

REGJERINGSADVOKATEN

Justis- og beredskapsdepartementet
Postboks 8005 Dep
0030 OSLO

Deres ref

Vår ref

2015-0431 ES/ANW

Dato

03.03.2016

HØRING - ADVOKATLOVUTVALGETS UTREDNING NOU 2015:3 ADVOKATEN I SAMFUNNET

1 INNLEDNING

Jeg viser til telefonsamtale med avdelingsdirektør Jostein Haug Solberg i januar der det ble gitt samtykke til å inngi uttalelse etter høringsfristens utløp. Jeg beklager sterkt at uttalelsen på grunn av et usedvanlig stort arbeidspress hos Regjeringsadvokaten i perioden desember 2015 til februar 2016 ikke er avgitt tidligere. Regjeringsadvokaten har forståelse for at departementet eventuelt av denne grunn ser bort fra uttalelsen.

Innledningsvis er det grunn til å berømme advokatlovutvalget for et grundig arbeid, og for et lovforslag som inneholder mange gode løsninger. Blant annet bemerker regjeringsadvokaten at det er positivt at utvalget drøfter advokatens uavhengighet i relasjon til klienten, og foreslår en egen bestemmelse om at ingen kan instruere oppdragsansvarlig advokat om den faglige utførelsen av arbeidet, jf. lovutkastet § 23.

Dersom departementet tross fristoversittelsen finner grunn til å ta høringsuttalelsen i betraktning, vil regjeringsadvokaten dels kommentere et forhold der regjeringsadvokaten har et annet syn enn utvalget på den løsningen som foreslås, dels komme med noen bemerkninger på et par andre punkter:

- Utvalgets forslag til ny tilsyns- og disiplinærordning – tvungent medlemskap i advokatsamfunnet, jf. lovutkastet kapittel 7 flg.
- Vilkårene for å få bevilling - prosedyrekravet
- Domstolkontrollen ved vedtak om tilbakekall av advokatbevilling

2 UTVALGETS FORSLAG TIL NY TILSYNS- OG DISIPLINÆRORDNING, TVUNGENT MEDLEMSKAP I ADVOKATSAMFUNNET

2.1 Innledning

Forslaget om å innføre Advokatsamfunnet fremstår for regjeringsadvokaten som det mest kontroversielle av utvalgets forslag. Tvungent medlemskap i det foreslåtte advokatsamfunnet vil være en fundamental endring for alle som driver advokatvirksomhet, og en nyskapning i norsk sammenheng.

Utvalget har som utgangspunkt at tilsyns- og disiplinærsystemet utformes slik at man fjerner risikoen for at offentlige myndigheter misbruker den makten som ligger i å ha kontroll over advokatenes tilsyns- og disiplinærmyndighet. Regjeringsadvokaten er enig med utvalget i at lovgiver bør utforme reglene slik at tilsyns- og disiplinærorganene utfører sitt arbeid uavhengig av statlige myndigheter. Også eksisterende regelverk bygger på et slikt utgangspunkt.

Utvalgets forslag til lovpålagt medlemskap i et Advokatsamfunn reiser etter regjeringsadvokatens syn flere problemstillinger.

For det første reiser forslaget spørsmål i forhold til foreningsfriheten, jf EMK art 11. Slik regjeringsadvokaten oppfatter forslaget, legger utvalget til grunn at det foreslåtte advokatsamfunnet ikke vil være en forening i EMKs forstand, men at tvungent medlemskap på den annen side legger begrensninger på Advokatsamfunnets muligheter for å drive rettspolitisk arbeid. Jeg viser til merknadene nedenfor punkt 2.5.1.

Gitt at ovennevnte er riktig, er det et spørsmål om det – av hensyn til de verdier utvalget ønsker å fremme – er formålstjenelig å etablere et organ som både skal ivareta offentlige kontrolloppgaver (som i dag utøves av et offentlig oppnevnt, men uavhengig forvaltningsorgan), og delta i den rettspolitiske debatten, samt ivareta interessebaserte bransjeoppgaver (oppgaver som i dag ivaretas av Den Norske Advokatforening). Det kan reises spørsmål ved om det i et lite land som vårt, er rom for å opprettholde en advokatforening av noen størrelse ved siden av det foreslåtte advokatsamfunnet. Regjeringsadvokaten antar for sin del at det i et demokratisk samfunn er vel så viktig å opprettholde en sterk og uavhengig rettspolitisk aktør, som å sørge for at det offentlige ikke kan oppnevne medlemmene til et uavhengig organ som har til oppgave å ivareta offentligrettslige oppgaver. Jeg viser til merknadene nedenfor under punkt 2.5.2.

