

Advokatrollen i mekling

Kandidatnummer: 185859

Veileder: Camilla Bernt

Antall ord: 14 948



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

3. juni 2013

Innhold

1 Innledning	3
1.1 Emne og problemstilling	3
1.2 Forskjeller mellom mekling og alminnelig domstolsbehandling	4
1.3 Mekling og alternativ konfliktløsning	5
1.4 Metode og rettskildebildet	6
1.5 Avgrensninger, tilnærming og videre fremstilling	7
2 Utgangspunkter	8
2.1 Hva er rettssikkerhet?	8
2.2 Hva sier tvisteloven om rettssikkerhet i alminnelig domstolsbehandling og i mekling?	9
2.3 Hvilke rettssikkerhetsgarantier gir meklingsprosessen?	11
3 Rettslige og etiske rammer for advokatrollen	14
3.1 Advokatens rolle i alminnelig domstolsbehandling og mekling	14
3.2 Advokatforskriftens krav til advokaten som rådgiver	15
4 Betydningen av advokatens rådgivende rolle før og under mekling	18
4.1 Plikten til forsøk på minnelig løsning etter tvl. § 5-4	18
4.2 Når er råd om minnelig løsning i partens interesse?	19
4.2.1 Problemstillingen	19
4.2.2 Er saken egnet for mekling?	20
4.2.3 Er advokaten kompetent til å vurdere hva som er i partens interesse i mekling?	23
4.3 Hvordan bør advokaten opptre i mekling?	27
5 Betydningen av advokatens deltakelse i lys av rettssikkerhetsmessige problemstillinger ved meklerrollen	29
5.1 Problemstillingen	29
5.2 En tilretteleggende eller evaluerende meklerrolle?	30
5.3 Advokatens rolle	32
5.3.1 Betydningen av advokatens holdninger til meklerrollen	32
5.3.2 Betydningen av advokatens deltakelse når mekler opptre evaluerende	34
6 Avsluttende betraktninger	36
7 Litteratur	38

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Advokatrollen i mekling er et tema av stor aktualitet. *Mekling*¹ kan defineres på ulike måter, og det er ulike oppfatninger om hvordan meklingsprosessen bør være.² Sentrale elementer er imidlertid at parter i en konflikt får bistand fra en nøytral tredjeperson som ikke treffer avgjørelse i saken, men hjelper partene til selv å finne en løsning.³ *Vibeke Vindeløv* definerer mekling som

”[e]n frivillig og fortrolig konfliktløsningsmetode, hvor en eller flere upartiske tredjepersoner hjelper parterne med selv at finde og forhandle sig frem til en for dem tilfredsstillende løsning gjennom en strukturert proces. Mægler rammesætter og leder mæglingen, men træffer ingen afgørelse i sagen”.⁴

Mekling er en form for alternativ konfliktløsning som er gitt stor betydning i den nye tvisteloven av 2005, noe som illustreres av navnet *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister*. Tvisteloven har bestemmelser om fire ulike meklingstyper: mekling i forliksrådet, utenrettslig mekling, ordinær mekling og rettsmekling, jf. tvl. kapittel 6–8. Tvisteloven § 1-1 første ledd andre punktum sier at loven skal ”ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene.” Lovens forarbeider uttaler at “tvisteloven har to hovedfunksjoner: konfliktløsning og gjennomføring av den materielle lovgivning.”⁵ Lovgiver fremhever i tvisteloven domstolenes tvisteløsningsfunksjon i større grad enn tidligere, og dermed også viktigheten av alternativ konfliktløsning i saker som er egnet for dette.⁶

Både internasjonalt og i Norge går utviklingen i retning av mer fokus på alternative måter for å løse konflikter.⁷ Videre gjør institusjonalisering av meklingsformer, som eksempelvis innføringen av rettsmekling som en permanent ordning i domstolene i 2008, at mekling har økt i betydning og omfang.⁸ I dag finnes rettsmeklingstilbudet ved alle tingretter og lagmannsretter, og advokater som prosederer saker for retten, møter derfor mekling som alternativ til tradisjonell domstolsbehandling. Dette viser hvordan mekling er blitt mer og mer

¹ Det engelske ordet for mekling, *mediation*, kommer av det latinske ordet ”medium” og betyr ”det som er i midten”, se Vindeløv 2008 s. 125 og Kjelland-Mørdrø mfl. 2008 s. 91.

² Bernt 2011 s. 17 og Kjelland-Mørdrø mfl. 2008 s. 91. Det finnes eksempelvis ulike oppfatninger om meklerrollen bør være tilretteleggende eller evaluerende, se nærmere om dette i kapittel 5.

³ Bernt 2011 s. 17 og Kjelland-Mørdrø mfl. 2008 s. 91.

⁴ Vindeløv 2008 s. 126. Se flere definisjoner i Bernt 2011 s. 17, Kjelland-Mørdrø mfl. 2008 s. 275 og Ristvedt 2013 s. 17–18.

⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 41 (heretter prp.), se også NOU 2001: 32 s. 127 (heretter NOU).

⁶ Bernt 2011 s. 249, se Prp. s. 41–43, 60, 72 og 80, NOU s. 127–129 og 208.

⁷ NOU s. 208.

⁸ Se Ristvedt 2013 s. 21 og Engebretsen 2010a s. 4.

aktuelt også innenfor arbeidsområdet til *advokaten*, som rådgiver for klienter i håndtering og løsning av konflikter.⁹ Meklingstilbudet er fortsatt av nokså ny dato, og det er derfor behov for større bevissthet rundt dette.¹⁰

Emnet for denne fremstillingen er advokatrollen i mekling, og problemstillingen er *hvilken betydning advokatens rolle som rådgiver har for partens rettssikkerhet i mekling*. Dette kan være en interessant innfallsvinkel, ettersom det hittil ikke er skrevet så mye om betydningen av advokatens deltakelse, særlig ikke med fokus på rettssikkerhetsmessige aspekter.¹¹ Temaet kan med dette også gi nyttige perspektiver hva gjelder juristens rolle, samt rettssystemet og dets utvikling.

Prinsipper for *rettssikkerhet* i alminnelig domstolsbehandling gjelder i mindre utstrekning i mekling.¹² Det er derfor viktig å sette søkelys på hvorvidt partenes rettssikkerhet i tilstrekkelig grad blir ivarettatt i meklingsprosessen. Dette reiser særlige problemstillinger, også hva gjelder advokatrollen.

Advokatrollen i mekling er tradisjonelt i mange fremstillinger blitt ansett som tilbaketrukket.¹³ Imidlertid kan dennes rådgivning ha stor innvirkning på partens valg, både før og etter saksanlegg. Det er derfor viktig med større fokus på og bevissthet rundt advokatens rolle, særlig i et rettssikkerhetsmessig perspektiv.

1.2 Forskjeller mellom mekling og alminnelig domstolsbehandling

For vurderinger av rettssikkerhet i mekling er en forståelse av grunnleggende forskjeller mellom mekling og domstolsbehandling viktig. Mekling er en sentral konfliktløsningsform som alternativ til alminnelig domstolsbehandling. Dette er to ulike prosesser som begge har sine fordeler, og bør dermed være reelle alternativer uten å erstatte hverandre.¹⁴

Ordet *konflikt* betyr ”sammenstøt”, og kommer av det latinske ordet *conflictus*.¹⁵ Vindeløv definerer konflikter som ”uoverensstemmelser mellom to eller flere parter, der fremkalder spændinger i den enkelte.”¹⁶ Hvor begrepet konflikt også rommer ikke-juridiske

⁹ Engebretsen 2010a s. 4. Se også Ristvedt 2013 s. 16, som sier at praktiserende advokater nesten uten unntak vil bli involvert i rettsmekling.

¹⁰ Se Engebretsen 2010a s. 4.

¹¹ Se Ristvedt 2013 s. 32. Per Ristvedt har imidlertid gitt ut boken *Advokaten i rettsmekling*, 2013. Se også Ristvedt 2013 s. 19 med videre henvisninger til tidligere artikler om rettsmekling med fokus på advokatens rolle. Det er i 2009 skrevet en masteroppgave om rettssikkerhet i rettsmekling.

