-5 settes dermed til side.

Dersom vilkårene for et bevisforbud foreligger, skal retten nekte å motta vitneprov selv om vitnet er villig til å forklare seg. Av hensyn til lovgivers vilje er det viktig at domstolen søker å hindre omgåelse av disse reglene. Konsekvensen av å ta imot forklaring i strid med tvisteloven § 22-5 omtales i punkt 2.3.3.

Bevisforbudene i tvisteloven § 22-2, § 22-4 andre ledd og § 22-6 tredje og fjerde ledd er *absolutte* i og med at loven ikke åpner for unntak.

Tvisteloven oppstiller også *betingede bevisforbud* i § 22-1, § 22-3, § 22-4 første ledd og § 22-5 første ledd. Disse bevisforbudene oppheves dersom den vernede samtykker til at

yrkesutøveren kan forklare seg, og retten skal pålegge vitnet å forklare seg i tråd med den alminnelige forklaringsplikten i tvisteloven § 21-5.

For noen bevisforbud har lovgiver gitt retten kompetanse til å bestemme hvorvidt beviset skal føres. Dette omtales som *relative bevisforbud* og følger av både § 22-6 første ledd og § 22-7 samt indirekte av § 22-3 tredje ledd.

### 2.3.2 Bevisfritak

Bevisfritakene i tvisteloven §§ 22-5 andre ledd og §§ 22-8 til 22-11 er gitt av hensyn til vitnet selv.<sup>12</sup> Fritakene kommer ikke til anvendelse med mindre vitnet påberoper seg bestemmelsen jf. at vitnet «kan» nekte.

Med unntak av bevisfritaket i tvisteloven § 22-8 som er et *absolutt* bevisfritak, er de øvrige bevisfritakene *relative*. Det betyr at selv om vitnet påberoper seg fritaket, er retten gitt anledning til å sette dette til side dersom det anses nødvendig av hensyn til sakens opplysning.<sup>13</sup> Årsaken til dette er at vitnet langt på vei kan avhjelpes med taushetsplikt og lukkede dører, jf. tvisteloven § 22-12.

Bevisfritakene i tvisteloven hjemler ingen total adgang til å nekte å forklare seg, slik som etter bl.a. straffeprosessloven § 122. Vitnet kan kun nekte å svare på bestemte spørsmål eller å fortelle om bestemte temaer.

### 2.3.3 Prosessuelle konsekvenser

Det følger av tvisteloven § 29-21 første ledd at saksbehandlingsfeilen tillegges virkning dersom det er «nærliggende at feilen kan ha hatt betydning for ... avgjørelse[n]». Det følger av § 29-23 tredje ledd at dersom feilen har hatt betydning for avgjørelsen etter § 29-21, skal avgjørelsen oppheves ved anke.

Ordlyden i tvisteloven § 22-5 slår fast at retten «kan ikke ta imot bevis» fra de opplistede yrkesutøverne. Dersom disse forklarer seg uten samtykke i tredje ledd, vil dette normalt ha «hatt betydning for ... avgjørelsen». Konsekvensen av brudd på

---

<sup>12</sup> Schei 2007 s. 1048

<sup>13</sup> Schei 2007 s. 1048

tvisteloven § 22-5 vil etter dette være opphevelse i tråd med § 29-23 tredje ledd jf. § 29-21 første ledd.

#### 2.4 Generelt om forholdet mellom forklaringer og dokumentbevis

Det følger av tvistelovens system at vitneforklaringer og dokumentbevis følger ulike regelsett. Tvisteloven § 26-5 gir uttrykk for en generell plikt til å legge frem gjenstander som bevis, og er et supplement til den alminnelige vitne- og forklaringsplikten etter § 21-5.

Det følger av rettspraksis at Høyesterett reservasjonsløst legger til grunn at § 22-5 gjelder tilsvarende for dokumentbevis.<sup>14</sup> Dette betyr at dersom dokumentet inneholder opplysninger som yrkesutøveren ville vært forhindret fra å forklare seg om etter tvisteloven § 22-5, kan ikke dokumentet fremlegges som bevis etter tvisteloven § 26-5.

Oppgaven vil derfor behandle begjæring om fremleggelse av dokumentbevis og forklaringsplikten for yrkesutøvere parallelt. For de tilfellene hvor denne sontringen er av betydning vil dette behandles særskilt, se punkt 3.2.6, 3.2.7 og 4.2.5.

---

<sup>14</sup> Bl.a. Rt-2009-1204 avsnitt 10, Rt-2009-1557 avsnitt 17

### 3 Kallsmessig taushetsplikt – tvisteloven § 22-5 første ledd

#### 3.1 Innledning

Nedenfor under punkt 3.2 ser jeg på *hvilke yrkesutøvere*, og eventuelt andre, som har bevisforbud. Under punkt 3.3 følger en redegjørelse for når opplysningene er gitt yrkesutøveren «i [sin] stilling», som er en forutsetning for at betroelsen er underlagt taushetsplikt. Deretter setter jeg fokus på *hvem som er vernet* i punkt 3.4. Under punkt 3.5 oppstiller jeg taushetspliktens innhold som et spørsmål om *hva som er vernet*. Til slutt belyser jeg forholdet mellom første og andre ledd under punkt 3.6.

Det presiseres at det i praksis normalt ikke foretas en skarp inndeling av de ulike vilkårene. De vil i stor grad flyte over i hverandre, og de samme argumentene kan benyttes i forhold til flere vurderinger. Dette er derfor ment som en redegjørelse av mulige problemer som kan oppstå i forbindelse med en drøftelse av tvisteloven § 22-5 første ledd.

#### 3.2 Hvem omfattes av bevisforbudet i tvisteloven § 22-5?

##### 3.2.1 Generelt

Tvisteloven § 22-5 slår fast at «Retten kan ikke ta imot bevis fra prester i statskirken, prester eller forstandere i registrerte trossamfunn, advokater, forsvarere i straffesaker, meklere i ekteskapssaker, leger, psykologer, apotekere, jordmødre eller sykepleiere om noe som er betrodd dem i deres stilling». Bevisforbudet i § 22-5 er uttømmende og kan ikke anvendes analogisk for andre yrkesutøvere.<sup>15</sup>

De yrkesutøverne som er opplistet svarer til personkretsen i straffeloven § 144, straffeprosessloven § 119 og den tidligere tvistemålsloven § 205. De ulike yrkesgruppene behandles nedenfor under punkt 3.2.2 – 3.2.4. Under punkt 3.2.5 behandler jeg forholdet til yrkesutøvernes underordnede og medhjelpere. Under punkt

---

<sup>15</sup> Se bl.a. Rt-1999-1066

3.2.6 ser jeg på hvorvidt tredjemann kan pålegges taushetsplikt dersom han ved en feil har fått kjennskap til betrodde opplysninger. I forlengelsen av dette ser jeg på den vernedes taushetsrett under punkt 3.2.7. Til slutt sier jeg noe om forholdet til den lovbestemte taushetsplikten under punkt 3.2.8.

### 3.2.2 Prester og forstandere i registrerte trossamfunn

Det følger av tvisteloven § 22-5 at «prester i statskirken» og «prester eller forstandere i registrerte trossamfunn» ikke skal vitne. Dette er personer som er ansatt etter kirkeloven § 31 eller som er tilsatt etter Lov om trdomssamfunn § 14.

Prester eller forstandere i uregistrerte trossamfunn vil etter lovteksten falle utenfor. Eksempler på slike trossamfunn er Svenska Margaretaförsamlingen og Islandska menigheten i Norge.

Selv om disse trossamfunnene har langt færre medlemmer enn Den norske kirke, vil medlemmene som henvender seg til presten for å betro seg ha samme behov for vern. Det opprettes et tilsvarende tillitsforhold når de henvender seg til presten som det som er begrunnelsen for vernet i tvisteloven § 22-5.

Disse utenlandske prestene faller også utenfor andre punktum som omfatter «underordnede eller medhjelpere» til de oppregnede yrkesutøverne. Følgelig vil manglende vern avgjøres etter *hvilken* kirke de jobber for, ikke på bakgrunn av behovet for vern.

Imidlertid kan disse prestene påberope seg bevisfritaket i andre ledd, jf. «betrodd under sjelesorg ... eller lignende virksomhet». I praksis vil de derfor likevel vernes basert på behovet i det konkrete tilfellet. Dette er hensiktsmessig i og med at det i praksis er svært få saker hvor problemstillingen kommer opp. Dette på tross av at formålet bak bestemmelsen gjør seg gjeldene tilsvarende for prester og forstandere i uregistrerte trossamfunn, som for de registrerte trossamfunn i tvistelovens § 22-5 første ledd.

I det videre tar jeg kun for meg forholdet til prester, da de samme hensyn gjør seg gjeldende for prester og forstandere i registrerte trossamfunn.

### 3.2.3 Advokater, forsvarere i straffesaker og meklere i ekteskapsaker

Ordlyden i tvisteloven § 22-5 slår fast retten ikke kan ta imot bevis fra blant annet «advokater». Domstolloven § 220 presiserer at man må ha advokatbevilling for å være advokat. Rt-2000-2167 slår fast at også utenlandske advokater – forutsatt at de har advokatbevilling – er vernet. også når opplysningene ikke omfattes av hans lovbestemte taushetsplikt

Også advokatforskriften pålegger advokater taushetsplikt. Forskriften presiserer at i tillegg til at forskriften gjelder lovbestemt taushetsplikt, har advokaten også taushetsplikt om opplysninger som *ikke* omfattes av hans lovbestemte taushetsplikt. Dette vil imidlertid ikke påvirke tolkningen av tvisteloven § 22-5.

Videre verner bestemmelsen «forsvarere i straffesaker» og «meklere i ekteskapsaker». Det følger av straffeprosessloven § 95 andre ledd at en «skikket person» kan være forsvarer i en straffesak dersom retten gir tillatelse til dette, selv om han ikke har advokatbevilling etter domstolloven § 220. I forhold til «meklere i ekteskapsaker» følger det av ekteskapsloven § 26 at «departementet fastsetter i forskrift nærmere regler om hvem som kan foreta mekling etter første punktum».

I det følgende omtaler jeg «advokater» som representanter for denne gruppen da de samme hensyn i stor utstrekning vil gjøre seg gjeldende i forhold til forsvarere som ikke er advokater og meklere i ekteskapsaker. Advokatfullmektigers taushetsplikt behandles under 3.2.5.

### 3.2.4 Helsepersonell

Endelig omfattes «leger, psykologer, apotekere, jordmødre eller sykepleiere» av tvisteloven § 22-5 første ledd første punktum. Disse yrkesgruppene har lovhjemlet taushetsplikt i helsepersonelloven § 21, jf. § 3, som også gjelder for annet helsepersonell.

For at yrkesutøveren har taushetsplikt etter helsepersonelloven § 21, må vedkommende ha lisens eller autorisasjon etter helsepersonelloven §§ 48 og 49. Også studenter og elever som utfører helsetjenester i forbindelse med helsefaglig opplæring, er underlagt taushetsplikt jf. § 3 tredje ledd jf. første ledd nr. 3. Forutsatt at de innehar midlertidig

lisens eller autorisasjon som lege, psykolog, jordmor, apoteker og sykepleier, vil også studentene omfattes av tvistelovens § 22-5 første ledd første punktum.

Mange av yrkesutøverne som har taushetsplikt etter helsepersonelloven § 21, omfattes ikke av bevisforbudet i tvisteloven § 22-5. Flere av disse vil i liten grad være i kontakt med pasienten på en slik måte at det naturlig oppstår et slikt tillitsforhold som tvisteloven § 22-5 er ment å verne, se punkt 2.2.1. Eksempler på dette er radiografer, bioingeniører og tannteknikere.

Videre vil flere av yrkesutøverne omfattes av andre punktum som «underordnede eller medhjelpere» til de opplistede yrkesutøverne. Helsesekretærer, kliniske ernæringsfysiologer og perfusjonister vil på denne måten være underlagt bevisforbudet i tvisteloven § 22-5.

Imidlertid vil flere av de opplistede yrkesutøverne i helsepersonelloven § 48 selv bygge opp et tillitsforhold til pasienten som ikke er vernet av tvisteloven § 22-5 første ledd. Tannleger, optikere, fysioterapeuter og vernepleiere blir ofte oppsøkt av pasienten selv, slik at de over tid etablerer et tillitsforhold med pasienten.