For det tredje er det et spørsmål om det av hensyn til allmennhetens tillit til tilsynsordningen, er hensiktsmessig at de som skal kontrolleres selv har hånd om kontrollen, se punkt 2.5.3.

2.2 Utvalget legger til grunn at man bør fortsatt ha en offentlig bevillingsordning, og offentlig kontroll av denne

Utvalget legger til grunn at man fortsatt bør ha en ordning med offentlig bevilling for å drive advokatvirksomhet, og at det er en offentligrettslig oppgave å føre kontroll med ordningen.

Regjeringsadvokaten er enig i dette, og i at kontrollen må utøves på en måte som ivaretar rettsstatens krav om en fri og uavhengig advokatstand, og under iaktakelse av hensiktsmessige og anerkjente prinsipper for forsvarlig saksbehandling.

2.3 Gjeldende ordning – utvalgets vurdering av denne

Utvalget peker på at dagens tilsyns- og disiplinærordning lider av svakheter ved at det er for mange aktører, at det er en uhendig kompetansedeling mellom aktørene, og at dette fører til kommunikasjonsutfordringer.

Utvalget peker på ulike modeller for en ny tilsyns- og disiplinærordning. Avgjørende for valget av modell synes å være at utvalget mener at den eksisterende ordningen som innebærer offentlig oppnevning av medlemmene til tilsyns- og disiplinærorganene, ikke i tilstrekkelig grad ivaretar advokatstandens uavhengighet fra staten. Jeg viser til de særlige merknadene til § 44 i NOU'en side 455, der det heter:

«Advokatsamfunnet er en uavhengig organisasjon. Formålet med å etablere Advokatsamfunnet er først og fremst å sørge for at utarbeidelse av regelverk for advokater, tilsyn med advokater og utøvelse av disiplinærmyndighet ivaretas på en uavhengig måte. Av hensyn til advokatenes uavhengighet bør ikke disse funksjonene legges til det offentlige.»»

Utvalget legger samtidig til grunn at er ingen internasjonale konvensjoner er til hinder for at man opprettholder eksisterende ordning, og utvalget understreker at det ikke er noen grunn til å frykte vårt nåværende politiske system vil sette advokatenes uavhengighet eller rettsystemet under press.

Utvalget uttaler på side 330, venstre spalte siste avsnitt:

«Utvalget understreker at det ikke er grunn til å tro at det med dagens ordning har forekommet misbruk av makt fra myndighetenes side overfor advokater. Det er heller ingen grunn til å tro at det vil skje selv om dagens ordning skulle bli videreført. Men utvalget mener at det prinsipielt bør velges en modell som også kunne ha vært brukt i regimer hvor rettssystemet er under press fra makthaverne. Og selv om det ikke er noen fare for at det norske rettssystemet skal settes under press fra makthavere i dag, kan det oppstå kriser som kan sette advokatenes og rettssystemets uavhengighet på prøve. Modellen bør stå seg også i krisesituasjoner. Det bør derfor velges en ordning som både formelt og reelt er uavhengig av det offentlige.»

Utvalget uttaler også i NOU'en side 26-27:

«Systemet bør også være utformet slik at det kan vær modell for andre land som har større problemer på dette området enn Norge.»

Utvalget konkluderer med at man på denne bakgrunn bør etablere en tilsyns- og disiplinærordning som er mer uavhengig av staten enn den nåværende, og at en modell med tvunget medlemskap i et advokatsamfunn er det rette.

Dersom det var slik at det fantes en modell som ikke utfordret andre grunnleggende verdier i vårt samfunn, er regjeringsadvokaten enig i at en slik modell burde vurderes, selv om det i vårt demokratiske samfunn ikke er grunn til å tro at nåværende ordning er problematisk vurdert ut fra hensynet til advokatenes uavhengighet.