¹² Bernt 2011 s. 408. Se kapittel 2 for behandling av rettssikkerhetsbegrepet.

¹³ Ristvedt 2013 s. 32.

¹⁴ Prp. s. 43, NOU s. 127, Bernt 2011 s. 234, Vindeløv 2008 s. 17-18 og Mykland 2007 s. 311–313.

¹⁵ Mykland 2007 s. 294.

¹⁶ Vindeløv 2008 s. 72.

aspekter, er en *tvist* kun sentrert rundt de rettslig definerte deler av uoverensstemmelsen.¹⁷ I møte med jurister vil ofte vurdering av konflikten skje ut fra juridiske problemstillinger, noe som kan kalles en rettsliggjøring av konflikten.¹⁸ Distinksjonen mellom begrepene konflikt og tvist er nyttig i diskusjonen om rettssikkerhet i mekling.

I den alminnelige domstolsprosessen er behandlingen av konflikten konsentrert om den rettslige tvisten, hvor partenes påstander og krav er ramme for hva domstolen kan avgjøre, jf. disposisjonsprinsippet uttrykt i tvl. § 11-2 første ledd.¹⁹ Domstolsbehandling er orientert mot partenes rettigheter.²⁰ Mekling gir på sin side mulighet til å fokusere på flere konfliktdimensjoner enn de rettslig relevante faktorer, og ha en mer utforskende definering av konflikten.²¹ I mekling er partenes interesser i fokus, noe som særlig er uttalt i tvl. § 8-5 tredje ledd om rettsmekling. I mange tilfeller kan det problematiseres hvorvidt håndtering og avgjørelse av den rettslige *tvisten* faktisk løser den underliggende *konflikten*.²²

For en forståelse av hvordan rettssikkerhet kan ivaretas i mekling, kan det være hensiktsmessig å se på verdigrunnlaget for *den reflekssive meklingsmodell*, utviklet av Vindeløv. Dette er en eklektisk modell: Den er åpen for å inkludere elementer fra andre meklingsmodeller,²³ og har fokus på bevissthet om verdiene som ligger til grunn for meklingen.²⁴ Verdigrunnlaget uttrykker for det første at konflikter er et livsvilkår, og at det er håndteringen som avgjør om konflikten er destruktiv eller konstruktiv. Videre er tanken at partene er eksperter på eget liv, at det må gjelde en aksept av flere virkelighetsoppfatninger samt at dialog har en sentral betydning. Meklingsmodellen er også basert på at det er mulig å finne tilfredsstillende løsninger for begge parter, og på nødvendigheten av både individualitet og relasjon.²⁵

1.3 Mekling og alternativ konfliktløsning

Tvistelovens forarbeider definerer alternativ tvisteløsning som ”metoder for løsning av rettsvister på en annen måte enn ved tradisjonell domstolsbehandling og dom.”²⁶ Alternativ konfliktløsning er et vidt begrep som rommer både formelle og uformelle

¹⁷ Vindeløv 2008 s. 74, Bernt 2011 s. 96–97 og Mykland 2007 s. 306–307.

¹⁸ Vindeløv 2008 s. 74, Bernt 2011 s. 96–97 og Mykland 2007 s. 306–307.

¹⁹ Bernt 2011 s. 97–98 og Mykland 2007 s. 306–307.

²⁰ Mykland 2007 s. 299–303 og Austbø og Engebretsen 2006 s. 158–159.

²¹ Mykland 2007 s. 307–308.

²² Mykland s. 309–311, Bernt 2011 s. 97 og 99 og Robberstad 2013 s. 3.

²³ Eksempler er her den problemløsende, transformativ, narrative, kognitive humanistiske og organiske meklingsmodell, se Vindeløv 2008 s. 21–26.

²⁴ Vindeløv 2008 s. 3–4.

²⁵ Vindeløv 2008 s. 13–17.

²⁶ Prp. s. 60.

konfliktløsningsformer, i og utenfor domstolsregi. Jeg har valgt å avgrense problemstillingen til rettssikkerhet i *mekling*, ettersom dette er en sentral form for alternativ konfliktløsning. Videre er tema for fremstillingen meklingsordningene utenrettslig mekling, jf. tvl. kap. 7,²⁷ ordinær mekling, jf. tvl §§ 8-1–8-2, rettsmekling, jf. tvl. §§ 8-3–8-7 og mekling i familiesaker, jf. barneloven kap. 7 (§§ 59 og 61, se også §§ 48-49, 51–56). Jeg avgrenser dermed mot andre typer mekling og alternativ konfliktløsning, som eksempelvis mekling i forliksråd, voldgiftsinstituttet, mekling i konfliktråd og private meklingsinitiativ eksempelvis i form av kontraktsklausuler.²⁸ Vurderingene som foretas i oppgaven, vil dermed ikke nødvendigvis ha overføringsverdi til andre meklingsformer på alle punkter.

1.4 Metode og rettskildebildet

Jeg vil analysere ulike regler om advokatrollen i mekling ved bruk av alminnelig rettsdogmatisk metode. Jeg vil også ha rettspolitiske vurderinger underveis i fremstillingen.

I hovedsak vil jeg ta utgangspunkt i og tolke relevante bestemmelser i tvisteloven og advokatforskriften, samt se på enkelte bestemmelser i barneloven. Mekling er et nokså nytt rettsvitenskapelig område. Det finnes lite relevant rettspraksis, på tross av at mekling reiser flere juridiske problemstillinger. Dette kan skyldes at mekling før den nye tvisteloven i liten grad har vært lovregulert.²⁹ Det finnes noe rettspraksis om enkeltspørsmål med relevans for mekling samt beslutninger fra Disiplinærnemden og disiplinærutvalget om problemstillinger tilknyttet advokatens opptreden.³⁰ Jeg vil benytte relevant rettspraksis og praksis i fremstillingen. Disiplinærnemden er et nasjonalt organ, og praksis fra denne er dermed lett tilgjengelig og kan sannsynligvis virke normerende på atferd. Det kan derfor være naturlig å tillegge slik praksis en viss rettskildemessig vekt.³¹

Mekling er som nevnt gitt stor betydning i tvisteloven av 2005, og er i stor utstrekning omtalt i forarbeidene. Forarbeidenes betraktninger kan derfor gi nyttige bidrag til forståelsen av lovreglene. Mekling er i liten grad omtalt i sivilprosesslitteratur, og det er ikke skrevet mye om advokatens rolle. Reelle hensyn er en viktig rettskilde ved problemstillinger tilknyttet mekling, ettersom det finnes lite øvrig rettskildemateriale for løsning av disse.³²

²⁷ Utenrettslig mekling kan også skje uten det deklarasjonsregime som er etablert i tvl. kapittel 7.

²⁸ Austbø og Engebretsen 2006 s. 25–31.

²⁹ Bernt 2011 s. 18–19 og s. 34–36.

³⁰ Se Bernt 2011 s. 19 og 36 med videre henvisninger til rettspraksis om blant annet habilitetsspørsmål og gyldigheten av rettsforlik. Disiplinærnemden er tilsynsrådet for advokatvirksomhet, jf. dl. § 227 og advokatforskriften kapittel 5. Disiplinærutvalget er på visse vilkår førsteinstans ved klager mot advokater, jf. advokatforskriften § 5-3 tredje til femte ledd.

³¹ Se Bernt 2011 s. 39-44.

³² Bernt 2011 s. 48.

Også meklingsteori³³ vil bli benyttet i fremstillingen, ettersom dette er nyttig for å belyse problemstillinger de lege lata og de lege ferenda.³⁴ Når lovtekst og praksis bruker begreper fra meklingsfaget, er innsikt fra meklingsteorien nødvendig for å tolke disse. Videre kan meklingsteori komme inn som reelle hensyn.³⁵ Hvor det øvrige rettskildematerialet ikke gir entydig anvisning på ett tolkningsresultat, og andre avgjørende hensyn ikke taler imot, kan det være riktigst å velge den løsningen som er i samsvar med meklingsteorien. Også i rettspolitiske vurderinger kan meklingsteori gi nyttige bidrag.