Behovet for vern innenfor disse yrkesgruppene varierer vesentlig mer enn hva det gjør for de yrkesgruppene lovgiver har opplistet i tvisteloven § 22-5 første ledd. I noen tilfeller vil ikke yrkesutøveren opprette annet tillitsforhold enn det som følger av at han gjennomfører jobben sin, eksempelvis at tannlegen trekker en tann eller at vernepleieren tørker støv hjemme hos en gammel dame.

I andre tilfeller kan vernepleieren få informasjon om intime detaljer om den gamle damen de dagene hun er der for å pleie henne. Da vil behovet for vern være større.

Denne variasjonen i behov, sett i sammenheng med at yrket ikke nødvendigvis oppfordrer til betroelser av mer personlig art, kan være årsaken til at lovgiver heller har oppstilt et bevisfritak i andre ledd som omfatter disse tilfellene. Dette synes hensiktsmessig av hensynet til sakens opplysning, samt effektivitets- og prosessøkonomiske hensyn.

I det følgende viser jeg til leger som representerer helsepersonell som er opplistet i tvisteloven § 22-5 første ledd, første punktum.

### 3.2.5 Underordnede og medhjelpere

Tvisteloven § 22-5 første ledd andre punktum slår fast at taushetsplikten også gjelder for «underordnede og medhjelpere som i stillings medfør er kommet til kunnskap om det som er betrodd de nevnte personer».

Nedenfor ser jeg på hvem som anses som «underordnede og medhjelpere» og hva disse ikke kan forklare seg om.

Ordlyden «underordnede og medhjelpere» tilsier at det må foreligge et arbeidsrelatert forhold til yrkesutøveren. I det følgende vil medarbeideren bli benyttet som en fellesbetegnelse på alle «underordnede og medhjelpere». For å avgjøre hvem som er en medarbeider i henhold til tvisteloven § 22-5, må vilkåret sees i sammenheng med at medarbeideren «i stillings medfør» er «kommet til kunnskap om det som er referert til de nevnte personer».

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det avgjørende er hva som er betrodd «de nevnte personer», altså yrkesutøverne selv. Dette viser at det er tilknytningsforholdet til yrkesutøveren som er årsaken til at medarbeideren sitter på den taushetsbelagte informasjonen. Det alminnelige utgangspunktet er derfor at informasjon medarbeideren får fra – eller på vegne av – yrkesutøveren er det han har bevisforbud om etter tvisteloven § 22-5 første ledd andre punktum.

Konsekvensen av dette, er at dersom den vernede betror seg til medarbeideren, er ikke opplysningene vernet med mindre opplysningene formidles videre til yrkesutøveren. Dette er uheldig for bestemmelsens formål og effektivitet, hvor flere tilfældigheter vil spille inn i avgjørelsen av om informasjonen er vernet.

I Rt-2006-1071 var det tale om en innleid privatetterforsker som på vegne av en advokat, skulle innhente informasjon i forbindelse med gjenopptakelse av en straffesak for en av advokatens klienter. Spørsmålet i saken var om opplysninger som var

innhentet av privatetterforskeren var beskyttet, uten at de var betrodd yrkesutøveren.

Høyesterett uttalte at:

«opplysninger medhjelperen får kunnskap om i egenskap av medhjelper, og som er ment å være tilgjengelig for prinsipalen som ledd i dennes oppdrag for klienten, i realiteten ses som en betroelse gitt direkte til prinsipalen» (min utheving).

Høyesterett støttet seg til gjeldende oppfatning i juridisk teori til tvistemålsloven § 205 og straffeprosessloven § 119. Saken kan derfor legges til grunn i sivile saker, så vel som i straffesaker.

Tvisteloven § 22-5 første ledd andre punktum omfatter derfor også den informasjonen som medarbeideren har innhentet etter oppdrag fra yrkesutøveren, selv om den ikke er formidlet videre til yrkesutøveren. Motsatt vil alle opplysninger som vedkommende betror medhjelperen og som medhjelperen *ikke* er ment til å formidle videre til stillingsinnehaveren, falle utenfor vernet.<sup>16</sup>

En medarbeider kan i ulike sammenhenger komme ut for at den vernede betror seg direkte til dem. Et typisk tilfelle er når en pasient betror seg til legens sekretær mens han venter på å komme inn til legen. Spørsmålet som behandles nedenfor er hvorvidt opplysninger medarbeideren får på grunn av sin medhjelperfunksjon, uten at det er et ledd i et oppdrag fra yrkesutøveren, er vernet etter tvisteloven § 22-5 første ledd andre punktum.

Den klare ordlyden verner i utgangspunktet kun opplysninger som er gitt yrkesutøveren og som medhjelperen av ulike årsaker har fått rede på gjennom sin stilling. Dette tilsier at det som kommer til uttrykk i Rt-2006-1071 ikke gis betydning ut over det som fremkommer direkte av kjennelsen. Dette taler mot at opplysninger medarbeideren får, uten at det er ledd i et oppdrag fra yrkesutøveren, er vernet av bestemmelsen.

---

<sup>16</sup> NOU 2001B s. 959, Schei 1998 s. 691, Skoghøy 2001 s. 573

Schei m.fl. uttaler at rettstilstanden er endret med Rt-2006-1071, men er taus om hvor langt dommen rekker.<sup>17</sup> Øvrig juridisk teori gir ingen veiledning i forhold til spørsmålet.

Imidlertid kan måten medhjelperen har fått den betroede informasjonen på være tilfeldig. Dette illustreres i straffeloven § 144. Her har lovgiver straffesanksjonert brudd på taushetsplikten for all informasjon medarbeideren har fått *på bakgrunn av sin medhjelperfunksjon*. Hensynet til konsekvens og sammenheng i lovgivningen tilsier derfor at dette må være avgjørende for bevisforbudet. I samme retning trekker effektivitetshensynet og hensynet til enkle regler.

Videre vil den vernede normalt se på kontoret som en enhet. For vedkommende har det liten betydning på hvilken måte medarbeideren har fått informasjonen. Dette taler for at opplysninger medarbeideren får, uten at det er ledd i et oppdrag fra yrkesutøveren, er vernet av bestemmelsen.

Likevel bygger bestemmelsen på et formål om å verne tillitsforholdet mellom yrkesutøveren og den vernede. Medhjelperens taushetsplikt er en forlengelse av dette tillitsforholdet – og i mange tilfeller en forutsetning for yrkesutøverens virke. Et vern for opplysninger medarbeideren får, uten at de er ledd i oppdrag fra yrkesutøveren, faller derfor utenfor formålet bestemmelsen. Dette tilsier at hensynet til sakens opplysning og den alminnelige forklaringsplikten tillegges avgjørende vekt, slik at disse opplysningene medarbeideren får, ikke er vernet av bestemmelsen.

Etter dette er det klart at Høyesterett uttrykker en utvidelse av gjeldende rett i Rt-2006-1071. Bevisforbudet omfatter all informasjon medarbeideren har innhentet *som ledd i et oppdrag fra yrkesutøveren*. Selv om det hadde vært hensiktsmessig med en regel som vernet all informasjon medarbeideren hadde på bakgrunn av sin medhjelperfunksjon, er det imidlertid ikke grunnlag for å konkludere med at vernet strekker seg så langt.

### **Særlig om forholdet til advokatfullmektiger**

---

<sup>17</sup> Schei 2007 s. 1081

Spørsmålet som behandles nedenfor er hvordan advokatfullmektigers taushetsplikt reguleres etter tvisteloven § 22-5.

Advokatfullmektiger har ikke bevilling etter domstolloven § 220 og er derfor ingen «advokat[er]». Utgangspunktet er derfor at advokatfullmektiger må anses for «underordnet og medhjelper» til den ansvarlige advokaten.

Schei m.fl. tar imidlertid til orde for å tolke loven slik at en autorisert fullmektig omfattes av første punktum.<sup>18</sup> En advokatfullmektig gjør i de fleste tilfeller en identisk jobb som en advokat. Imidlertid er en advokatfullmektig avhengig av en advokat som formelt sett står ansvarlig for hans arbeid. I praksis vil dette kun være en formell forskjell mellom en advokat og en advokatfullmektig, slik at opplysningene advokatfullmektigen får, aldri blir gjort kjent for advokaten.

Andre medarbeidere, slik som sekretærer og renholdsarbeidere, gjør mindre selvstendig arbeid. Det er derfor naturlig at disse avleder den taushetsbelagte informasjonen av yrkesutøveren. Denne forskjellen til andre medarbeidere, tilsier at det er naturlig å behandle advokatfullmektiger under første punktum.

Bestemmelsens ordlyd er klar om at det er «advokater» som er underlagt bevisforbud etter første punktum. Så lenge en advokatfullmektig ikke har bevilling etter domstolloven § 220, fyller han ikke vilkårene etter bestemmelsens første ledd første punktum, og det er etter min mening ikke hensiktsmessig å tolke loven utvidende.

Det er det en forutsetning å inneha en advokatfullmektigstilling at man har en advokat som er ansvarlig for det arbeidet man utfører. Det er advokaten som formelt sett er ansvarlig for det arbeidet fullmektigen gjør. I lys av saken fra Rt-2006-1071, vil all informasjon advokatfullmektigen får i forbindelse med saken være ment å være tilgjengelig for den ansvarlige advokaten.

---

<sup>18</sup> Schei 2007 s. 1077

Som Svalheim,<sup>19</sup> ser jeg det slik at advokatfullmektiger faller inn under andre punktum som «underordnet» advokaten.

Etter dette er advokatfullmektigen «underordne[t]» advokaten, og all informasjon han får i forbindelse med saken omfattes av taushetsplikten.

### 3.2.6 Betrodde opplysninger som ved en feil havner hos tredjemann

Det er i dag lett å tenke seg tilfeller hvor de betrodde opplysningene av ulike årsaker havner hos tredjemann. Et eksempel er at tredjemann ved en feil får tilsendt en faks, et brev, en e-post eller en sms som egentlig var tiltenkt noen andre. Han kan også overheøre selve betroelsen, eller han kan på urettmessig vis tilegne seg opplysningene.

Det klare utgangspunktet er at tredjemann skal forklare seg for retten, jf. tvisteloven § 21-5 og fremlegge skriftlige bevis etter tvisteloven § 26-5. Spørsmålet som behandles i det følgende, er om tredjemann likevel kan pålegges taushetsplikt dersom han *ved en feil* får kunnskap om opplysninger som er betrodd en yrkesutøver.

#### 3.2.6.1 Dokumentbevis

I Rt-2000-1139 hadde en advokat ved en feil videresendt en telefaks fra sin klient til motparten. Telefaksen inneholdt opplysninger i saken som advokaten hadde taushetsplikt om, og klienten hadde ikke samtykket til opphevelse av bevisforbudet. Motparten var imidlertid ikke å klandre for at han hadde fått kopi av billaget. Spørsmålet i saken var om dokumentet kunne fremlegges for retten uten å komme i konflikt med tvistemålsloven § 205.

Ankeutvalget kom fram til at mottakeren hadde et klart handlingsalternativ, ved å returnere eller videresende telefaksen. Følgelig kunne retten verken tillate beviset ført eller motta forklaring om dokumentets innhold uten samtykke fra den vernede. Dette vil omfatte alle feilsendte dokumentbevis, slik som brev, e-post, sms etc.

---

<sup>19</sup> Svalheim 1996 s. 42

### 3.2.6.2 Muntlige opplysninger

Det neste spørsmålet er om det samme gjelder dersom opplysningene blir formidlet *muntlig* og tredjemann har fått opplysninger som er han uvedkommende.

Her er enten yrkesutøveren eller den vernede årsaken til at opplysningene blir formidlet videre. For de tilfellene hvor det er den vernede selv som er årsak til at tredjemann har fått opplysningene, er det nærliggende at tredjemann pålegges forklaringsplikt i tråd med tvisteloven § 21-5.

I Rt-2000-1139 lå feilen hos yrkesutøveren. I denne saken la Høyesterett avgjørende vekt på at tredjemann hadde et naturlig handlingsalternativ, som det måtte kunne forventes at han benyttet seg av.

Situasjonen stiller seg ikke annerledes for muntlige opplysninger. Det er etter min mening hensiktsmessig å oppstille samme regel av hensyn til den vernedes rettssikkerhet og hensynet til å hindre omgåelse av reglene. Så lenge tredjemann har et handlingsalternativ som kan forhindre at han kommer i besittelse av taushetsbelagt informasjon, er det naturlig at han pålegges taushetsplikt dersom han er i besittelse av denne informasjonen *fordi* han ikke benyttet handlingsalternativet.