Regjeringsadvokaten konstaterer imidlertid at utvalget ikke har funnet noen slik modell.

2.4 Tidligere utredninger

Eksisterende tilsyns- og disiplinærordning er et resultat av lovgivning etter en utredning i 1992. Det daværende utvalget viste til at en ordning med lovfestet medlemskap har vært vurdert med jevne mellomrom siden 1880, men hver gang forkastet. Alternativet med tvungent medlemskap i advokatforeningen ble igjen vurdert og forkastet i 1992. Jeg viser til NOU 1992:24 kap 6, side 9:

"Nærværende utvalg har også enstemmig kommet til at det ikke er ønskelig å innføre tvungent medlemskap i Den Norske Advokatforening. Med utvalgets forslag om å etablere disiplinærorganer som skal ha myndighet overfor alle advokater, kan det ikke sees å være til stede behov for en slik ordning.

Et lovfestet medlemskap er dessuten fra et prinsipielt standpunkt betenkelig. Det vil kunne medføre en offentlig kontroll med foreningens virksomhet, dens vedtekter og kollegiale regler. Dette er ikke ønskelig sett på bakgrunn av den fundamentale grunnsetning om advokatenes uavhengighet.

Det er heller ikke i Norge noen tradisjon for tvangsorganisering, og det bør da foreligge ganske særlige hensyn dersom lovfestet medlemskap skulle gjennomføres for advokatene."

Regjeringsadvokaten peker på at de prinsipielle betenkelighetene som fremheves her fremdeles er til stede, jf. advokatlovutvalgets lovforslag, som i § 44 inneholder bestemmelser om Advokatsamfunnets organisering og oppgaver, herunder pålegg om at advokatsamfunnet må «*ta tilbørlig hensyn til at alle advokater er tilsluttet Advokatsamfunnet*» som følger av lovpålagt medlemskap i advokatsamfunnet. I de særskilte merknadene til § 44, heter det i NOU'en side 455:

«Ettersom det er obligatorisk å være med i Advokatsamfunnet hvis man vil være advokat, begrenser imidlertid Grunnloven og EMK's krav til foreningsfrihet den foreningsrettslige kompetansen, ...»

Regjeringsadvokaten er enig med det tidligere utvalget i at det bør foreligge tungtveiende grunner for ved lov å pålegge medlemskap i en organisasjon som har oppgaver ut over de tilsyns- og kontrolloppgavene organisasjonen forutsettes å ivareta, se nedenfor.

2.5 Regjeringsadvokatens merknader

2.5.1 Forholdet til foreningsfriheten

Regjeringsadvokaten har ikke gjort noen egen vurdering av om forslaget vil innebære en krenkelse av foreningsfriheten, men konstaterer at forslaget etter utvalgets egen fremstilling i alle fall ligger på grensen av hva som kan bli ansett som en "forening" i art. 11s forstand, og dermed en krenkelse av foreningsfriheten.

På side 340 i utredningen uttaler utvalget at "Advokatsamfunnet, for å være på den sikre siden, bør opptre balansert i rettspolitiske spørsmål". I forlengelsen av dette uttales det på side 341 at "Advokatsamfunnet må følge med i praksis fra EMD og innrette virksomheten på en slik måte at praktiseringen etter ordningen utvalget foreslår, ikke innebærer en krenkelse av EMK art. 11".

Regjeringsadvokaten reiser spørsmål ved om det er klokt å opprette en ordning som i seg selv ligger på grensen av en menneskerettighetskrenkelse, og som i Advokatsamfunnets daglige utførelse av sine oppgaver vil kunne tenkes å krenke foreningsfriheten.

Selv om tvungent medlemskap i Advokatsamfunnet eventuelt ikke krenker foreningsfriheten etter Grunnloven § 105 og EMK art. 11, knytter det seg likevel betenkeligheter til å innføre et system som av mange utvilsomt vil oppfattes som et inngrep i deres organisasjonsfrihet.

Som nevnt antar regjeringsadvokaten at det av disse grunner bare kan være aktuelt å innføre Advokatsamfunnet dersom de fordeler det bringer klart oppveier ulempene. Regjeringsadvokaten kan ikke se at dette er tilfellet.