1.5 Avgrensninger, tilnærming og videre fremstilling

Betydningen av advokatens rådgivende rolle for partens rettssikkerhet i mekling er en omfattende problemstilling. Det er derfor hensiktsmessig og nødvendig med visse avgrensninger. Jeg vil ha fokus på de mest aktuelle spørsmålene, og avgrenser dermed tema mot andre emner som kan ha relevans.

Jeg har valgt å avgrense problemstillingen mot meklingsordningen advokatmekling, ettersom dette på skrivende tidspunkt ikke har stor utbredelse.³⁶ Jeg behandler heller ikke advokatens rolle som mekler, ettersom dette ikke reiser særlige problemstillinger utover alminnelige spørsmål tilknyttet meklerrollen.³⁷ Det er derfor mest hensiktsmessig å se nærmere på advokatens *rådgivende rolle*, også siden det er behov for større fokus på dette temaet. I fremstillingen fokuserer jeg på de aspekter ved rettssikkerhet i mekling som er mest sentrale for vurderingen av advokatrollen. Blant annet avgrenser jeg mot problemstillinger om taushetsplikt og bevisforbud. Dette er interessante innfallsvinkler, men har likevel ikke størst relevans for hvordan advokaten i sin *rådgivning* kan bidra til rettssikkerhet. Jeg har videre valgt en generell tilnærming til problemstillingen. I kapittel 5 vil jeg imidlertid også fokusere mer spesifikt på betydningen av advokatens rolle i lys av de utfordringer som *meklerrollen* gir.

I fremstillingen har jeg valgt et mer overordnet blikk på hvordan advokaten kan bidra til å ivareta rettssikkerhetsgarantier. En alternativ tilnærming kunne være å fokusere på reglene i de enkelte meklingsordninger, og vurdere betydningen av advokatrollen i disse. Jeg bruker imidlertid relevante eksempler fra de ulike meklingsordningene der dette kan belyse problemstillingen.

³³ Litteratur om hvordan meklingsprosessen bør være uten å gi fremstilling av rettsreglene, se Bernt 2011 s. 28.

³⁴ Se Bernt 2011 s. 28 og 48–49.

³⁵ Se Bernt 2011 s. 28 og 48–49.

³⁶ Advokatmekling er en meklingsordning som ble innført av Den Norske Advokatforening i 2000. Advokaten påtar seg her meklingsoppdrag etter at partene har inngått avtale om mekling i samsvar med Advokatforeningens retningslinjer, se Austbø og Engebretsen 2006 s. 27.

³⁷ Advokaten kan eksempelvis være rettsmekler dersom vilkårene i tvl. § 8-4 og tvistelovsforskriften §§ 7-9 er oppfylt.

I den videre fremstilling skal jeg i kapittel 2 se på utgangspunkter for rettssikkerhet. Her ser jeg nærmere på rettssikkerhetsbegrepet, og på hvilke forskjeller som finnes mellom rettssikkerhetsmessige garantier i mekling og domstolsbehandling. Dette er nyttig som en overordnet referanseramme for å kunne drøfte konkrete problemstillinger knyttet til advokatens rolle. Under kapittel 3 skal jeg undersøke rettslige og etiske rammer for advokatrollen i mekling. Jeg kommer videre i kapittel 4 til å se nærmere på konkrete problemstillinger med hensyn til hvordan advokatens rådgivning før og under mekling kan ha betydning for partens rettssikkerhet. Temaet i kapittel 5 er advokatens rådgivende funksjon i lys av de særlige rettssikkerhetsmessige problemstillinger meklerrollen reiser. I kapittel 6 gir jeg noen avsluttende betraktninger.

2 Utgangspunkter

2.1 Hva er rettssikkerhet?

Rettssikkerhet kan kort defineres som den sikkerhet borgerne av en rettstat har for visse grunnleggende rettigheter. Rettssikkerhet står sentralt i det verdimeslige grunnlaget for rettsstaten.³⁸ *Jan Fridthjof Bernt* sier at prinsippet gir vern mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetene, og er uttrykk for det liberale frihetsideal; at alle borgere i utgangspunktet skal ha like muligheter, og at borgernes mulighet til selvtutfoldelse så lite som mulig skal begrenses av offentlig inntreden.³⁹ Rettssikkerhet har både en prosessuell og en materiell side. Elementer i disse er forutberegnelighet og forsvarlige beslutningsprosesser i forvaltning og domstolsbehandling samt krav til likhet og rettferdighet.⁴⁰

Med *forutberegnelighet* menes at borgerne ut fra tilstrekkelig tydelige og tilgjengelige regler har adgang til å forutse sin rettsstilling.⁴¹ Dette er det mest grunnleggende element for rettssikkerhet.⁴² Mekling er basert på at partene skal ha rådighet over og ansvar for konfliktens løsning. Dette tilsier at forutberegnelighetskravet her ikke har adresse til resultatet i meklingen, men til hvordan meklingsprosessen foregår.⁴³

Prosessuell rettssikkerhet stiller krav til betryggende ordninger og forsvarlige fremgangsmåter for å få fastslått borgernes rettigheter og plikter.⁴⁴ Samfunnets

³⁸ Bernt og Mæhle 2007 s. 374 og 376.

³⁹ Bernt og Mæhle 2007 s. 374 og 376–377.

⁴⁰ Bernt og Mæhle 2007 s. 374 og 377 og Eckhoff og Smith 2010 s. 58.

⁴¹ Aall 2004 s. 104 og Bernt og Mæhle 2007 s. 377–379.

⁴² Bernt og Mæhle 2007 s. 377.

⁴³ Se prp. s. 126, Bernt 2011 s. 387–388, 480–482 og 222–223, med videre henvisning til Vindeløv 1997 s. 276 og Lindell 2006 s. 214. Se også Vindeløv 2008 s. 357–358.

⁴⁴ Bernt og Mæhle 2007 s. 380 og prp. s. 35.

prosessordning kan slik bidra til å skape fred og orden og gi sikkerhet for rettslige posisjoner.⁴⁵ Grunnleggende krav til saksbehandlingen for domstolene finnes i rettspleielovene domstoloven, straffeprosessloven og tvisteloven samt i internasjonale konvensjoner som Den europeiske menneskerettighetskonvensjon. Krav til domstolprosessen er blant annet at denne skal være kontradiktorisk, offentlig og overprøvbar. Etter EMK artikkel 6 nr. 1 har enhver rett til å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter for domstolen ved tvist om disse, og det må ikke foreligge urimelige hindre for slik tilgang.⁴⁶ Eksempelvis kan stort press for å inngå forlik være i strid med partens rett til domstolsbehandling.⁴⁷ En forutsetning for at domstolene kan være et reelt konfliktløsningstilbud for alle, er imidlertid også at de ikke blir overlesset av saker som er egnet til å bli løst på annen måte.⁴⁸

Materiell rettssikkerhet innebærer at borgerne skal sikres *likhet* for loven, hvor myndighetsutøvelse og avgjørelse av tvister skal være basert på generelle regler, som også skal være gitt på forhånd.⁴⁹ Likhetskravet er nært tilknyttet og basert på samfunnets oppfatninger av *rettferdighet*. Dette kommer eksempelvis til uttrykk i innholdet av regler som gir vern mot usaklig forskjellsbehandling og i velferdsstatens minimumsrettigheter.⁵⁰ Som den videre fremstillingen vil vise, kan oppfatningen av hva som anses som ”rettferdighet” være ulik i mekling og domstolsprosessen.⁵¹

2.2 Hva sier tvisteloven om rettssikkerhet i alminnelig domstolsbehandling og i mekling?

Det gjelder visse grunnleggende prinsipper for domstolsbehandling av sivile saker, som skal sikre at prosessen og avgjørelsen blir rettferdig og forsvarlig. Tvistelovens formålsparagraf § 1-1 første ledd første punktum sier at loven skal tilrettelegge for en ”rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitsskapende behandling av rettsvister gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler.” I tvl. § 1-1 andre ledd presiseres det nærmere hvordan formålene i første ledd skal ivaretas. Her heter det at partene skal sikres kontradiksjon, muntlighet og bevisumiddelbarhet. Videre skal saksbehandlingen og kostnadene stå i rimelig forhold til sakens betydning, og partene skal sikres likebehandling på tross av ulike ressurser.