Imidlertid kommer problemstillingen på spissen for de tilfellene hvor tredjemann ikke har handlingsalternativer. Yrkesutøveren vil i disse tilfellene ha opptrådt culpøst, grovt uaktsomt eller forsettlig med tanke på den taushetsbelagte informasjonen som han besitter. Spørsmålet er hvorvidt den vernede skal bære risikoen for dette, eller om hensynet til sakens opplysning må settes til side også i disse tilfellene.

Personvern hensyn og hensynet til å verne tillitsforholdet mellom den vernede og yrkesutøveren taler med tung vekt i retning av å pålegge tredjemann taushetsplikt også for disse tilfellene. Etter min mening er det naturlig å pålegge taushetsplikt så lenge formålet bak bestemmelsen gjør seg gjeldende. Dette vil også være i tråd med alminnelige rimelighetsbetraktninger. Det presiseres imidlertid at dette er uklart, da det ikke foreligger rettskilder som tar for seg problemstillingen.

### 3.2.7 Taushetsrett for den vernede

Det følger av ordlyden i tvisteloven § 22-5 at taushetsplikten gjelder for de opplistede yrkesutøvere. Taushetsplikten gjelder imidlertid ikke den vernede selv. Det følger imidlertid av forarbeidene at det anerkjennes en *taushetsrett* for den vernede. Lovgiver uttrykker i forarbeidene at de tilfellene den vernede anerkjennes taushetsrett, reguleres av rettspraksis.<sup>20</sup>

En taushetsrett for den vernede vil innebære at han kan påberope seg yrkesutøverens plikt til å nekte å forklare seg etter tvistelovens § 22-5, for å nekte å forklare seg selv i retten eller legge frem dokumenter han har i sin besittelse. Denne retten kan også benyttes for å nekte tredjepersoner å forklare seg i retten eller fremlegge dokumenter. Det som vurderes nedenfor, er hvilke tilfeller Høyesterett til nå har anerkjent taushetsrett for den vernede.

I Rt-1998-1297 hadde saksøkeren gått til sak mot sitt forsikringsselskap i forbindelse med erstatning for personskade. Saksøker hadde vedlagt en spesialisterklæring som bevis i saken. Ved utarbeidelsen av denne spesialisterklæringen, hadde saksøkeren samtykket til at spesialisten kunne innhente kopi av original journal fra alle leger som hadde behandlet ham de siste 10 år. Her gir ankeutvalget uttrykk for at så lenge man har en plikt til å forklare seg, foreligger det ingen taushetsrett for den vernede:

«når det foreligger en slik plikt for saksøkeren til å gi fullstendige opplysninger om det som er grunnlaget for det krav som er reist, er det vanskelig å se at det kan være plass for en rett, basert på taushetsplikten for hans leger, til ikke å fremlegge det han har, eller har lett tilgang til, av legejournaler og lignende dokumentbevis av betydning for saken».

Det Høyesterett her uttaler, følges opp i Rt-1999-506. Dette opphever imidlertid ankeutvalget uttrykkelig i Rt-1999-1066 ved å presisere at:

---

<sup>20</sup> NOU 2001B s. 959

«formålet med bestemmelsene om forbud mot vitneprov ... må sette sitt preg på tolkningen av unntaket fra edisjonsplikten ... Siden reglene om forbud mot vitneprov er gitt for å sikre at nærmere bestemte opplysninger ikke kommer ut, må dokumenter som inneholder opplysninger som det er forbudt å motta vitneprov om, nektes fremlagt uten hensyn til hvem som besitter dokumentet».

(min utheving)

Høyesterett har i Rt-2004-1668 slått fast at en forklaringsplikt for den vernede *ikke* medfører en plikt til å fremlegge dokumenter som yrkesutøveren skal nekte å forklare seg om. I denne saken var det tale om tvist om tilbakebetaling av forsikringsutbetaling av helsemessige årsaker. Spørsmålet var om den vernede kunne pålegges å legge frem legeerklæringer m.v. angående sine medisinske kvalifikasjoner som flyger.

Her slår Høyesterett fast at selv om det foreligger en forklaringsplikt for den vernede, har forklaringsplikten reservasjon for bl.a. bevisforbud. Følgelig har den vernede taushetsretten i behold, så lenge denne er begrunnet i behovet for å beskytte fortroligheten mellom den vernede og yrkesutøveren. Dette vil alltid være tilfellet etter tvisteloven § 22-5 første ledd. Førstvoterende, som representant for flertallet, presiserer at dette gjelder også i de tilfellene hvor opplysningene er av sentral betydning i saken.

Mindretallet dissenterer imidlertid i forhold til dette spørsmålet og oppstiller et vilkår om at den vernede må ha en beskyttelsesverdige interesse for at han har en taushetsrett. De lege lata kan dette imidlertid ikke legges til grunn, og flertallets oppfatning må antas å gi uttrykk for gjeldende rett.

Etter dette foreligger det en generell taushetsrett som den vernede kan påberope seg, for dokumenter med et innhold som yrkesutøveren har taushetsplikt om.

For å sikre en effektiv håndhevelse av regelen, må den vernede også kunne påberope seg taushetsretten dersom den som besitter dokumentet, blir innkalt for å forklare seg om dokumentets innhold.

### 3.2.8 Grensen mot § 22-3 om lovbestemt taushetsplikt

Det følger av tvisteloven § 22-3 at det ikke kan føres bevis «når dette vil krenke lovbestemt taushetsplikt for den som har opplysningene som følge av tjeneste eller arbeid for stat eller kommune, familievernkontor, postoperatør, tilbyder eller installatør av elektronisk kommunikasjonsnett eller -tjeneste, teknisk kontrollorgan eller statens lufthavnselskap». Bestemmelsen forutsetter at det foreligger taushetsplikt som er gitt med hjemmel i eller i medhold av forvaltningsloven §§ 13 flg., eller i spesiallovgivningen,<sup>21</sup> for eksempel etter sentralbankloven § 12.

Utgangspunktet i det offentlige er åpenhet og ikke taushet, jf. offentlighetsloven § 1. Formålet med den forvaltningsmessige taushetsplikt er å verne private så vel som offentlige interesser, jf. blant annet forvaltningsloven § 13. Forvaltningslovens bestemmelser om taushetsplikt er ikke begrenset til betroelser, noe som fører til at vernet i tvisteloven § 22-3 omfatter all informasjon en tjenestemann har fått som følge av tjeneste eller arbeid for stat eller kommune.

Høyesterett har trukket den forvaltningsmessige taushetsplikten svært langt. I Rt-1989-1363 var det tale om en sosialarbeider som var på en privat fest. Høyesterett uttalte at det var tilstrekkelig at sosialarbeideren skjønnte at vedkommende henvendte seg til henne i egenskap av å være sosialarbeider. Den informasjonen sosialarbeideren mottok, var vernet av taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13.

Den vernede etter forvaltningsloven §§ 13 flg., og derfor etter tvisteloven § 22-3, er *den opplysningene gjelder*. I forhold til tvisteloven § 22-5 hvor det man søker å verne et fortrolighetsforhold, er det den som betror opplysningene som er den vernede. Her finnes det imidlertid unntak, se punkt 3.4.

Det følger av forvaltningsloven § 13a nr.1 at taushetsplikten faller bort dersom den opplysningene gjelder – den vernede etter tvisteloven § 22-3 – samtykker. Dersom den vernede ikke samtykker, har lovgiver gitt departementet anledning til å samtykke i at taushetsplikten faller bort, jf. tvisteloven § 22-3 andre ledd.

---

<sup>21</sup> Reusch m.fl. note 1112, Skoghøy 2001 s. 579

Endelig har lovgiver gitt retten anledning til å overprøve departementets vurdering etter tvisteloven § 22-3 tredje ledd på eget tiltak eller etter begjæring fra partene.

Rettspraksis har lagt til grunn en begrensning i prøvingsadgangen i forhold til fremlegging av dokumenter og andre realbevis for bestemmelsen i tvistemålsloven § 204 nr. 2.<sup>22</sup> I Rt-2001-4 kommer det generelt til uttrykk at retten ikke kan «treffe avgjørelse om fremleggelse uten at spørsmålet om samtykke først har vært prøvd av departementet eller det organ dette har bemyndiget».

Det følger av forarbeidene at tvisteloven § 22-3 svarer til tvistemålsloven § 204 nr.2, med unntak av endringen i forhold til departementets redegjørelse nå skal meddeles partene.<sup>23</sup> Denne endringen har ikke betydning for rettens adgang til å overprøve departementets samtykke, eventuelt manglende samtykke, etter tvisteloven § 22-3 tredje ledd. Følgelig er begrensningen i rettspraksis før tvisteloven fremdeles gjeldende rett.

I noen tilfeller kan yrkesutøverens taushetsplikt omfattes av den kallsmessige taushetsplikten i tvisteloven § 22-5 og den forvaltningsmessige taushetsplikten i tvisteloven § 22-3. Konsekvensen er at det foreligger et dobbelt vern. Forarbeidene presiserer at i et slikt tilfelle må vilkårene for fritak for begge bestemmelsene foreligge før at forklaring kan gis.<sup>24</sup>

Dersom yrkesutøveren skal løses fra sin taushetsplikt etter § 22-5 første ledd, krever dette samtykke fra den vernede, jf. tredje ledd, se punkt 4.2. For de tilfellene den vernede samtykker i at yrkesutøveren fritas fra sin taushetsplikt, vil han samtidig oppheve den lovbestemte taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 jf. § 13a nr.1. Det vil dermed ikke lenger foreligge lovbestemt taushetsplikt etter § 22-3. Følgelig er det både nødvendig og tilstrekkelig at den vernede samtykker i disse tilfellene.

---

<sup>22</sup> Bl.a. Rt-2001-4 og Rt-2006-129

<sup>23</sup> NOU 2001B s. 957

<sup>24</sup> NOU 2001B s. 959

### 3.3 Yrkesutøverne – «i deres stilling»

#### 3.3.1 Generelt

Lovteksten oppstiller en begrensning av hvorvidt informasjonen er gitt yrkesutøverne «i deres stilling». En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det skal trekkes en grense mot det som er betrodd yrkesutøveren som privatperson. De opplysningene yrkesutøveren mottar som privatperson er derfor underlagt den alminnelige forklaringsplikten etter tvisteloven § 21-5.

Imidlertid går Høyesterett langt i å verne opplysninger som er gitt til en yrkesutøver i private sammenhenger. I Rt-1989-1363 var det tale om en sosialarbeider som ble betrodd opplysninger på en privat fest:

«disse opplysninger [må] likevel anses gitt tiltalte i hennes egenskap av sosialarbeider ... E følte trang til å snakke om noe privat med tiltalte, som hun visste var sosialarbeider. Tiltalte må etter mitt syn ha oppfattet Es henvendelse som en appell til henne qua sosialarbeider, idet hun straks gav uttrykk for at det var bedre at E oppsøkte henne neste dag på kontoret. Det ... *fyller etter mitt syn kravene til straffbar krenkelse av taushetsplikt* i forhold til personlige opplysninger meddelt "i forbindelse med tjenesten eller arbeidet"» (min utheving).

Høyesterett uttaler seg generelt, og hensynet til sammenhengen i systemet tilsier at dommen har prinsipiell betydning. Dette kommer også til uttrykk i juridisk teori.<sup>25</sup> Det avgjørende er etter dette hvorvidt opplysningene er gitt *med formål om* å motta yrkesmessig bistand av yrkesutøveren.

Motsatt vil heller ikke alle opplysninger en yrkesutøver mottar i arbeidstiden omfattes av bestemmelsen, med mindre formålet med henvendelsen er å motta yrkesmessig bistand. I Rt-1992-894 var det tale om en innlagt som hadde betrodd en psykolog opplysninger om at det foregikk overgrep mot en annen pasient ved institusjonen.

---

<sup>25</sup> Rasmussen 1997 s. 187, Svalheim 1996 s. 56

Høyesterett uttalte at så lenge «[f]ormålet var ... å drøfte hva man skulle gjøre med disse opplysningene ... ikke å yte vedkommende personlig psykologisk bistand». Her ble psykologen pålagt å forklare seg om det pasienten hadde fortalt ham på kontoret, i arbeidstiden.