Den hovedsakelige begrunnelsen for utvalgets ønske om å pålegge medlemskap i Advokatsamfunnet synes som nevnt å være at den tilsyns- og disiplinærordningen som opprettes skal være uavhengig av staten. Denne begrunnelsen rekker ikke lenger enn at tilsynsmyndigheten gjøres uavhengig av staten. I dag er advokater underlagt tilsyn fra Tilsynsrådet, et offentlig organ hvis oppgaver overfor advokatene er begrenset til tilsynsoppgaver. Det foreslåtte Advokatsamfunnet skal ha langt flere og mer omfattende oppgaver.

Advokatsamfunnet skal etter utvalgets forslag *"ha som sentral oppgave å sikre og trygge rettsamfunnet, herunder ivareta rettssikkerheten, påpeke brudd på menneskerettene og avgi høringsuttalelser"* (utredningen side 337). En begrunnelse for hvorfor advokater skal være tvungne medlemmer av en organisasjon som utfører slike oppgaver kan jeg ikke se at utvalget har gitt.

Det fremstår for øvrig som uklart hva som ligger i at Advokatsamfunnet skal opptre *"balansert i rettspolitiske spørsmål"*. Det kan også reises spørsmål ved utgangspunktet om at balanserte uttalelser er mindre problematiske opp mot foreningsfriheten. Hva som er en balansert uttalelse er et definisjonsspørsmål. For en som har en oppfatning av et spørsmål som ligger langt fra sentrum, kan en balansert uttalelse være like problematisk som en ytterliggående uttalelse for en som har et balansert syn.

2.5.2 Betydningen av å opprettholde en advokatforening som står fritt til å avgi kontroversielle uttalelser.

Utvalget peker på at advokatmiljøet i Norge er lite sammenlignet med andre land, og i utvalgets beskrivelse av den foretrukne modellen, modell 3, forutsetter at advokatforeningen ikke fortsetter sin virksomhet ved siden av det foreslåtte Advokatsamfunnet. Regjeringsadvokaten savner en nærmere vurdering av hvilken betydning det har for den rettspolitiske debatten i vårt land – og ikke minst i eventuelle krisetider der rettsstaten settes på prøve – at man ikke lenger har en advokatforening som står fritt til å avgi kontroversielle uttalelser.

Regjeringsadvokaten oppfatter utvalget slik at den rollen advokatforeningen i dag har som rettspolitisk aktør, høringsinstans og deltaker i den offentlige debatt er viktig, og bør videreføres. Regjeringsadvokaten er enig i dette. Slik Regjeringsadvokaten ser det, taler imidlertid dette for at man opprettholder en ordning der tilsyns- og disiplinærordningen er atskilt fra både det rettspolitiske arbeidet og arbeidet med advokatenes næringsinteresser.

Advokatforeningens representantskap er inne på dette i sin uttalelse av 25. mars 2015, sitert i NOU'en side 335.

"Representantskapet legger til grunn at advokatenes forening skal ha full ytringsfrihet. Advokatforeningen er i dag en viktig stemme i den offentlige debatten og ikke minst en kompetent og engasjert forsvarer av rettstaten. Den kan ikke legges noen begrensninger på det samfunnsengasjement som advokatenes

forening skal kunne utvise. Begrensninger i ytringsfriheten vil i neste omgang svekke demokratiet”.

Regjeringsadvokaten antar for sin del at både hensynet til foreningsfriheten, og hensynet til advokatenes uavhengighet, tilsier at offentligrettslige oppgaver legges til selvstendige, uavhengige forvaltningsorganer. Både hensynet til den enkelte advokats rett til ikke å være organisert og behovet for en uavhengig advokatforening (eller flere) som står fritt til å uttale seg om rettspolitiske spørsmål uten å måtte ta hensyn til lovpålagte begrensninger som følge av tvungent medlemskap, tilsier en delt løsning.

Regjeringsadvokaten antar at det kan etableres oppnevnesprosedyrer for tilsyns- og disiplinærorganene som i ivaretar medlemmenes uavhengighet fra statsmakten, og at adgangen til domstolkontroll av de vedtak som fattes, under enhver omstendighet sikrer den enkelte advokats rettssikkerhet.