⁴⁵ Robberstad 2013 s. 2.

⁴⁶ Bernt og Mæhle 2007 s. 381–382 og Aall 2004 s. 386–387, 401–402, 409–411 og 457–458.

⁴⁷ Bernt 2011 s. 199, med videre henvisning til NOU s. 170 og avgjørelsen Deweer mot Belgia, 27.2.1980, avsnitt 48–54.

⁴⁸ Prp. s. 43, 60 og 73–74, og Bernt 2011 s. 231 og 234.

⁴⁹ Bernt og Mæhle 2007 s. 383 og 386.

⁵⁰ Bernt og Mæhle 2007 s. 384.

⁵¹ Se eksempelvis kapittel 4.2.3.3.

Viktige avgjørelser skal begrunnes og partene skal ha adgang til å overprøve avgjørelser av vesentlig betydning. Tvistelovens § 1-1 må også leses i lys av kravet til rettførdig rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1. Tvistelovens forarbeider uttaler at tvl. § 1-1 dekker de sentrale kravene etter EMK artikkel 6, og antakeligvis rekker også bestemmelsen lenger enn det vernet artikkelen gir.⁵²

I sivilprosessen gjelder også disposisjons- og forhandlingsprinsippet, som uttrykt i tvl. § 11-2 første og andre ledd. Disse prinsippene går ut på at det er partene som setter rammene for hva domstolen kan behandle og avgjøre (se imidlertid tvl. § 11-4 om saker med begrenset rådighet for partene), og som har hovedansvaret for bevisførselen. Likevel har dommeren et overordnet ansvar for saksforberedelse og saksstyring under hovedforhandlingen. Det er dermed dommeren som tredjepart som har kontroll og ansvar for både prosessen og avgjørelsen.⁵³

Mekling er som nevnt en frivillig konfliktløsningsmetode der konflikten skal avgjøres av partene, og ikke av en utenforstående tredjeperson. Visse sentrale rettssikkerhetsprinsipper i alminnelig domstolsbehandling er derfor satt til side.⁵⁴ I likhet med rettssaker er det også i mekling normalt krav om at mekler skal være upartisk og nøytral. Dette er et ubetinget krav i utenrettslig mekling, se tvl. § 7-2 andre ledd og i mekling i domstolene, se § 8-2 første ledd tredje punktum om ordinær mekling og familiemekling⁵⁵ og §§ 8-5 tredje ledd og 8-7 andre ledd om rettsmekling.⁵⁶

I mekling er prosessen også i stor grad muntlig og umiddelbar, se eksempelvis tvl. §§ 7-3 første ledd og 8-5 andre ledd og barneloven § 53, som sier at partene selv skal møte under meklingen. Det finnes imidlertid til dels unntak fra disse prinsippene. Eksempelvis vil en eventuell bevisførsel⁵⁷ ofte være uformell og skriftlig, som fremleggelse av skriftlige sakkyndigrapporter, og ikke være av samme kvalitet som i domstolsbehandling.⁵⁸ I motsetning til rettssaker, er mekling i visse former en fortrolig prosess uten adgang til offentlig kontroll. Dette er tilfellet for rettsmekling, som skjer utenfor rettsmøter, jf. tvl. § 8-5 første ledd første punktum. Dermed kan det være større utfordringer for rettssikkerheten her

⁵² Prp. s. 363 og Bernt 2011 s. 198.

⁵³ Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 96.

⁵⁴ Bernt 2011 s. 408.

⁵⁵ Se barneloven § 59 tredje ledd om at reglene i domstolloven og tvisteloven gjelder så langt ikke annet følger av reglene i barneloven.

⁵⁶ Krav om nøytralitet og upartiskhet er også den alminnelige oppfatning utenfor disse meklingsordningene. Det finnes imidlertid meklingsordninger hvor kravet ikke oppfylles fullt ut, eksempelvis hvor en leder mekler i tvister mellom underordnede.

⁵⁷ Se tvl. § 8-5 fjerde ledd om bevisførsel under rettsmekling.

⁵⁸ Se Bernt 2011 s. 119, se også NOU s. 723.

enn i ordinær mekling og familiemekling, som er del av den alminnelige rettergangen i saken, jf. tvl. § 8-1 første ledd og bl. § 59 andre ledd, og dermed i utgangspunktet er offentlig, se tvl. § 8-2 første ledd.⁵⁹ Videre foreligger det ikke ankemulighet. Dersom partene kommer frem til en minnelig løsning, kan forliket inngås som utenrettslig forlik med alminnelige avtalerettslige virkninger, eller som rettsforlik. Et rettsforlik har samme virkning som en rettskraftig dom, jf. tvl. § 19-12 første ledd. Det er kun en begrenset adgang til å få kjent rettsforlik avtalerettslig ugyldig, jf. § 19-12 andre til fjerde ledd.

Når det gjelder kontradiksjon, er det ulike regler for de forskjellige meklingsformene. Retten kan ikke i ordinær mekling og familiemekling holde særmøter med hver av partene eller motta opplysninger som ikke gjøres kjent for begge, jf. tvl. § 8-2 første ledd andre punktum og bl. § 59 tredje ledd.⁶⁰ I rettsmekling er det imidlertid adgang til å ha separate møter, jf. § 8-5 første ledd tredje punktum. Dette er fordi mekler ikke skal være dommer i saken, og uttalelser og argumentasjon som ikke begge parter er kjent med derfor ikke skal være grunnlag for avgjørelse.⁶¹ Mekler er i rettsmekling også gitt større handlingsrom enn i ordinær mekling, se tvl. § 8-5 første og tredje ledd. Dette fordi mekler i ordinær mekling er dommer i saken videre dersom mekling ikke fører frem, og loven oppstiller dermed begrensinger for å ivareta dommerens habilitet. I rettsmekling er imidlertid hovedregelen at en ny dommer overtar dersom enighet ikke oppnås, jf. § 8-7 andre ledd. Som jeg skal belyse i kapittel 5, er det imidlertid ulike oppfatninger om i hvilken grad mekleren skal gi uttrykk for synspunkter på de materielle spørsmålene i saken også i rettsmekling, av hensyn til partenes rettssikkerhet.

2.3 Hvilke rettssikkerhetsgarantier gir meklingsprosessen?

Det finnes i liten grad regulering av meklingsprosessen. Der det i USA i år 2000 fantes mer enn 2500 lover og forskrifter om mekling, er det i Norden og EU få regler som detaljregulerer dette.⁶² Det finnes i dag generelle rammelover med visse retningslinjer, som reglene i tvisteloven og konfliktrådsloven, men reguleringen gir aktørene et vidt handlingsrom.⁶³ Dette kan reise problemstillinger med hensyn til forutberegnelighet i meklingsprosessen.

Merknadene til tvistelovens bestemmelser om rettsmekling sier imidlertid at det kan

⁵⁹ I Prp. s. 388 og NOU s. 721 uttales det at domstollovens alminnelige regler er avgjørende i spørsmålet om rettsmøtet skal skje for åpne eller lukkede dører i disse meklingsformene. Familiesaker er som den klare hovedregel unntatt offentlighet også i alminnelig domstolsbehandling, se dl. § 125 andre ledd. Se også Bernt 2011 s. 205–206 og 391.

⁶⁰ Se Bernt 2011 s. 477.

⁶¹ Bernt 2011 s. 408.

⁶² Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 268–269, med videre henvisning til Boserup og Humle 2001.