Taushetsplikten som yrkesutøveren har fått gjennom sin profesjon, vil bestå selv om han slutter i yrket eller pensjonerer seg. Det samme gjelder for forklaringsplikten for private betroelser. Dette gjelder selv om vedkommende på et senere tidspunkt oppsøker yrkesutøveren med formål om å få yrkesmessig bistand.

Årsaken er at fortrolighetsforholdet vil fortsette å eksistere, eventuelt ikke-eksistere, selv om de ytre omstendighetene endrer seg. Dette støttes i juridisk teori.<sup>26</sup> For den lovbestemte taushetsplikten etter tvisteloven § 22-3, er dette uttrykkelig regulert i forvaltningsloven § 13 tredje ledd.

### 3.3.2 Prester

Prester er vernet etter tvisteloven § 22-5 i egenskap av å være bl.a. sjelesørger. For prester vil alle opplysninger som han får i forbindelse med sjelesorg, være betrodd «i [hans] stilling».<sup>27</sup> De opplysningene presten får i andre sammenhenger vil derfor måtte vurderes konkret ut fra hvorvidt opplysningene er gitt *med formål om* å motta yrkesmessig bistand av yrkesutøveren, jf. punkt 3.3.1.

De mest sentrale oppgavene en prest utøver i sitt yrke følger av tjenesteordningens § 2. Denne kan benyttes som veiledning i forhold til hvorvidt han har mottatt opplysningene «i [sin] stilling».

### 3.3.3 Advokater

Rettspraksis har knyttet vurderingen av hva som er meddelt advokaten «i [hans] stilling», til hvorvidt opplysningene er mottatt i forbindelse med «den egentlige advokatvirksomhet». I Rt-1999-911 var spørsmålet om advokaten hadde *plikt* til å nekte å opplyse om eksistensen av et klientforhold. Her uttalte Høyesterett at etter

---

<sup>26</sup> Rasmussen 1997 s. 196, Svalheim 1996 s. 146.

<sup>27</sup> Schei 2007 s. 1079

straffeprosessloven § 119 er «ikke enhver kontakt mellom klient og advokat er beskyttet av bevisforbudet. Det gjelder bare *innenfor den egentlige advokatvirksomhet*» (min utheving). I denne saken var det dissens om taushetspliktens innhold, men både flertallet og mindretallet uttrykket at bevisforbudsregelen var begrenset til «den egentlige advokatvirksomhet».

Høyesterett fulgte opp synspunktet i Rt-2008-645 angående beslag av dokumenter som var i advokatens besittelse etter straffeprosessloven § 119. Saken gjaldt pengeoverføringer til og fra klienter gjennom konti som advokaten hadde rådighet over. Advokaten var her selv mistenkt for å ha samarbeidet med klientene om ulike straffbare forhold. Det avgjørende var om «det i forbindelse med eiendomsmegling eller formuesrådgivning oppstår rettsspørsmål som oppdragsgiveren har behov for rådgivning om ... [i og med at] bistand til pengeoverføringer « i utgangspunktet » faller utenfor § 119». Høyesterett presiserte at vurderingen måtte gjøres i forhold til hvert enkelt dokument.

Det samme må gjelde for tvisteloven § 22-5, da Høyesterett gir uttrykk for at dette gjelder generelt. Svalheim legger det samme til grunn – både i straffesaker og i sivile saker.<sup>28</sup>

Domstolloven uttrykker i § 231 første ledd andre punktum at «[m]ed advokatvirksomhet menes virksomhet som en advokatbevilling gir innehaveren rett til å drive». Det følger imidlertid av lovteksten og forarbeidene at bestemmelsen kun regulerer hvordan «advokatvirksomhet» skal organiseres.<sup>29</sup> Bestemmelsen gir derfor ingen veiledning hva gjelder den egentlige advokatvirksomhet etter tvisteloven § 22-5.

Høyesterett presiserer i begge sakene nevnt ovenfor, at «den egentlige advokatvirksomhet» er «juridisk bistand og rådgivning». I begge sakene slår Høyesterett fast at de opplysninger som en advokat får i forbindelse med for eksempel

---

<sup>28</sup> Svalheim 1996 s.67

<sup>29</sup> Ot.prp.nr.7 (1990-1991) s. 77-78

eiendomsformidling, formuesrådgivning eller å være bobestyrer, vil falle utenfor den egentlige advokatvirksomhet. Det må derfor legges til grunn som gjeldende rett.<sup>30</sup>

Opplysninger som en advokat har blitt betrodd som privatperson, kan i noen tilfeller representere omfattes av taushetsplikten på et senere tidspunkt. Dette vil være tilfellet dersom den vernede senere oppsøker advokaten for yrkesmessig bistand, og den tidligere informasjonen inngår som en del av saken. Dette representerer et unntak fra det som er sagt under punkt 3.3.1.

Jeg knytter nå noen kommentarer til advokater som er ansatt hos sin klient.

Advokaters tjenester kan i dag leies inn fra et eksternt advokatfirma, men mange større firma har også egne advokater. Det er derfor ikke gitt advokatens arbeid faller inn under «den egentlige advokatvirksomhet» når han er ansatt hos sin klient.

En klient som har ansatt en advokat har en lavere terskel for hva han betror advokaten. Forholdet mellom advokaten og klienten blir mer et kollegium, fremfor at det oppstår et fortrolighetsforhold som tvisteloven § 22-5 er ment å verne.

Det fremgår imidlertid av bl.a. Rt-2000- 2167 at tvistemålsloven § 205 også omfatter advokater som er ansatt i et selskap. Høyesterett presiserer i rt-2000-2167 at tvistemålsloven § 205 omfatter advokater som er ansatt i et selskap:

«[det] avgjørende i forhold til bestemmelsen må være om advokaten utfører et arbeid for sin oppdragsgiver eller for det selskapet vedkommende er ansatt i, som er av en slik karakter at det må anses som advokatvirksomhet» (min utheving).

En annen løsning ville være samfunnsøkonomisk og konkurransemessig uheldig, da man ville gitt de eksterne advokatfirmaene en fordel i markedet. Løsningen støtter

---

<sup>30</sup> Rt-1918-859, Schei 2007 s. 1079

ordlyden, som ikke viser til et skille basert på ansettelsesforhold. Den er også hensiktsmessig av effektivitets- og prosessøkonomiske hensyn.

### 3.3.4 Leger

Leger har taushetsplikt jf. bl.a. helsepersonelloven § 21, slik at de ikke kan avgi forklaring som følge av bevisforbudet i tvisteloven § 22-5. Etter helsepersonelloven § 21 skal helsepersonell «hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om folks legems- eller sykdomsforhold eller andre personlige forhold *som de får vite om i egenskap av å være helsepersonell*» (min utheving). Følgelig vil det legen «får vite om i egenskap av å være helsepersonell» være betrodd ham «i [hans] stilling».

I den konkrete vurderingen av hvorvidt informasjonen er gitt legen «i egenskap av å være helsepersonell» må den vernedes formål med å henvende seg til legen stå helt sentralt.

I forbindelse med både straffesaker og sivile saker vil partene ofte begjære fremlagt legejournaler. Imidlertid vil begrensningen «i [legens] stilling» ikke være særlig praktisk for disse dokumentene. En lege vil sjelden skrive ned andre ting i en pasientjournal enn det han har observert i forbindelse med en konsultasjon.

Dersom dette likevel skulle være tilfelle, gjelder de samme begrensningene i forhold til at yrkesutøveren må ha fått informasjonen «i egenskap av å være helsepersonell» på samme måte i forhold til dokumentbevis. Hensynet til å verne tillitsforholdet mellom legen og pasienten gjør seg nemlig gjeldene på samme måte i forhold til dokumenter, jf. tvisteloven § 26-5 jf. § 22-5, se punkt 2.4.

## 3.4 Hvem er vernet

### 3.4.1 Generelt

Tvisteloven § 22-5 tredje ledd slår fast at bestemmelsen verner «den som har krav på hemmelighold». Ordlyden gir ikke nærmere anvisning på hvem dette er.

Formålet med bestemmelsen er å verne fortrolighetsforholdet mellom den som betror seg og yrkesutøveren. Dette taler for at det er den som betror seg som er vernet etter tvisteloven § 22-5. Dette utgangspunktet vurderer jeg nå i forhold til de ulike

yrkesutøverne. I enkelte tilfeller verner bestemmelsen også den opplysningene gjelder, se nedenfor under punkt 3.4.4.

Konsekvensen av at man er vernet etter bestemmelsen er at man får en rett til å pålegge yrkesutøveren en plikt til å forklare seg dersom man samtykker til dette,<sup>31</sup> se nærmere om samtykke under punkt 4.

### 3.4.2 Betroelser til prester

Begrunnelsen for bevisforbudet for prester er behovet for og ønsket om å beskytte fortroligheten mellom presten og den som betror seg.<sup>32</sup> Selv om opplysningene angår andre mennesker, vil den som betror seg til presten, gjøre dette for sin egen del. Dette kan være gjennom samtaler med presten i sorggrupper, i bønn og lignende.

Lovgiver har ikke oppstilt noe alternativ til hvem som vernes, veken i lov eller forarbeider, slik som for leger, se punkt 3.4.4. Det er derfor ikke grunn til å verne andre enn den som betror seg til presten.<sup>33</sup>

### 3.4.3 Betroelser til advokater

Den som oppsøker en advokat for bistand i juridiske spørsmål, blir normalt omtalt som klient. I det følgende legges det til grunn at dersom man anses som advokatens klient, så har man «krav på hemmelighold» etter tvisteloven § 22-5. Spørsmålet blir derfor hvor mye som skal til før man har etablert en status som klient.

I og med at ordlyden ikke gir noen anvisning på når man har etablert et klientforhold, må det legges vesentlig vekt på formålet med bestemmelsen. Formålet er å verne tillitsforholdet mellom den som oppsøker advokaten og advokaten. Verken lovgiver eller rettspraksis har tatt stilling til spørsmålet. Det må derfor legges til grunn at det må foretas en konkret vurdering ut fra hvorvidt det er opprettet et tillitsforhold, for å avgjøre om vedkommende anses som advokatens klient.

---

<sup>31</sup> Kjønstad 1992 s. 243

<sup>32</sup> Schei 2007 s. 1088, Bjerke/Keiserud 2001 s. 484

<sup>33</sup> Schei 2007 s. 1088, Bjerke/Keiserud 2001 s. 484

Dersom noen kontakter en advokat i arbeidstiden med det formål å få juridisk bistand, er det helt klart opprettet et tillitsforhold.

Et slikt tillitsforhold må også kunne opprettes utenfor advokatens kontor og utenfor normal arbeidstid. Så lenge advokaten forstår at han blir oppsøkt på grunn av sin faglige kompetanse, er det grunn for å slå fast at det er opprettet et tillitsforhold sml. parallellen i Rt-1989-1363. Her legger Høyesterett til grunn at det var opprettet et tillitsforhold mellom en sosialarbeider og en av hennes bekjente på en privat fest slik at informasjonen sosialarbeideren mottok var underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13. Høyesterett oppstiller her en svært lav terskel for når det er opprettet et tillitsforhold som gir grunnlag for taushetsplikt etter forvaltningsloven. Om terskelen settes like lavt i forhold til advokaters klientforhold, må vurderes konkret.

Svalheim uttrykker at det avgjørende er hvorvidt vedkommende har en berettiget forventning om å bli betraktet som klient.<sup>34</sup> Dette taler for at det må foretas en konkret vurdering av hvorvidt det foreligger et reelt tillitsforhold som gir grunnlag for vern.

Dersom en advokat har flere klienter i samme sak, må det avgjøres konkret for hver enkelt klient hvorvidt det er oppstått et reelt tillitsforhold mellom vedkommende og advokaten.

Når det er slått fast hvem som er klienter i saken, vil advokaten normalt få et tillitsforhold til klientene som en gruppe. Klientene vil normalt betro seg til advokaten uten å tenke på hvem informasjonen angår. Den enkelte klient vil i slike tilfeller miste kontrollen over hvilken informasjon advokaten har. Det oppstår i slike tilfeller et behov for vern mot at andre kan samtykke til opphør av advokatens taushetsplikt.

I slike tilfeller er det derfor naturlig at ikke bare den som har opprettet tillitsforholdet ved å betro seg til advokaten som er vernet, men også den opplysningene angår.<sup>35</sup> Dette

---

<sup>34</sup> Svalheim 1996 s. 55

<sup>35</sup> Svalheim 1996 s. 152

vil være i tråd med formålet om å verne tillitsforholdet mellom advokaten og klientene som en gruppe.