2.5.3 Allmennhetens tillit til tilsyns- og disiplinærorganene

Regjeringsadvokaten peker på at det også ut fra et annet perspektiv kan være problematisk å samle tilsynsoppgaver, regelutforming og rettspolitiske oppgaver hos samme organisasjon. Utad kan det fremstå som lite tillitvekkende at den samme organisasjonen som fremmer advokaters interesser skal føre tilsyn med advokater. Den tilliten en slik organisasjon er avhengig av for å ha legitimitet følger ikke av hva organisasjonen er ment å være, men hva den oppfattes å være.

2.5.4 Konklusjon

Regjeringsadvokaten viser til punktene ovenfor, og mener at valget bør stå mellom forslaget modell 1 og 2 – altså hva slags organ som skal løse tilsynsoppgavene.

3 VILKÅR FOR Å FÅ ADVOKATBEVILLING

Regjeringsadvokaten ser at det er behov for å forenkle og forbedre dagens ordning, men har noen innvendinger til utvalgets forslag.

Regjeringsadvokaten kan ikke se at det er behov for å forlenge praksiskravet slik utvalget foreslår. Som utvalget selv skriver, vil man heller ikke etter tre år være en «fullverdig» advokat.

Den foreslåtte advokatutdanningen fremstår som unødvendig omfattende. Det femårige jusstudiet bør være lagt opp på en slik måte at nyutdannede er rustet til å gå ut i arbeidslivet. De behov som utvalget identifiserer kan etter Regjeringsadvokatens syn ivaretas ved å styrke dagens advokatkurs med mer praktisk trening spisset mot advokatvirksomhet.

Utvalget peker på en rekke utfordringer med dagens prosedyrekrav og foreslår å fjerne dette. Regjeringsadvokaten er innforstått med at tilgangen til prosessoppdrag varierer sterkt og at opprettholdelse av kravet kan medføre at det tar uhenksom lang tid å få bevilling. Fra Regjeringsadvokatens ståsted fremstår likevel en total fjerning av kravet til sakførsel for domstolene betenkelig. Erfaring fra forberedelse og gjennomføring av en reell rettsak gir en forståelse for hvordan rettssystemet fungerer, som vanskelig kan tilegnes gjennom studier.

4 DOMSTOLSPRØVING AV GYLDIGHETEN AV ENKELTVEDTAK OG FORSKRIFTER

Utvalget foreslår en generell bestemmelse om domstolkontroll i § 88, der det ikke skiller mellom ulike typer av vedtak og forskrifter. Advokatnemndens vedtakskompetanse fremgår av lovforslaget § 67.

I de særskilte merknadene til bestemmelsen heter det:

«Domstolene kan i utgangspunktet prøve alle sider av vedtakene, men for skjønnsmessige spørsmål som beror på den særlige kompetansen Advokatnemnda eller Advokatsamfunnet besitter, kan det være grunn til tilbakeholdenhet fra domstolens side».

Regjeringsadvokaten kan ikke se at utvalget kommenterer i hvilken grad dette innebærer en endring i forhold til gjeldende rett, og hvorfor domstolskontrollen eventuelt skal være mer omfattende enn det som ellers gjelder ved domstolsprøving av forvaltningsvedtak.

I domstolloven § 230 annet ledd har man i dag en bestemmelse om rettens kompetanse ved søksmål i saker om tilbakekall av advokatbevillinger:

«Vedtak etter første punktum kan bringes inn for retten, som kan prøve alle sider av saken. Retten kan beslutte at vedtaket ikke skal ha virkning før det er avsagt dom eller endelig dom foreligger.»

Saksøker vil ofte be om at retten beslutter utsatt iverksettelse ved søksmål i saker om tilbakekall, og ovennevnte bestemmelse har stor praktisk betydning. Regjeringsadvokaten antar at domstolens kompetanse i tilbakekallssaker, og andre typer forvaltningsvedtak bør vurderes nærmere.

Med hilsen

REGJERINGSADVOKATEN

Elisabeth Stenwig
advokat