⁶³ Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 268–269. Se også Bernt 2011 s. 480–482, med videre henvisninger.

være vanskelig å detaljregulere mekling og meklerrollen.⁶⁴ I litteraturen gis det uttrykk for at det er nødvendig at meklingsprosessen i stor grad er uregulert, samtidig som det gjelder visse garantier og rammer for denne.⁶⁵

I meklingsteori anses de grunnleggende prinsipper for mekling å være partsautonomi, nøytralitet og upartiskhet, fortrolighet, rettferdighet og maktbalanse.⁶⁶ Med *partsautonomi* menes at det er opp til partene om de vil mekle, inngå en avtale og hva innholdet i en eventuell avtale skal være.⁶⁷ Meklingsprosessen er basert på frivillighet og at partene skal ha rådighet over konflikten.⁶⁸ En forutsetning for at det er tale om mekling er at det er partene, og ikke mekler, som bestemmer løsningens innhold. Det kan imidlertid være ulike oppfatninger om hvor langt mekler skal gå i å påvirke innholdet i avtalen.⁶⁹ Når det gjelder hvorvidt deltakelse i mekling er frivillig, gir tvl. § 8-3 andre ledd andre punktum mekler i liten grad adgang til å beslutte rettsmekling mot partenes vilje. I familiemekling gjør imidlertid hensynet til barnets beste at deltakelse til en viss grad er obligatorisk.⁷⁰ Etter tvl. § 9-4 tredje ledd, jf. andre ledd bokstav a skal dommeren drøfte med partene om det skal skje ordinær mekling, men det er her ikke krav om partenes samtykke før mekling innledes.⁷¹ Det er likevel alltid frivillig å inngå avtale.⁷²

Kravet om *nøytralitet og upartiskhet* innebærer at mekler er uavhengig og nøytral, både hva gjelder parter og resultat. Dette er en forutsetning for partenes tillit til mekler og prosessen.⁷³ Kravet om nøytralitet kan være vanskelig å praktisere fullt ut, ettersom alle bringer med seg visse holdninger og verdier. Det som kreves er derfor at mekler er bevisst på dette, og at han forsøker å holde egne holdninger atskilt fra oppgaven om å assistere partene i deres løsning av konflikten ut fra deres interesser og behov.⁷⁴

Fortrolighet innebærer at det som kommer frem under meklingen, ikke viderefremmes til andre. Dette har stor betydning for at partene kan være åpne, og ha tillit til at deltakelse i mekling ikke får uønskede konsekvenser.⁷⁵ Fortrolighet er dermed sentralt for

⁶⁴ Prp. s. 126. Odelstingsproposisjonen drøfter her visse problemstillinger som kan være retningsgivende for meklerrollen, og sier at disse bør stå sentralt i opplæringen av meklere.

⁶⁵ Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 269, med videre henvisning til Boserup og Humle 2001 s. 281, Bernt 2011 s. 480–481, med videre henvisning til Dalberg-Larsen 2009 s. 71–72 og 174.

⁶⁶ Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 275 og Vindeløv 2008 s. 126–129.

⁶⁷ Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 283–284.

⁶⁸ Prp. s. 126, Vindeløv 2008 s. 14 og Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 96.

⁶⁹ Se kapittel 5.2.

⁷⁰ Austbø og Engebretsen 2006 s. 55. Se også kapittel 4.2.2.

⁷¹ Bernt 2011 s. 203, med videre henvisning til prp. s. 387.

⁷² Bernt 2011 s. 123.

⁷³ Austbø og Engebretsen 2006 s. 49.

⁷⁴ Vindeløv 2008 s. 235 og Kjelland-Mørdre 2008 s. 278–279.

⁷⁵ Vindeløv 2008 s. 232 og Kjelland-Mørdre 2008 s. 292.

meklingsklimaet og meklingsprosessen, hvor man søker å avdekke partenes interesser og behov.⁷⁶

Rettferdighet er i meklingsteori beskrevet med adresse til både prosess og resultat. Den prosessuelle rettferdighet kan her være minst like viktig som en rettferdig avgjørelse av konflikten. En rettferdig prosess kan medføre at også resultatet oppleves rettferdig.⁷⁷ En diskusjon i litteraturen er hvorvidt konfliktens løsning bør samsvare med materiellrettslige standarder for å være rettferdig. Dette skal jeg belyse nærmere i kapittel 4.2.3.3. Det som kjennetegner mekling i forhold til alminnelig domstolsbehandling, er imidlertid at det er mekler som har ansvar for *prosessen*, mens det derimot er partene som har ansvar for *konfliktens løsning*.⁷⁸

Med *maktbalanse* menes at partene har like muligheter til å utøve autonomi i meklingsprosessen. Sentralt er her partenes ressurser og deres mulighet til å realisere disse.⁷⁹ De vil eksempelvis kunne ha ulike personlige eller juridiske ressurser, eller ha ulikt informasjonsgrunnlag.⁸⁰ Dette kan også ha betydning for hvorvidt partene kan inngå en rettferdig avtale.⁸¹

Jeg har nå gitt en oversikt over grunnleggende prinsipper for meklingsprosessen. Det kan videre problematiseres hvorvidt disse garantier i tilstrekkelig grad ivaretar partenes rettssikkerhet. Rettssikkerhetsmessige utfordringer kan for det første være om partenes frivillighet og selvbestemmelsesrett er reell. Videre kan det stilles spørsmål ved partenes materielle rettssikkerhet ved inngåelse av forlik, og om de her eventuelt bør vernes mot å bli urimelig stilt.

Vindeløv uttaler at mekling ikke reiser rettssikkerhetsmessige problemer, ”al den stund målet med mæglingen hverken er ret, forudsigelighed el.lign.”⁸² Avgjørende er imidlertid at mekling skjer i samsvar med dens ideelle utforming. Hun sier her at ”[f]orsvaret mod magtmisbrug ligger alene i parternes frivillighed og personlige styrke til at varetage egne interesser samt mæglerens dygtighed og ansvarlighed.”⁸³ Mekler kan tilrettelegge for at prosessen gir partene tid og anledning til å ivareta sine interesser, blant annet med gode spørsmål som kan hjelpe dem til refleksjon.⁸⁴

⁷⁶ Austbø og Engebretsen 2006 s. 51.

⁷⁷ Vindeløv 2008 s. 272 og 209 og Kjelland-Mørdre 2008 s. 296, med videre henvisning til Vindeløv 2004.

⁷⁸ Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 296–297 og Austbø og Engebretsen 2006 s. 50.

⁷⁹ Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 297.

⁸⁰ Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 298.

⁸¹ Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 297.

⁸² Bernt 2011 s. 222–223, med videre henvisning til Vindeløv 1997 s. 276.

⁸³ Bernt 2011 s. 222–223, med videre henvisning til Vindeløv 1997 s. 276.

⁸⁴ Bernt 2011 s. 223. Se også Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 298–301.

Temaet i fremstillingen min er å se nærmere på hvilken betydning *advokaten* kan ha for å ivareta meklingsgarantiene og dermed partens rettssikkerhet. Jeg kommer særlig til å fokusere på hvordan advokaten kan bidra til *partsautonomi*, *rettferdighet* og *maktbalanse*, ettersom dette reiser problemstillinger med størst aktualitet i relasjon til advokatens rolle. Fremstillingen avgrenser seg dermed i hovedsak mot spørsmål tilknyttet *fortrolighet* og *nøytralitet*. I det følgende skal jeg først se nærmere på rettslige og etiske rammer for advokatrollen. Deretter er temaet mer konkret hvordan advokatens rolle før og under mekling kan ha betydning for partens rettssikkerhet.

3 Rettslige og etiske rammer for advokatrollen

3.1 Advokatens rolle i alminnelig domstolsbehandling og mekling

Som et utgangspunkt for å forstå betydningen av advokatens oppgave som rådgiver i mekling, kan en kort sammenligning av rammene for advokatens rolle i alminnelig domstolsbehandling og mekling være nyttig.