#### 3.4.4 Betroelser til leger

Helsepersonelloven § 22 jf. § 21 uttrykker at «den opplysningene direkte gjelder» er vernet av taushetsplikten. Høyesterett legger til grunn at det er den opplysningene gjelder som må samtykke for å oppheve taushetsplikten etter tvisteloven § 22-5 tredje ledd og som følgelig er vernet etter bestemmelsen.<sup>36</sup> «[D]en som har krav på hemmelighet» for betroelser som er gitt til en lege, er etter tvisteloven § 22-5 er den opplysningene angår.<sup>37</sup>

Ordlyden i helsepersonelloven utelukker imidlertid ikke at også andre kan være vernet etter bestemmelsen. Opplysningene kan være betrodd legen under forutsetning av fortrolighet, uten at de gjelder den som betror seg.

Formålet bak tvisteloven § 22-5 er å verne tillitsforholdet mellom yrkesutøveren og den som betror seg. Det må derfor legges til grunn at også den som betror en lege opplysninger om noen andre enn seg selv er vernet. Dette er det støtte for i rettspraksis og teori.<sup>38</sup>

Etter dette er den vernede i forhold til betroelser til leger i utgangspunktet den opplysningene angår. Imidlertid er *også personen som har oppgitt opplysningene* vernet dersom opplysningene er gitt under forutsetning av fortrolighet.

### 3.5 Taushetspliktens innhold – objektet for taushetsplikten

#### 3.5.1 Hvilke opplysninger omfattes, jf. "det som er betrodd"

##### 3.5.1.1 Objektet

Lovteksten slår fast at de opplysninger bevisforbudet gjelder, er «det som er betrodd» yrkesutøveren. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at alle opplysninger den

---

<sup>36</sup> Rt-2009-1204 avsnitt 12

<sup>37</sup> Schei 2007 s. 1087

<sup>38</sup> Rt-1984-591, Rasmussen 1997 s. 207, Schei 2007 s. 1087

vernede har meddelt yrkesutøveren i fortrolighet omfattes. Den viser til opplysninger som ikke er kjent for allmennheten og som kan betraktes som hemmeligheter mellom den vernede og yrkesutøveren.

I Rt-2006-1071 uttrykker Høyesterett at ordlyden skal tolkes vidt. Den informasjonen yrkesutøveren får gjennom den vernedes handlinger, for eksempel ved at en pasient lar seg undersøke eller en klient overlater dokumenter hos advokaten til gjennomlesing, anses som noe «som er betrodd» yrkesutøveren. Saken gjaldt direkte bevisforbud etter straffeprosessloven § 119. Høyesterett benyttet bl.a. kilder vedrørende tvistemålsloven § 205 i vurderingen av straffeprosessloven § 119. Dette tilsier at det samme gjelder for tvisteloven § 22-5 i sivile saker, se punkt 1.3.

Spørsmålet som behandles i det følgende, er om det forhold at den vernede er klient eller pasient hos yrkesutøveren i seg selv utløser bevisforbudet.

Høyesterett tar i Rt-1998-1891 og Rt-1999-911 til orde for at taushetsplikten i det konkrete tilfellet vil kunne omfatte det at den vernede er pasient eller klient hos yrkesutøveren. Ankeutvalget åpner for dette i Rt-1999-911 for de tilfellene hvor «opplysning om klientforholdets eksistens innebærer eller er egnet til å vise at opplysninger som i seg selv vil være taushetsbelagt, kan bli røpet». Høyesterett gir her uttrykk for at forholdet i seg selv *kan* utløse bevisforbudet på nærmere bestemte vilkår.

Flertallet i Rt-1999-911 støtter seg til dette og uttaler at det avgjørende er «om selve klientforholdet vil kunne lede til at opplysninger som klienten har betrodd sin advokat derved kan bli kjent ... [det] er ikke naturlig å anse klientforholdet som sådant å være ”betrodd” advokaten».

På den annen side legger Høyesterett i Rt-2000-788 enstemmig, ubetinget til grunn at hvorvidt den vernede var pasient hos en psykolog, var et forhold som i seg selv var «betrodd» psykologen. Her var det tale om timebestillingsbøker hos en psykolog som ble begjært fremlagt som bevis fra likningsmyndighetene. Saken gjaldt kontroll av dokumenter som hadde betydning for kontrollen av skatteyterens ligning. Her uttalte Høyesterett at «opplysning om at man er pasient hos en psykolog vil regelmessig kunne gi grunnlag for å anta at man har en form for psykisk lidelse» som berører «forhold som

gjennomgående betraktes som så personlig sensitive at de må anses undergitt psykologens taushetsplikt». Høyesterett henviste ikke til de tidligere dommene fra 1998 og 1999 i sin begrunnelse.

Spørsmålet er om Høyesterett i Rt-2000-788 avviker fra det som er lagt til grunn i dommene fra 1998 og 1999, slik at det forhold at den vernede er klient eller pasient hos yrkesutøveren, utløser bevisforbudet i tvisteloven § 22-5.

Før 1998 var det sikker rett at opplysningen om hvorvidt den vernede var pasient eller klient hos en av yrkesutøvere var omfattet av taushetsplikten, jf. Rt-1955-191.

Skoghøy mener at kjennelsene i Rt-1998-1891 og Rt-1999-911 gir uttrykk for en uriktig rettstilstand.<sup>39</sup> I dette legger han at en slik forutsetning vil være uhåndterlig i praksis, og at den heller ikke er forenelig med Rt-1955-191 og Rt-2000-788. Han konkluderer med at taushetsplikten generelt omfatter det forhold at «yrkesutøveren har hatt en bestemt person som pasient eller klient».

I samme retning trekker førstvoterendes uttalelse i Rt-2006-1071 om at Skoghøys oppfatning gir uttrykk for gjeldende rett.<sup>40</sup> Den konkrete saken gjaldt imidlertid om advokatens innhenting av opplysninger fra tredjemann omfattes av taushetsplikten. Det var ikke spørsmål om klientforholdet *i seg selv* omfattes av taushetsplikten, selv om førstvoterende siterer fra Skoghøy der han skriver om dette. Betydningen av uttalelsen om Skoghøys oppfatning i Rt-2006-1071 vil derfor svekkes.

Det er klart at både effektivitets- og prosessøkonomiske hensyn tilsier at klient/pasientforholdet ubetinget omfattes av taushetsplikten. Dette er også i tråd med formålet bak bestemmelsen, se punkt 2.2.1.

Det er etter min mening naturlig å legge til grunn Skoghøys oppfatning om at Rt-2000-788 setter til side kjennelsene fra 1998 og 1999. Følgelig faller det inn under

---

<sup>39</sup> Skoghøy 2001 s. 573

<sup>40</sup> Se avsnitt 21-22

bevisforbudet i tvisteloven § 22-5 hvorvidt en person er pasient eller klient hos yrkesutøveren, i hvert fall så langt dette ivaretar formålet med bestemmelsen. Dette gjelder klart for yrkesgruppene i kjennelsene – spørsmålet blir nå om dette gjelder tilsvarende for prester og leger.

For prester vil forholdet til den vernedes egen tro gjøre seg gjeldende, noe som for mange er svært sensitivt. I forbindelse med sjelesorg vil det tillitsforholdet som oppstår mellom den vernede og presten være av helt sentral betydning som en forutsetning for at den vernede skal betro seg. Dersom forholdet bærer preg av å være en betroelse, taler det for at bevisforbudet også gjelder informasjon om vedkommende har vært i kontakt med presten.<sup>41</sup> Dette må tillegges avgjørende vekt til fordel for at bevisforbudet utløses i forhold til informasjon om *hvorvidt* vedkommende har vært i kontakt med presten.

For leger kan det derimot variere om opplysningen om at den vernede har vært hos legen i seg selv representerer en betroelse. Likevel tilsier hensynet til harmoni og konsekvens, samt effektivitets- og prosessøkonomiske hensyn at det samme må gjelde for leger som for de øvrige yrkesutøverne i tvisteloven § 22-5. Dette taler med avgjørende vekt for at samme regel gjelder for leger.

Etter dette faller det inn under bevisforbudet i tvisteloven § 22-5 hvorvidt en person er pasient eller klient hos yrkesutøveren, i hvert fall så langt dette ivaretar formålet med bestemmelsen.

### 3.5.1.2 Vurderinger og råd som yrkesutøveren foretar

En naturlig forståelse av ordlyden «betrodd *yrkesutøveren*» (min utheving) tilsier at det kun er opplysninger den vernede gir til yrkesutøveren som omfattes av bestemmelsen.

Det følger imidlertid av rettspraksis og juridisk teori at det er *kommunikasjonen* mellom den vernede og yrkesutøveren som er vernet.<sup>42</sup> Dermed vil også de vurderinger og råd som yrkesutøveren gir den vernede være omfattet avtaushetsplikten. Normalt vil disse rådene basere seg på den informasjonen den vernede gir yrkesutøveren. Det vil derfor

---

<sup>41</sup> Bjerke/Keiserud 1996 s. 373

<sup>42</sup> Rt-2004-1668 avsnitt 40, Schei 2007 s. 1078, Skoghøy 2001 s. 573, Svalheim 1996 s. 122

være vanskelig for yrkesutøveren å forklare seg om de råd han har gitt uten å avsløre noe av det den vernede har fortalt.

For leger vil alle vurderinger som gjøres i forhold til pasienten basere seg på undersøkelser av pasienten sammenholdt med informasjon fra pasienten. Det samme vil normalt gjelde for den utgreiningen en advokat foretar da denne normalt baseres på en problemstilling fra klienten.

Prester vil i mindre grad foreta vurderinger på samme måte som leger og advokater. De vil gi råd om hvordan vedkommende som oppsøker presten skal takle ulike former for sjelesorg. I den grad disse rådene kan generaliseres, slik som for eksempel hvordan man formidler informasjon om nære slektnings død, er det ingen grunn til at de skal være underlagt bevisforbudet, jf. hensynet bak bestemmelsen.

På den annen side kan prestens veiledning basere seg på en situasjon som den vernede forklarer seg om. I den utstrekning prestens bistand er tilpasset den vernedes behov i det konkrete tilfellet, må også rådene som prestene gir være underlagt bevisforbudet.

### 3.5.1.3 Når er opplysningen betrodd?

En naturlig forståelse av ordlyden er at opplysningen er «betrodd» når den vernede har fortalt opplysningen til yrkesutøveren.<sup>43</sup> Svalheim presiserer at opplysningen må mottas av yrkesutøveren, uten at dette stiller er krav til at yrkesutøveren må forstå innholdet av opplysningen.<sup>44</sup> Tidspunktet for når innholdet av et dokument er betrodd yrkesutøveren, er imidlertid ikke like klart. Nedenfor behandles spørsmålet om på hvilket tidspunkt dokumenter er «betrodd» yrkesutøveren. Dette er særlig aktuelt for de tilfellene hvor dokumentet ikke overleveres personlig og derfor ikke kommer frem umiddelbart.

Ordlyden «betrodd» tilsier at opplysningen må være kommet til mottakerens kunnskap.

---

<sup>43</sup> Schei 2007 s. 1078, Skoghøy 2001 s. 572

<sup>44</sup> Svalheim 1996 s. 119

Svalheim oppstiller heller ikke for skriftlige dokumenter et krav om at yrkesutøveren faktisk har lest dokumentene, men at det er tilstrekkelig at yrkesutøverens kontor har mottatt dokumentene.<sup>45</sup>

Bevis- og prosessøkonomiske hensyn tilsier at Svalheims synspunkt er hensiktsmessig. Den vernede må bære risikoen for at dokumentet kommer frem, men denne risikoen vil ikke medføre noen ulempe for den vernede. Den vernede kan samtykke eller forklare seg dersom han ønsker at opplysningene kommer frem i retten. Dersom den vernede ikke ønsker at opplysningene kommer frem i retten, vil en eventuell forsinkelse medføre at risikoen slår ut i hans favør. Svalheims standpunkt har derfor de beste grunner for seg.

#### 3.5.1.4 Opplysninger fra tredjemann

Det fremgår av rettspraksis<sup>46</sup> at det ikke er grunnlag for en begrensning i vernet selv om opplysningen er innhentet fra tredjemann. Høyesterett uttrykker dette slik at «[d]et som er betrodd, blir dermed det advokaten i egenskap av sitt yrke og som ledd i et klientforhold innhenter eller får tilgang til *på vegne av klienten*» (min utheving).<sup>47</sup>

### 3.6 Forholdet til andre ledd når tilfellet ikke omfattes av første ledd

#### 3.6.1 Innledning

I det følgende kommenteres forholdet mellom første og andre ledd. Først redegjøres det for hensyn og begrunnelse for bestemmelsen under punkt 3.6.2. Deretter gjøres det kort rede for innholdet i andre ledd under punkt 3.6.3. Til slutt kommenteres forholdet til den lovbestemte taushetsplikten i tvisteloven § 22-3 under punkt 3.6.4.

#### 3.6.2 Hensyn og begrunnelse

Det følger av ordlyden i tvisteloven § 22-5 andre ledd at «[r]etten kan fritta en part eller et vitne fra å gi tilgang til bevis om noe som er betrodd under sjelesorg, sosialt hjelpearbeid, medisinsk behandling, rettshjelp etter domstolloven § 218 andre ledd eller lignende virksomhet, selv om forholdet ikke omfattes av første ledd». Her gjør

---

<sup>45</sup> Svalheim 1996 s. 119

<sup>46</sup> Rt-2006-1071 avsnitt 19

<sup>47</sup> Rt-2006-1071 avsnitt 22

diskresjonshensynet gjeldende et behov for fritak ut over det som følger av første ledd. Dette følger også av juridisk teori.<sup>48</sup>

Bestemmelsen uttrykker en relativ fritaksrett, slik at det er retten som vurderer om vitnet skal føres eller ikke, jf. «[r]etten *kan* fritas» (min utheving) og vitnet må selv påberope seg retten, jf. punkt 2.3.2. Det følger av rettspraksis at «det vil bero på en avveining av relevante hensyn om det skal gjøres unntak for vitneplikten» etter bestemmelsen i tvistemålsloven § 206 a.<sup>49</sup> Det følger av forarbeidene at bestemmelsen er ment å videreføre gjeldende rett etter tvistemålsloven § 206 a, med en tilføyelse av «medisinsk behandling».<sup>50</sup> Hensikten er at visse tilfeller som faller utenfor første ledd, men som likevel har et tilsvarende behov for vern, kan fritas fra vitneplikten.

### 3.6.3 Regelens innhold

Forarbeidene uttrykker at retten vanligvis vil fritas for vitneplikt dersom «betroelsen etter sin art i det vesentlige tilsvarende de typer betroelser som omfattes av § 205».<sup>51</sup> Det er imidlertid ikke et krav om at vedkommende yrkesutøver etter andre ledd er underlagt lovbestemt taushetsplikt.<sup>52</sup> De fleste som utøver annen «medisinsk behandling», er imidlertid normalt underlagt taushetsplikt etter helsepersonelloven § 21 eller forvaltningsloven § 13.

Høyesterett gir i Rt-1996-1737 et eksempel på hvem som kan omfattes av andre ledd. I denne saken var det tale om en person som var tilknyttet et støttesenter mot incest. Andre personer som kan omfattes av «medisinsk behandling», er fysioterapeuter og kiropraktorer, sosialarbeider, frivillige i hjelpeorganisasjoner og lignende.<sup>53</sup>

Ordlyden «eller lignende virksomhet» er svært vid, og det er ikke presisert i forarbeidene eller rettspraksis hva vilkåret omfatter. Det synes som at domstolen har fått

---

<sup>48</sup> Schei 2007 s. 1089

<sup>49</sup> Rt-1996-1737

<sup>50</sup> NOU 2001B s. 960 og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 458

<sup>51</sup> NOU 2001B s. 960

<sup>52</sup> Schei 2007 s. 1090

<sup>53</sup> Schei 2007 s. 1090

frie tøyler til generelt å vurdere et taushetspålegg med hjemmel i lov.<sup>54</sup> Vilkåret fanger opp en vid personkrets som ikke omfattes av første ledd, slik at vitnet fritas for vitneplikt etter tvistseloven § 21-5 dersom retten etter en konkret vurdering mener at vitnet bør fritas.

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at vilkåret er begrenset av den type virksomhet som er opplistet for øvrig i andre ledd, altså helsepersonell og andre tillitspersoner.

Eksempler på en gruppe som kan tenkes å omfattes av bestemmelsen, er rettshjelpstiltak som drives av jusstudenter, slik som Juss-Buss og Jussformidlingen. Studentene faller utenfor domstolloven § 218 og er derfor ikke vernet etter første ledd. I og med at dette er en gratis rettshjelpstjeneste, blir disse ofte oppsøkt av de som ikke har anledning til å betale en advokat for å få hjelp til å vurdere sin rettslige stilling. Likhetsprinsippet og fortrolighetshensyn tilsier i slike tilfeller at studenten bør fritas for vitneplikt etter andre ledd.

#### 3.6.4 Forholdet til tvisteloven § 22-3

De yrkesutøverne som er vernet etter andre ledd, vil også i mange tilfeller være ansatt i det offentlige. Dersom den som har mottatt betroelsen har opplysningene som følge av «tjeneste eller arbeid for stat eller kommune ...» vil også tvisteloven § 22-3 komme til anvendelse. Tvisteloven § 22-3 vil i slike tilfeller supplere § 22-5 andre ledd.

Konsekvensen av dette er at selv om departementet samtykker til å oppheve bevisforbudet etter tvisteloven § 22-3 vil dette ikke oppheve fritaksretten etter § 22-5 andre ledd.<sup>55</sup> Dette viser at også etter § 22-5 andre ledd er det nødvendig og tilstrekkelig at den vernede samtykker, se punkt 3.2.8.

---

<sup>54</sup> Ot.prp.nr.53 s. 181

<sup>55</sup> Skoghøy 2001 s. 602

## 4 Opphør av taushetsplikten

### 4.1 Alminnelige begrensninger i taushetsplikten

Det er sikker rett at tvisteloven § 22-5 er begrenset av lovbestemt opplysningsplikt.<sup>56</sup> Rt-1983-430 Rekstendommen fremholder at andre begrensninger for bevisforbudsregelen vil «komme i strid med den klare ordlyd i tvistemålsloven § 205 som *bare* inneholder en reservasjon for lovbestemt opplysningsplikt» (min utheving).

Eksempler på lovbestemt opplysningsplikt er helsepersonelloven kapittel 6, barnevernloven § 6-4 tredje ledd, sosialtjenesteloven § 8-8 a.

I forlengelsen av nødrettsprinsippet i straffeloven § 47 reises spørsmålet om hvorvidt samtykke etter tvisteloven § 22-5 tredje ledd også omfatter negotiorum gestio. Dette behandles under punkt 4.2.3.

### 4.2 Samtykke i tvisteloven § 22-5 tredje ledd

#### 4.2.1 Generelt om samtykke

Tvisteloven § 22-5 tredje ledd oppstiller en adgang for «den som har krav på hemmelighold» til å samtykke i at beviset føres. Dersom det ikke foreligger et gyldig samtykke, skal retten nekte å motta bevisførsel om forhold som er omfattet av bestemmelsen.<sup>57</sup> Konsekvensen av at den vernede samtykker er at yrkesutøveren har en plikt til å forklare seg i tråd med tvisteloven § 21-5. Dette gjelder både bevisforbud etter første ledd og bevisfritak etter andre ledd. Hvem som er vernet av bestemmelsen omtales under punkt 3.4.

Spørsmålet som behandles nedenfor er hvilken betydning det har for samtykkekompetansen at den vernede er mindreårig eller umyndiggjort.

---

<sup>56</sup> Schei 2007 s.1081, Skoghøy 2001 s. 578, Reusch m.fl. note 1122

<sup>57</sup> Rt-2004-1668

Ordlyden inneholder ingen reservasjon for tilfeller hvor den vernede er mindreårig eller umyndiggjort. Likevel er en mindreårig eller en umyndiggjort i en rettslig stilling som avviker fra andre fysiske og juridiske personers rettsstilling. Dette er fordi en mindreårig eller umyndig ikke antas å være skikket til å ivareta sine interesser på en forsvarlig måte.<sup>58</sup>

Det følger av helsepersonelloven § 22 tredje ledd at mindreårige mellom 16 og 18 år selv har samtykkekompetanse til at de taushetsbelagte opplysningene gjøres kjent. Dette gjelder likevel ikke dersom den mindreårige ikke er i stand å vurdere dette av de grunnene som er nevnt i pasientrettighetsloven § 3-3 andre ledd. Da vil det være nærmeste pårørende som har denne kompetansen.

For barn under 16 år tilligger samtykkekompetansen foreldrene, jf. § 22 andre ledd jf. pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd. Pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd presiserer at barnet skal høres før samtykke gis. Hvordan dette vektlegges, avgjøres ut fra barnets modenhet.<sup>59</sup>

Helsepersonelloven § 22 gjelder kun direkte for samtykke til å oppheve legers taushetsplikt. I og med at bestemmelsen setter fokus på å ivareta den vernedes – barnets – interesser, er det forsvarlig og naturlig å legge til grunn det samme for opplysninger som er betrodd prester og advokater.

Svalheim legger til grunn at for umyndige bør det foretas en konkret helhetsvurdering, hvor det avgjørende er hvorvidt den umyndige er i stand til å treffe beslutningen.<sup>60</sup> Samme hensyn legges dermed til grunn for umyndige som for mindreårige. Dersom retten finner at den vernede ikke er i stand til å treffe en slik beslutning, er det vergen som har samtykkekompetansen, jf. vergemålsloven § 39 andre ledd.

---

<sup>58</sup> Se vergemålsloven §39 annet ledd

<sup>59</sup> Bjerke/Keiserud 2001 s. 485, Schei 2007 s. 1088, Skoghøy 2001 s. 575

<sup>60</sup> Svalheim 1996 s. 154

Dersom betroelsen fra den umyndige har skjedd *før* umyndiggjørelsen, vil likevel ikke samtykkekompetansen gå over på vergen selv om retten kommer til at den vernede ikke er i stand til å ivareta sine interesser under rettssaken.<sup>61</sup> I slike tilfeller må det foreligge et formodet samtykke eller negotiorum gestio for at taushetsplikten opphører, se punkt 4.2.2.3 og 4.2.3.

### **Særlige tilfeller for advokater**

For advokaters vedkommende, kan klienten være et selskap. I slike tilfeller må samtykke gis av et kompetent selskapsorgan, eller av noen med fullmakt fra dette organet til å handle på selskapets vegne.<sup>62</sup>

Videre kan en advokat ha flere klienter i samme sak. Dersom opplysningene angår flere av de vernede, må det foreligge samtykke fra alle opplysningene angår. Dette gjelder uten hensyn til hvem som har betrodd advokaten opplysningene.<sup>63</sup>

## 4.2.2 Hvem kan samtykke dersom den vernede dør?

### 4.2.2.1 Innledning

Verken tvisteloven § 22-5, helsepersonelloven § 21 eller straffeloven § 144 sier noe om at taushetsplikten opphører dersom den vernede dør. Taushetsplikten vil derfor som alminnelig utgangspunkt bestå også etter at den vernede er død.

På den annen side vil mange hensyn som begrunner taushetsplikten svekkes når den vernede dør.<sup>64</sup> Følgelig gjør ikke formålet bak bestemmelsen seg lenger gjeldende på samme måte. Det som behandles nedenfor er hvorvidt yrkesutøveren kan ha en forklaringsplikt *etter* at den vernede er død.

### 4.2.2.2 Lovbestemte unntak for leger jf. helsepersonelloven § 24

Lovbestemt opplysningsplikt utgjør en begrensning i tvisteloven § 22-5 første ledd, se punkt 4.1. Helsepersonelloven § 24 fastslår at taushetsplikten ikke er til hinder for at

---

<sup>61</sup> Svalheim 1996 s. 155

<sup>62</sup> Bjerke/Keiserud 2001 s. 483, Svalheim 1996 s. 152

<sup>63</sup> Svalheim 1996 s. 152

<sup>64</sup> Kjønstad 1992 s. 243

«opplysninger om en avdød person gis videre dersom *vektige grunner* taler for dette. I vurderingen av om opplysninger skal gis, skal det tas hensyn til avdødes antatte vilje, opplysningenes art og de pårørende og samfunnets interesser» (min utheving).