I de fleste saker som står for domstolene etter reglene om allmennprosess, har partene en prosessfullmektig, ofte en advokat, som opptrer på deres vegne. I alminnelig domstolsbehandling har han en aktiv rolle ved å opptre prosederende og fremlegge saken med rettslig argumentasjon. Etter tvisteloven § 3-1 første ledd har parten rett til å ”la seg representere av en prosessfullmektig”, og en prosessfullmektig kan utføre alle prosesshandlinger på vegne av sin part, jf. tvisteloven § 3-4 første ledd første punktum. Dette innebærer at advokaten som prosessfullmektig kan foreta alle rettergangsskritt i sakførselen for den aktuelle instans, blant annet å anlegge og motta søksmål, fremsette og tilbakekalle påstandsgrunnlag og bevistilbud samt være legitimert til å inngå rettsforlik.⁸⁵ Etter tvl. § 3-5 andre ledd anses prosesshandlinger gjort av prosessfullmektigen innenfor prosessfullmakten som foretatt av parten selv. Dette innebærer full identifikasjon mellom advokaten og parten.⁸⁶

I mekling har den rådende oppfattelsen i norsk meklingsteori vært at advokaten skal ha en mer tilbaketrukket rolle som bisitter for parten.⁸⁷ Dette synspunktet har også lovgiver inntatt, se tvl. § 8-5 andre ledd om rettsmekling, som sier at ”[p]artene skal møte selv [...] og kan ha med prosessfullmektig.” Av tvistelovens forarbeider fremgår det at fokus i rettsmekling er at partene selv, med hjelp fra mekler, skal komme frem til en løsning på

⁸⁵ Se Skoghøy 2010 s. 289-290 om at det beror på forholdet mellom advokaten og klienten hvorvidt advokaten kan inngå forlik på vegne av sin klient. Se også Ristvedt 2013 s. 156-157, med videre henvisninger om at prosessfullmakten som hovedregel ikke innebærer fullmakt til å inngå forlik.

⁸⁶ NOU s. 673 og prp. s. 372. Se Skoghøy 2010 s. 290.

⁸⁷ Se Kjelland-Mørde mfl. 2008 s. 119-120, Vindeløv 2008 s. 256-257 og Ristvedt 2013 s. 32.

konflikten ut fra partenes interesser.⁸⁸ I merknadene til § 8-5 andre ledd heter det at partenes tilstedeværelse er en forutsetning for å avdekke interesser utover det rettslige, og at dette er av betydning for at rettsmekling kan virke konfliktdepende og forsonende.⁸⁹

På bakgrunn av denne tanken om partsautonomi har oppfatningen tradisjonelt vært at advokaten i mekling heller skal fungere som rådgiver enn en som fører ordet og ”kjemper” for sin klient med en rettighetsbasert tilnærming.⁹⁰ I mekling er målet å komme frem til en minnelig løsning i stedet for dom. Fokuset er dermed ikke å vinne saken og overbevise retten, men å overbevise motparten og finne gode løsningsforslag som kan bidra til forlik.⁹¹ Som jeg skal belyse i kapittel 4.3, finnes det imidlertid ulike syn på hvordan advokaten kan opptre konstruktivt i mekling.

3.2 Advokatforskriftens krav til advokaten som rådgiver

Advokaten kan ha stor påvirkningsmulighet for partenes valg og resultatet i mekling.⁹² Dette kan gi fordeler med hensyn til partens rettssikkerhet, men nettopp for å ivareta rettssikkerheten er det viktig med visse rammer. I norsk rett finnes det ingen særskilte etiske regelverk for aktørene i mekling.⁹³ De advokatetiske reglene og beslutninger fra Disiplinærnemden og disiplinærutvalget gir imidlertid visse grenser og retningslinjer for advokatens rådgivende rolle.

Advokatforskriftens kapittel 12 gir regler om god advokatskikk.⁹⁴ Dette er et etisk regelverk som er utarbeidet av Advokatforeningen og inntatt i forskriften.⁹⁵ I forskriftens kap. 12 pkt. 1.2 andre ledd første punktum heter det generelt om advokatens oppgave at “[a]dvokaten plikter innenfor lovens ramme og etter beste evne å ivareta sine klienters interesser.” Videre sier punkt 3.1.2 første punktum at “[e]n advokat skal gi råd til klienten og ivareta hans interesser raskt, samvittighetsfullt og påpasselig.” Punkt 2.1.1 tredje punktum sier at advokaten ”må ikke gå på akkord med sin profesjonelle standard for å tekkes sin klient.” Bestemmelsen tilsier at advokaten ikke må la seg bruke av klienten til å anføre ukorrekte forhold.⁹⁶ Advokaten skal heller ikke bevisst gi uriktig eller villedende informasjon til retten, jf. pkt. 4.2 andre ledd, og som hovedregel ikke påberope seg motpartens forlikstilbud, jf. pkt.

⁸⁸ Prp. s. 125 og 126. Se også Skoghøy 2010 s. 35.

⁸⁹ Prp. s. 390.

⁹⁰ Vindeløv 2008 s. 255–256 og Austbø og Engebretsen 2006 s. 69

⁹¹ Se Ristvedt 2013 s. 72, med videre henvisninger.

⁹² Se Vindeløv 2008 s. 344 og Ristvedt 2013 s. 30.

⁹³ Ristvedt 2013 s. 151, Austbø og Engebretsen 2006 s. 161 og Bernt 2011 s. 44–46.

⁹⁴ Advokatforskriften er gitt med hjemmel i dl. kap. 11 om rettshjelpvirksomhet og advokater, og regulerer hvilken rolle advokaten har som rådgiver for sin klient.

⁹⁵ Advokatforeningen 2013.

⁹⁶ Ristvedt 2013 s. 154.

4.5 første ledd, se også tvl. § 8-6 første ledd.⁹⁷

Om advokatens ansvar for å vurdere og forsøke mekling som alternativ konfliktløsningsmetode heter det i pkt. 3.1.3 at “[e]n advokat skal søke å oppnå minnelige ordninger i den utstrekning klientens interesser tilsier det.” Ordlyden tyder på at advokaten har plikt til å vurdere om minnelige løsninger er mulig når dette er i klientens interesse, men gir ikke konkret veiledning om hvordan han skal opptre. I kapittel 4 er tema hvordan advokaten med sin rådgivning konkret kan bidra til å ivareta klientens interesser i mekling, og med dette bidra til partsautonomi, rettferdighet og maktbalanse. I det følgende er imidlertid problemstillingen hvordan de samme meklingsgarantiene *setter grenser* for hvordan advokaten kan oppnå en best mulig løsning for klienten.

Hensynet til *partens autonomi* medfører en plikt for advokaten til ikke å vanskeliggjøre eller undergrave partens selvbestemmelsesrett.⁹⁸ Etter advokatforskriften kap. 12, pkt. 3.1.2 tredje punktum skal han ”holde klienten underrettet om sakens gang.” Videre skal advokaten etter pkt. 3.1.5 gjøre klienten oppmerksom på omfanget av kostnader i saken.⁹⁹ En slik orienteringsplikt etter bestemmelsene kan i mekling innebære å gi klienten tilstrekkelig forutsetninger for å treffe veloverveide valg.¹⁰⁰ Som hovedregel har prosessfullmektigen ikke fullmakt til å inngå minnelige løsninger, se ovenfor om tvl. § 3-4 første ledd første punktum. Advokaten kan dermed ikke inngå forlik uten klientens samtykke.¹⁰¹ Dersom klienten ikke ønsker å følge advokatens råd, har advokaten etter pkt. 3.1.6 i regler for god advokatskikk en viss adgang til å trekke seg fra saken.¹⁰²

For å oppnå en minnelig løsning i klientens interesse, kan advokaten imidlertid også til en viss grad utøve press overfor sin klient. Det kan være særlig adgang til dette like før eller under hovedforhandling, der det er begrensede muligheter til å frasi seg saken, samt i rettsmekling.¹⁰³ I en enstemmig beslutning av Disiplinærnemden 7. november 1994 la advokaten under en hovedforhandling, hvor også retten oppfordret til forlik, betydelig press på klienten for at denne skulle akseptere en minnelig løsning. Advokatens handlemåte var ikke i strid med de advokatetiske regler. Beslutningen taler for at han kan gå langt i å påvirke klienten til å godta en minnelig løsning der dette er i klientens interesse, særlig i de tilfellene

⁹⁷ Tvisteloven § 8-6 første ledd gir unntak for ”forslag til minnelig løsning som er protokollert etter § 8-5 femte ledd”. Se også Ristvedt 2013 s. 152.