Ordlyden viser til at det skal foretas en konkret helhetsvurdering, ved å oppstille ulike vurderingsmomenter som skal tillegges vekt. For at taushetsplikten skal opphøre har lovgiver oppstilt et krav om interesseovervekt, jf. «vektige grunner».

Det følger av forarbeidene at «avdødes formodede vilje innebærer en hypotetisk konstruksjon av hva pasienten ville ha ment når vedkommende ikke har gitt uttrykk for dette». <sup>65</sup> Dersom den vernede i live uttrykket sin vilje i forhold til spørsmålet, må dette tillegges betydelig vekt. <sup>66</sup>

Videre slår forarbeidene fast at bestemmelsen er en videreføring av legeloven § 37. Etter legelovens forarbeider skulle det legges vekt på hvorvidt kravet om utlevering fremsto som «rimelig». Rasmussen oppfatter dette som et marginalt krav om interesseovervekt. <sup>67</sup>

Etter at den vernede dør vil andre hensyn gjøre seg gjeldende slik som hensynet til avdødes minne, hensynet til at man ikke skal frykte at hemmeligheter avsløres etter sin død, samt hensynet til de etterlatte. <sup>68</sup> Avdøde kan ikke lenger ta til motmæle, slik at hensynet til den vernede fremdeles må tillegges vesentlig vekt.

Avveiningen av de ulike hensyn vil i stor grad styres av hensynet til «opplysningenes art». Dersom det er tale om svært sensitive opplysninger, tilsier avdødes formodede vilje at taushetsplikten går foran opplysningsplikten. <sup>69</sup> Motsatt dersom opplysningene er mindre sensitive, tilsier avdødes formodede vilje at taushetsplikten skal vike.

---

<sup>65</sup> Ot.prp.nr.13 (1998-1999) s. 229

<sup>66</sup> Kjønstad s. 244, Rasmussen 1997 s. 374

<sup>67</sup> Rasmussen 1997 s. 389

<sup>68</sup> Kjønstad 1992 s. 244-246

<sup>69</sup> Kjønstad s. 244

Hensynet til de «pårørende» har tre verneverdige interesse: av økonomisk karakter, av følelsesmessig karakter for sorgbearbeidelse eller av medisinske grunner. Imidlertid er ikke et nysgjerrighetsbehov en vernet interesse for de etterlatte.<sup>70</sup>

«Samfunnets interesser» omfatter både allmennhetens interesser generelt og hensynet til sakens opplysning. Den åpner for at også hensynet til andre enn pårørende kan tillegges vekt i vurderingen.<sup>71</sup>

Dette kan være hensynet til barnets beste og hensyn til utvikling av vitenskapen og å kunne skissere en korrekt og fullstendig historie vil kunne tillegges vekt i favør av opplysningsplikten. Selv om taushetsplikten ikke foreldes, vil tiden kunne medføre at behovet for vern svekkes.<sup>72</sup>

Siden avgjørelsen beror på en konkret vurdering, vil forholdene i den enkelte saken være utslagsgivende for interesseavveiningen.

I farskapstester og i saker med kjente personer, vil avveiningen settes på spissen. I farskapssaker har avdøde (den mulige faren) nektet å oppgi opplysningene før sin død. Avdødes formodete vilje tilsier at han heller ikke etter sin død ønsker å oppgi disse opplysningene. I slike tilfeller må hensynet til avdødes formodete vilje med tung vekt tale mot at opplysningene skal oppgis.<sup>73</sup>

Når det kommer til saker som gjelder kjente personer, har disse før sin død søkt det offentlige rom på en annen måte enn «vanlige personer».<sup>74</sup> Noen av disse har hatt en betydelig innflytelse på samfunnsutviklingen, slik som for eksempel Knut Hamsun. Dersom legens opplysninger kan bidra til forståelsen av denne innflytelsen, taler dette for at taushetsplikten kan settes til side.<sup>75</sup>

---

<sup>70</sup> Kjønstad 1992 s. 245, Rasmussen 1997 s. 380

<sup>71</sup> Ot.prp.nr.1 (1979-1980) s. 177

<sup>72</sup> Kjønstad 1992 s. 246

<sup>73</sup> Ot.prp.nr.1 (1979-1980) s. 177, Kjønstad 1992 s. 245

<sup>74</sup> Kjønstad s. 245

<sup>75</sup> Kjønstad s. 245

#### 4.2.2.3 Ulovfestede unntak for prester og advokater

Prester og advokater har ingen bestemmelse som tilsvarende helsepersonelloven § 24. Spørsmålet som behandles nedenfor, er hvorvidt det kan gjøres unntak fra taushetsplikten etter at den venede er død på ulovfestet grunnlag.

I Rt-1983-430 Rekstendommen ønsket konkursboet å pålegge en advokat å forklare seg i retten, for å oppklare hvorvidt avdøde hadde unndratt midler som tilhørte konkursboet mens han var i live. Høyesterett slo fast at samtykkekompetansen etter tvistemålsloven § 205 ikke gikk over på avdødes konkursbo, slik advokatens taushetsplikt ble absolutt ved klientens død.

Hvorvidt det er mulig å gjøre unntak fra advokaters taushetsplikt etter klientens død, er også omtalt i Rt-2006-633 Advokat Stang-dommen. Det var tvist om gyldigheten av en ektepakt, og de etterlatte ønsket at advokaten som hadde bistått ved utformingen av denne skulle forklare seg. Høyesterett uttalte at:

«det bør kunne gjøres unntak fra taushetsplikten i tilfeller der fordelene ved unntaket er vesentlig større enn den krenkelse av fortroligheten mellom klient og advokat det vil dreie seg om. Det betyr at det må foretas en konkret vurdering av omstendighetene i det enkelte tilfellet. Ved vurderingen vil avdødes interesse og hans formodete vilje stå sentralt. Også de etterlattes interesser og standpunkt må tillegges vekt. Det samme gjelder advokatens oppfatning. Ikke minst vil opplysningenes karakter og formålet med bruken av dem være av betydning».

Advokat Stang-dommen ikke sier noe om forholdet til Rekstendommen. I saker om konkurs står derfor Rekstendommen fremdeles som et ledende prejudikat, slik at advokatens taushetsplikt er absolutt etter den venedes død. Dette synspunktet støttes av Schei m.fl.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Schei 2007 s. 1089

Når man ser Reksten- og Advokat Stang-dommen i sammenheng, kan det etter en konkret vurdering gjøres unntak fra taushetsplikten på ulovfestet grunnlag etter at den vernede er død i andre saker enn konkurs.

Høyesteretts løsning har de beste grunner for seg. Nødvendigheten av en forklaring fra advokaten kan i mange tilfeller være avgjørende for sakens opplysning. Hensynet om å verne tillitsforholdet mellom klienten og advokaten vil også i mange tilfeller kunne ivaretas selv om advokaten forklarer seg. Også prosess- og effektivitetshensyn trekker i samme retning.

### **Formodet samtykke**

Formodet samtykke foreligger dersom det er holdepunkter for at avdøde ville ha samtykket dersom han hadde blitt spurt.<sup>77</sup> Det har imidlertid vært uklart hvorvidt dette kan oppstilles som et alternativt unntaksgrunnlag.

Høyesterett uttaler i Advokat Stang-dommen at en unntaksregel basert på avdødes formodete vilje i realiteten «neppe [vil] føre til vesentlig andre resultater enn den regel jeg gir anvisning på». Dette begrunner Høyesterett med at avdødes formodete vilje og avdødes interesser står særlig sentralt i vurderingen av unntaksregelen som er oppstilt på ulovfestet grunnlag. Konsekvensen er at det ikke lenger er nødvendig å oppstille formodet samtykke som et alternativt unntaksgrunnlag, da det konsumeres av den ulovfestede unntaksregelen.

#### **4.2.3 Negotiorum gestio**

Spørsmålet som behandles nedenfor er hvorvidt «samtykke» i tredje ledd omfatter de ulovfestede reglene om negotiorum gestio. Negotiorum gestio omtales også som «uanmodet forretningsførsel», og forutsetter at den vernede er i live.

Reglene bygger på – og er utviklet med bakgrunn i de samme hensyn som – reglene om nødrett etter straffeloven § 47, men med tanke på sivilrettslige forhold. Formålet med

---

<sup>77</sup> Svalheim 1996 s. 175

reglene om negotiorum er at man skal kunne gripe inn i en situasjon på en adekvat måte dersom interessen til den vernede tilsier dette.<sup>78</sup>

Reglene om negotiorum gestio vil frata den vernede retten til å samtykke selv, slik tvisteloven § 22-5 tredje ledd gir anvisning på. På den annen side gjøres dette for å ivareta den vernedes interesser. I og med at dette påligger samme person, vil ikke kravet til interesseovervekt være like strengt som etter nødrettsbestemmelsen.

Vilkårene for at handlingen blir straffri etter reglene om negotiorum gestio, er for det første at innhenting av samtykke fra den vernede ikke er mulig, eller at det krever uforholdmessige anstrengelser å innhente det.<sup>79</sup>

Videre må handlingen være nødvendig. Relevante momenter i interesseavveiningen kan hentes fra vurderingen etter nødrettsbestemmelsen. Andre momenter som kan påvirker interesseavveiningen finnes blant annet i de hensyn som begrunner tvisteloven § 22-5, se punkt 2.2.1. Dersom den vernede har gitt et uttrykkelig pålegg om hemmelighold, vil dette mest sannsynlig stenge for regelens anvendelse.<sup>80</sup>

Konsekvensen av at reglene om negotiorum gestio kommer til anvendelse, er at yrkesutøveren kan gå ut med opplysninger på tross av manglende samtykke fra den vernede. Svalheim ser ut til å legge til grunn at samtykke etter tvistemålsloven § 205 første ledd omfatter de ulovfestede reglene om negotiorum gestio.<sup>81</sup> Skoghøy uttaler at alminnelige nødrettsbetraktninger kan medføre unntak fra taushetsplikten når den vernede er i live, uten å presisere nærmere hvorvidt dette også omfatter de ulovfestede reglene om negotiorum gestio.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> Andorsen 1992 s. 433

<sup>79</sup> Svalheim 1996 s. 173

<sup>80</sup> Svalheim 1996 s. 174

<sup>81</sup> Side 173 flg.

<sup>82</sup> Skoghøy 2001 s. 576

Det er imidlertid sjelden regelen settes på spissen i forhold til tvisteloven § 22-5 tredje ledd. Det er mer aktuelt i tilfeller hvor man for eksempel knuser en bilrute for å hindre at eierens hund ikke kveles.

De hensyn som ligger bak regelen om negotiorum gestio, jf ovenfor, gjelder tilsvarende for tvistemålsloven § 205 og tvisteloven § 22-5. I lys av formålet er det derfor etter min mening naturlig å legge til grunn at samtykke i tvisteloven § 22-5 tredje ledd omfatter de ulovfestede reglene om negotiorum gestio.

#### 4.2.4 Begrenset samtykke

Utgangspunktet er at dersom den vernede samtykker til at taushetsplikten oppheves, pålegges yrkesutøveren en alminnelig forklaringsplikt etter tvisteloven § 21-5 jf. § 22-5 tredje ledd. Hensynet til sakens opplysning tilsier at retten skal ha en fullstendig forklaring. Regelen skal forhindre misforståelser en begrenset forklaring kan medføre.

Det følger imidlertid av forarbeidene og rettspraksis at det er anledning til å gi samtykke i at taushetsplikten delvis opphører.<sup>83</sup> Hvor langt samtykket rekker, beror på en tolkning av samtykket.

Forutsetningen for at det er adgang til begrenset samtykke er at det «ikke er noen fare for at fremstillingen skal bli ufullstendig og gi et skjevt avgjørelsesgrunnlag».<sup>84</sup> Dersom samtykket er begrenset, skal dette gjøres klart for retten sammen med hva begrensningen innebærer.<sup>85</sup> Dersom et begrenset samtykke forhindrer en fullstendig forklaring, skal forklaringen avskjæres i sin helhet.<sup>86</sup>

#### 4.2.5 Adgangen til tilbakekall

En forutsetning for å føre bevis i norsk rett er at det er tale om et lovlig innhentet bevis. I og med at en vitneforklaring er middelbar og skjer direkte for den dømmende rett jf. tvisteloven § 21-9, innhentes en muntlig forklaring *idet yrkesutøveren forklarer seg*.

---

<sup>83</sup> NOU 2001B s. 959, Rt-2001-1113

<sup>84</sup> Rt-2009-1204 avsnitt 12

<sup>85</sup> NOU 2001B s. 959

<sup>86</sup> Rt-1992-949, Rt-2001-1113

Følgelig må det foreligge et gyldig samtykke på tidspunktet for forklaringen. Dette åpner for at samtykket kan tilbakekalles helt frem til forklaring gis.<sup>87</sup>

Høyesterett har slått fast at når den muntlige forklaringen er lovlig innhentet som bevis for én rettsinstans, anses samtykket som bindende også for eventuelle ankeinstanser.<sup>88</sup>

### **Særskilt behandling av dokumentbevis**

I Rt-2003-219 hadde en pasient, som tiltalt i en straffesak, samtykket i at politiet kunne innhente hans legejournal. Tiltalte ønsket senere å trekke tilbake samtykket før saken kom opp for retten. Spørsmålet var om politiet likevel kunne benytte legeerklæringen som bevis i saken. Her uttalte Høyesterett at tilbakekall av samtykket medførte at legen ikke kunne forklare seg, men

«de opplysninger som legen allerede har gitt politiet, med pasientens samtykke, kan ikke pasienten lenger ha rådigheten over. Det forstyrrer ikke tillitsforholdet mellom lege og pasient at disse opplysninger brukes i straffesaken».

Dette må også være gjeldende rett i sivile saker da de samme hensyn gjør seg gjeldende, jf. punkt 2.2.3.

Det avgjørende for når samtykket kan trekkes tilbake er hvorvidt beviset er *lovlig innhentet*. Dette gjelder både muntlige forklaringer og dokumentbevis. Dokumenter innhentes ved overleveringen av selve dokumentet, noe som normalt skjer forut for rettssaken. Muntlige forklaringer derimot, innhentes ikke før yrkesutøveren faktisk forklarer seg for retten. Dette betyr at samme regel gjelder for muntlige forklaringer etter tvisteloven § 22-5 og dokumentbevis etter § 26-5: når beviset er lovlig innhentet, kan ikke den vernede forhindre at beviset føres ved å kalle tilbake samtykket, og beviset kan føres jf. tvisteloven § 21-3.

---

<sup>87</sup> Rt-1991-898, Rt-1991-1499, Rt-2008-504.

<sup>88</sup> Rt-2008-504 avsnitt 22-24, Rt-2009-1204

#### 4.2.6 Formkrav

Et samtykke er et dispositivt utsagn, da det er bestemt til å skape en rettsvirkning i form av en plikt for yrkesutøveren til å forklare seg etter tvisteloven § 21-5. Følgelig må et gyldig samtykke oppfylle de alminnelige kravene til en gyldig viljeserklæring.<sup>89</sup> Det skal ikke være foranlediget av tvang, svik eller uredelighet, og ikke være gitt på bristende forutsetninger.

Tvisteloven § 22-5 regulerer imidlertid verken hvem som skal motta samtykket eller hvilke formkrav som gjelder. Svalheim legger til grunn at samtykket både kan gis til yrkesutøveren og til den som skal motta opplysningene.<sup>90</sup>

Ved å oppstille formkrav til samtykket ivaretas bevissikringen. Den vernedes rettssikkerhet er best ivaretatt gjennom strenge formkrav. Dommeren har en plikt til å forsikre seg om at det foreligger et tilstrekkelig samtykke, jf. tvisteloven § 24-8 sammenholdt med § 22-5. Dersom den vernede i en slik situasjon velger å trekke samtykke tilbake, har han full anledning til det, jf. punkt 4.2.5.

Rettspraksis og juridisk teori oppstiller imidlertid ingen formkrav til samtykket. I Rt-1992-949 hadde den kjærende part oppnevnt sin advokat som vitne for å forklare seg om forhold i saken. Dette tolket ankeutvalget som samtykke i å løse advokaten fra sin taushetsplikt.

Rt-2008-504 gjaldt en straffesak hvor tiltalte ønsket å trekke tilbake samtykket til at hans psykolog skulle forklare seg. Her uttaler Høyesterett at «[o]gså stilltiende samtykke godtas, så lenge vedkommende blir informert om hva det ønskes samtykke til og hvordan opplysningene i tilfelle vil bli brukt».

Høyesterett har i flere saker lagt til grunn at det foreligger samtykke dersom den vernede innstevner yrkesutøveren som vitne i saken,<sup>91</sup> eller vedlegger dokumenter som er utarbeidet på bakgrunn av taushetsbelagt informasjon.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> Rasmussen 1997 s. 265, Svalheim 1996 s. 158

<sup>90</sup> Svalheim 1996 s. 158

### **Særskilt for saker om tvungent psykisk helsevern**

Etter ikrafttredelsen av tvisteloven åpner Schei m.fl. for at saksanlegget i seg selv er tilstrekkelig for at det foreligger samtykke i saker om tvunget psykisk helsevern.<sup>93</sup>

Forutsetningen er at den vernede etter å ha anlagt sak, nekter å samtykke til opphevelse av taushetsplikten uten at det foreligger en rasjonell begrunnelse for dette. Videre kreves det at saken ikke får et forsvarlig saksgrunnlag uten forklaringen fra yrkesutøveren.

Før tvisteloven var dette ikke klart. Årsaken til at Schei m.fl. nå åpner for dette er den særstillingen saker om tvungent psykisk helsevern står i, hvor den vernede er svært ustabil. Både prosess- og effektivitetshensyn, hensynet til sakens opplysning og andre samfunnshensyn taler med tung vekt for at saksanlegget er tilstrekkelig til at det foreligger samtykke. Når saken er forelagt domstolen er det allerede benyttet ressurser i saken, og i slike tilfeller er det uhensiktsmessig å tillate den vernede å forhindre sakens fremgang uten rasjonelle grunner.

På den annen side medfører en slik regel et alvorlig inngrep i en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti for den vernede. At han på tidspunktet for saksanlegget er psykisk syk endrer ikke dette.

Likevel kan det tenkes at det er en bedre løsning å legge samtykkekompetansen til noen andre for de tilfellene vedkommende ikke er i stand til å ivareta sine interesser, fremfor å legge til grunn at det foreligger samtykke, sml. punkt 4.2.1 om mindreårige og umyndiggjorte. Dette vil etter min mening tilfredsstille kravene i EMK artikkel 8 bedre enn å legge til grunn at det foreligger samtykke, på tross av at den vernede uttrykkelig trekker tilbake samtykket.

---

<sup>91</sup> Rt-1992-949, Rt-2001-1113

<sup>92</sup> Rt-1998-1297

<sup>93</sup> Schei 2007 s. 1086

## 5 Oppsummering

Utgangspunktet for denne oppgaven var å belyse endringer i gjeldende rett for kallsmessig taushetsplikt med innføringen av tvisteloven. Det viste seg imidlertid at gjennomføringen av lovrevisjonen ikke har medført noen endringer i rettsstilstanden. Oppgaven endte som en ren redegjørelse for bevisforbud for betroelser til særlige yrkesutøvere etter tvisteloven § 22-5 første jf. tredje ledd.

De tre utvalgte yrkesgruppene – prester, leger og advokater – følger stort sett de samme reglene, selv om det gjør seg gjeldende ulike hensyn for de ulike yrkesgruppene. Dette gjelder også for leger, selv rettsstilstanden langt på vei er lovregulert. Dette kan begrunnes i at formålet bak tvisteloven § 22-5 har vesentlig vekt i de fleste drøftelser.

Det er imidlertid flere steder hvor verken lovgiver eller rettspraksis har regulert ulike typetilfeller. Dette gjør seg særlig gjeldende for om, og når den vernede har taushetsrett, se punkt 3.2.7, samt hvorvidt det at en person er pasient eller klient hos yrkesutøveren, er et forhold som anses «betrodd» yrkesutøveren, se punkt 3.5.1.1.

Formkrav til samtykke for bl.a. umyndige, se punkt 4.2.1, og i saker om tvungent psykisk helsevern, se punkt 4.2.6, er også et område hvor verken lovgiver eller Høyesterett foreløpig har gitt noen klar veiledning for hvordan reglene er de lege lata. Formålet bak bestemmelsen er i disse tilfellene en – ofte avgjørende – veiledende norm.

Formålet gjennomsyrrer bevisforbudet i tvisteloven § 22-5 første ledd. Lovgiver har gått langt i å sette til side hensynet til sakens opplysning både i strafferetten og i sivile saker for å verne dette fortrolighetsforholdet mellom pasient og lege, klient og advokat, enhver og presten. Det er ingen tvil om at lovgiver ivaretar retten til privatliv for betroelser til særskilte yrkesutøvere som oppstilles i EMK artikkel 8.

## 6 Litteraturliste

### Lover:

Grunnloven	Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814
Straffeprosessloven av 1887	Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager av 1. juli 1887 nr. 5 (opphevet)
Straffeloven	Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10
Domstolloven	Lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5
Tvistemålsloven	Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr 06 (opphevet)
Vergemålsloven	Lov om vergemål for umyndige av 22. april 1927 nr. 3
Forvaltningsloven	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967
Lov om trdomssamfunn	Lov om trdomssamfunn og ymist anna av 13. juni 1969 nr. 25
Legeloven	Lov om leger av 13. juni 1980 nr. 42 (opphevet)
Straffeprosessloven	Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25
Sentralbankloven	Lov om Norges bank og pengevesenet mv. av 24. mai 1985 nr. 28
Sosialtjenesteloven	Lov om sosiale tjenester m.v. av 13. desember 1991 nr. 81
Barnevernloven	Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100
Kirkeloven	Lov om Den norske kirke av 7. juni 1996 nr. 31
Menneskerettighetsloven	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. Mai 1999, nr. 30.
Helsepersonelloven	Lov om helsepersonell m.v. av 2. juli 1999 nr. 64
Pasientrettighetsloven	Lov om pasientrettigheter av 2. juli 1999 nr. 63
Tvisteloven	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni

2005 nr. 90  
Offentlighetsloven Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd  
av 19. mai 2006 nr. 16

**Forskrifter:**

Tjenesteordningen Tjenesteordning for menighetsprester av 19. oktober 1990 nr.  
4983  
Advokatforskriften Forskrift til domstolloven kapittel 11 (Advokatforskriften) av  
20. desember 1996 nr. 1161

**Forarbeider:**

NOU 2001B Norges Offentlige Utredninger 2001:32 Bind B, Rett på sak  
Ot.prp.nr.1 (1979-1980) Om lov om leger og om lov om tannleger  
Ot.prp.nr.53 (1983-1984) Om lov om ikraftsetting og endring av den nye  
straffeprosessloven  
Ot.prp.nr.7 (1990-1991) Om lov om endringer i domstolloven m.m  
(advokatlovgivningen m.m)  
Ot.prp.nr.13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell  
Ot.prp.nr.51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister  
(tvisteloven)  
Ot.prp.nr.74 (2005-2006) Om lov om endringer i tvisteloven (endringer i  
straffeprosessloven og andre lover)

**Juridisk litteratur:**

Kjønstad 1992 Asbjørn Kjønstad, Taushetsplikt og opplysningsplikt etter  
pasientens død, Tidsskrift for Den norske legeforening nr. 2  
1992 s. 243- (FDNL-1992-243) – (TFDNL-1992-243)  
Rasmussen 1997 Ørnulf Rasmussen, Kommunikasjonsrett og taushetsplikt i  
helsevesenet, Ålesund 1997  
Reusch m.fl. Hentet fra Gyldendal Rettsdata 31.mai 2010 kl. 1259,

Tvisteloven med kommentar av Christian H.P. Reusch med assistanse av Therese Steen, Ole Kristian Rigland, Kine Steinsvik og Kaare Shetelig.

[http://beta.rechtsdata.no/browse.aspx?sDest=gL20050617z2D90&hash=gL20050617z2D90&bid=direct&s\\_terms=tv1](http://beta.rechtsdata.no/browse.aspx?sDest=gL20050617z2D90&hash=gL20050617z2D90&bid=direct&s_terms=tv1)

Schei 1998

Tore Schei, Tvistemålsloven, Kommentarutgave, Bind II, 2. utgave, Oslo 1998

Schei 2007

Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie, Tvisteloven, Kommentarutgave, Bind II, Oslo 2007

Skoghøy 2001

Jens Edvin A. Skoghøy, Tvistemål, 2. utgave, Oslo 2001

Svalheim 1996

Knut Svalheim, Advokaters Taushetsplikt, Oslo 1996

A