⁹⁸ Kjelland-Mørde mfl. 2008 s. 283.

⁹⁹ Se ADA-2007-140, der disiplinærutvalget uttaler at klienten på forhånd skal gis oversikt over kostnadene.

¹⁰⁰ Ristvedt 2013 s. 154–155 og Kjelland-Mørde mfl. 2008 s. 284 og s. 285–286. Se nærmere kapittel 4.

¹⁰¹ Ristvedt 2013 s. 156–157.

¹⁰² Ristvedt 2013 s. 155–156, med videre henvisninger til blant annet Disiplinærnemdens beslutning av 2. november 1992 i sak 7/92.

¹⁰³ Ristvedt 2013 s. 156, med videre henvisninger.

der også retten oppfordrer til forlik.¹⁰⁴

I disiplinærutvalgets enstemmige beslutning av 15. mai 2008¹⁰⁵ var advokatens rådgivning i forbindelse med et fremsatt forlikstilbud i strid med advokatforskriften kapittel 12 pkt. 3.1.2, jf. 1.2 andre ledd første punktum. I saken ble kostnadene mye større enn klienten hadde oversikt over, og advokatens råd med hensyn til forlik var utydelige. Det ble uttalt at advokaten i en slik situasjon kan øve betydelig press på klienten for å inngå forlik. Videre burde advokaten, ifølge disiplinærutvalget, for å ivareta klientens interesser også ha presset klienten sterkere til å akseptere forlikstilbudet.

Hensynet til *rettferdighet* og *maktbalanse* setter også visse grenser for advokatens opptreden. Advokatforskriftens kapittel 12 pkt. 1.2 første ledd sier at han skal ”fremme rett og hindre urett.” Bestemmelsens ordlyd tilsier at advokaten må opptre i tråd med rettferdighet og sannhet, og at plikten til å ivareta klientens interesser også må ses i sammenheng med hva som er etisk forsvarlig av hensyn til motparten. En problemstilling er her hvorvidt hensynet til *maktbalanse* tilsier at advokaten til en viss grad også kan ha ansvar for motpartens rettssikkerhet. Spørsmålet er særlig aktuelt i tilfeller hvor motparten ikke får ivaretatt sine interesser, eller står i en svakere eller mer sårbar ressursituasjon.¹⁰⁶

Per Ristvedt setter søkelys på tilfellet hvor motparten, til tross for advokatbistand, har misforstått juss eller faktum til ulempe for egen sak.¹⁰⁷ Han sier her at advokaten ikke har plikt til å gjøre motparten oppmerksom på dette, med mindre han selv er årsak til misforståelsen. Aktiv utnyttelse av villfarelsen til egen klients fordel vil imidlertid være uetisk.¹⁰⁸ *Kjelland-Mørdre mfl.* problematiserer hvorvidt det er uetisk at advokaten går til sak dersom motparten har en svak posisjon og ønsker mekling. De stiller imidlertid også spørsmål om advokaten i slike tilfeller bør utnytte fordelene som rettsmekling kan gi egen klient.¹⁰⁹

Kjelland-Mørdre mfl. stiller også spørsmål om det er akseptabelt at advokaten overtaler klienten til å forsøke mekling for at klienten eller motparten skal bli realitetsorientert om svakheter i egen sak. Forfatterne sier at spørsmålet ikke har klare svar. Dersom advokatens motiv med meklingen ikke er forlik, men å få innsyn i motpartens argumentasjon og bevis for å oppnå strategiske fordeler ved en senere hovedforhandling, er dette ifølge

¹⁰⁴ Se Ristvedt 2013 s. 156.

¹⁰⁵ ADA 2007-140.

¹⁰⁶ Dersom kun den ene part har advokat, kan styrkeforskjellen mellom partene være ubalansert. Se prp. s. 390 og Bernt 2011 s. 388-389 og 394-394, med videre henvisninger om hvordan dette kan medføre at mekler har særlig ansvar for den svake part.

¹⁰⁷ Ristvedt 2013 s. 153.

¹⁰⁸ Ristvedt 2013 s. 153.

¹⁰⁹ *Kjelland-Mørdre mfl.* 2008 s. 286.

Kjelland-Mørdre mfl. imidlertid klarere uetisk.¹¹⁰

De konkrete situasjonene skissert ovenfor viser at det knytter seg flere etiske problemstillinger til grensene for advokatrollen i mekling. Søkelys på slike spørsmål er etter min mening viktig for fortsatt bevissthet og debatt om hvilke rammer som gjelder. I det følgende er tema hvordan advokatens rådgivende rolle mer konkret kan ha betydning for å ivareta klientens rettsikkerhet.

4 Betydningen av advokatens rådgivende rolle før og under mekling

4.1 Plikten til forsøk på minnelig løsning etter tvl. § 5-4

Før sak reises for domstolene skal partene undersøke om det er mulig å løse tvisten i minnelighet, og gjøre forsøk på dette, jf. tvl. § 5-4. Tvistelovens forarbeider sier at formålet med tvl. § 5-4 og partenes øvrige plikter før sak reises for tingretten etter tvl. kapittel 5, er å tilrettelegge og øke bevisstheten for muligheten av minnelige løsninger utenfor domstolene.¹¹¹ Plikten til å forsøke minnelig løsning er ikke en prosessforutsetning. Dersom saksøker unndrar seg plikten til adekvate forlikforsøk, medfører ikke dette at saken blir avvist, men det kan få betydning i spørsmålet om saksomkostninger, se tvisteloven §§ 20-2 tredje ledd bokstav b og 20-4 bokstav c.¹¹² Rådgivning om hvorvidt mekling skal forsøkes, er dermed en viktig oppgave for advokaten i innledende faser av en prosess. Han kan ofte også representere sin klient i utenrettslig mekling, for eksempel etter tvl. kapittel 7.¹¹³ Mekling etter reglene i tvl. kapittel 7 gir fritak for forlikrådsbehandling hvor dette er pålagt etter tvl. § 6-2 andre ledd, se bestemmelsens andre ledd bokstav b.¹¹⁴

I tvisteloven § 5-4 heter det at "[p]artene skal undersøke om det er mulig å løse tvisten i minnelighet før sak reises, og gjøre nærmere forsøk på dette." Bestemmelsens ordlyd tilsier at partene har en undersøkelsesplikt og aktivitetsplikt med hensyn til å løse tvisten i minnelighet. Merknadene til bestemmelsen gir uttrykk for at plikten til å undersøke muligheten for forlik i visse tilfeller kan være tilstrekkelig, og dermed har selvstendig betydning: "[h]vis partene ser at det kan være en mulighet til å løse tvisten utenrettslig, har de

¹¹⁰ Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 286.

¹¹¹ Prp. s. 60 og 80.

¹¹² Se prp. s. 377.

¹¹³ Tvisteloven kap. 7 om utenrettslig mekling er et deklatorisk regelsett. Det kan imidlertid presumeres at disse reglene vil bli benyttet ved utenrettslig mekling, særlig der parten har advokat.

¹¹⁴ Andre utenrettslige konfliktløsningsordninger, som konfliktrådsbehandling og direkte forhandlinger, gir ikke fritak fra forlikrådsbehandling, se prp. s. 378 og Bernt 2011 s. 236. Forlikrådsbehandling er heller ikke pålagt der tvistesummen er minst 125 000 og begge parter har hatt advokatbistand, se tvl. § 6-2 andre ledd bokstav a.

derneft plikt til å gjøre nærmere forsøk på dette.”¹¹⁵

Videre tilsier lovbestemmelsens ordlyd ”om det er mulig” at det må foreligge en reell mulighet for forlik, og at partene ikke i ethvert tilfelle har plikt til å løse konflikten i minnelighet. Forarbeidene uttaler at partene ikke alltid bør komme frem til en mellomløsning, eksempelvis der det fremsettes uberettigede krav.¹¹⁶ Dersom det foreligger tvil med hensyn til kravets grunnlag og omfang, bør imidlertid partene forsøke å finne et rimelig kompromiss.¹¹⁷ *Camilla Bernt* påpeker at plikten etter tvl. § 5-4 ikke må være i strid med formålet om å ”ivareta borgernes behov for å få håndhevet sine rettigheter”, jf. tvl. § 1-1 første ledd andre punktum. Hensynet til sammenheng og konsistens i rettssystemet tilsier at partene ikke kan ha plikt til å inngå forlik som klart er i strid med deres rettigheter.¹¹⁸

Twisteloven § 5-4 angir også ulike måter å oppfylle plikten til å forsøke minnelig løsning på. Dette kan skje ”eventuelt gjennom mekling i forliksrådet, ved utenrettslig mekling eller ved at tvisten bringes inn for en utenrettslig tvistelsningsnemd.” Ordet ”eventuelt” tyder på at bestemmelsens angivelse ikke skal anses uttømmende. Forarbeidene sier at partene fortrinnsvis bør søke å komme frem til en minnelig løsning ved direkte kontakt, men at også andre konfliktlsningsmetoder kan bli nødvendig.¹¹⁹ Dette taler for at den primære måten å oppfylle plikten på er forhandlinger mellom partene, som også kan få bistand fra advokater. Ettersom advokaten kan ha en rolle i slike forhandlinger, er det på dette stadiet viktig å være bevisst på at rådgivningen har betydning for partens valg, og hvordan rådgivningen kan skje i klientens interesse.

4.2 Når er råd om minnelig løsning i partens interesse?

4.2.1 Problemstillingen

Spørsmålet videre er i hvilke tilfeller ”klientens interesser” tilsier minnelig løsning, jf. advokatforskriften kapittel 12 punkt 3.1.3. Dette reiser to problemstillinger. For det første må det tas stilling til om saken som sådan er egnet til mekling. For det andre er det spørsmål om advokaten som juridisk rådgiver er kompetent til å vurdere hva som er i klientens interesse i mekling. Sistnevnte spørsmål reiser også en problemstilling om hvilket resultat som kan anses som rettferdig, slik at partens materielle rettssikkerhet blir ivaretatt.

¹¹⁵ Prp. s. 378. Motsatt Ristvedt og Nisja 2008 s. 380-381 og 385, med videre henvisninger.

¹¹⁶ Prp. s. 378 og 83 og NOU s. 717.

¹¹⁷ Prp. s. 378.

¹¹⁸ Bernt 2011 s. 236-237, med videre henvisninger.

¹¹⁹ Prp. s. 378.

4.2.2 Er saken egnet for mekling?

Av tvistelovens bestemmelser og forarbeider fremstår lovgivers utgangspunkt som at de fleste saker kan være egnet for mekling. Dette fremkommer av tvl. § 8-1 første ledd, som regulerer ordinær mekling ved domstolene. Bestemmelsen sier at domstolen på ethvert trinn av saken skal ”vurdere muligheten for å få rettstvisten helt eller delvis løst i minnelighet gjennom mekling eller rettsmekling, om ikke sakens karakter eller forholdene for øvrig taler imot en slik løsning.” Ordlyden tilsier at utgangspunktet er å forsøke en minnelig løsning, med mindre de konkrete forhold tilsier at dette ikke er hensiktsmessig.

Tvistelovens forarbeider uttaler at de fleste sivile saker i dag blir løst i minnelighet,¹²⁰ og merknadene til tvl. § 8-3 om rettsmekling sier at de fleste tvister hvor partene har fri rådighet kan være egnet for mekling.¹²¹ I tvl. § 8-3 andre ledd uttales det følgende om hvilke kriterier som har betydning for om saken bør rettsmekles:

”Ved avgjørelsen legges det vekt på partenes holdning til rettsmekling og mulighetene for å oppnå et forlik eller en forenkling i saken. Det legges videre vekt på om ulikt styrkeforhold mellom partene, kostnadene ved rettsmekling, tidligere meklingsforsøk eller andre forhold gjør rettsmekling betenkelig. Rettsmekling mot partenes vilje kan bare skje når særlige grunner tilsier det.”

Bestemmelsen gir anvisning om flere vurderingstema, og ordlyden ”legges det vekt på” gir uttrykk for at oppregningen ikke er uttømmende. Partenes holdninger står sentralt i vurderingen. Dette understrekes av ordlyden i bestemmelsens siste punktum, som tilsier at rettsmekling kun unntaksvis kan skje mot partenes vilje. I merknadene til § 8-3 heter det at ”det normalt har liten hensikt å foreta rettsmekling om en eller begge parter er negative til det.”¹²² En forutsetning for reell partsautonomi er imidlertid tilstrekkelig informasjonsgrunnlag for å kunne treffe veloverveide valg.¹²³ Problemstillingen videre er dermed hvordan advokaten kan bidra til at partens beslutning om konfliktløsningsmetode blir veloverveid.

Etter advokatforskriften kapittel 12 punkt 3.1.2 skal advokaten ”gi råd til klienten og ivareta hans interesser raskt, samvittighetsfullt og påpasselig.” Ordlyden gir uttrykk for at advokatens råd skal gi klienten tilstrekkelig grunnlag for å ivareta sine interesser. Dette tilsier at advokaten bør klarlegge for klienten hvilke generelle og konkrete hensyn som kan tale for eller imot en minnelig løsning, gi tilstrekkelig informasjon om mekling samt en begrunnet

¹²⁰ NOU s. 214.

¹²¹ Prp. s. 120. I samme retning Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 127, Vindeløv 2008 s. 135, Ristvedt og Nisja 2008 s. 444 og Ristvedt 2013 s. 161.

¹²² Prp. s. 388.

¹²³ Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 283 og 298.

anbefaling. *Ristvedt* uttaler at en slik anbefaling bør være basert på en grundig helhetsvurdering av prosessrisiko, hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i saken, alternative tvisteløsningsmetoder og sannsynlig utfall.¹²⁴

Ulike typer saker kan *generelt* være egnet eller ikke egnet for mekling. Forarbeidene gir eksempler på at tilfeller som er særlig egnet, kan være bygge- og entreprisesaker, saker ved overdragelse av hus og eiendom, andre tvister om fast eiendom, nabolvister, arbeidstvister og saker som gjelder forretningsforhold eller familieforhold.¹²⁵ I disse sakstypene kan konflikten karakter og partenes relasjon tale for at saken er egnet for forlik.¹²⁶

Avgjørende er imidlertid en *konkret helhetsvurdering*, hvor en rekke faktorer kan ha betydning. Etter tvl. § 8-3 andre ledd andre punktum skal det blant annet vektlegges om ulikt styrkeforhold mellom partene gjør rettsmekling betenkelig. Forarbeidene nevner som eksempel at kun den ene part har prosessfullmektig.¹²⁷ Et annet eksempel kan være mobbesaker i arbeidsforhold, hvor en av partene kan være i en så sårbar posisjon at mekling ikke anses hensiktsmessig.¹²⁸

Hensyn som kan tale *for* mekling er tid og kostnader, og det må vurderes hvor belastende en domstolsprosess vil være for klienten i forhold til å løse tvisten i minnelighet. Forarbeidene påpeker blant annet også at ”rettssak [kan] virke konfliktskjerpende og prege forholdet mellom partene i framtiden.”¹²⁹ Mekling kan videre være hensiktsmessig ved behov for konfidensialitet og ønske om kontroll over sakens utfall.¹³⁰ Alternativ konfliktløsning gir også større fleksibilitet. Dette gir blant annet partene mulighet til å finne en løsning utover rammene av hva man kan oppnå i en dom, og på denne måte gjøre det mulig å ivareta begge parter interesser og behov.¹³¹ Høy prosessrisiko for klienten kan tale for å forsøke mekling, og også motpartens betalingssevne er et moment.¹³² Forarbeidene sier at mekling kan bidra til å innsnevre konflikten, ettersom dette gir mulighet for å forlike eller avklare deler av

¹²⁴ Ristvedt 2013 s. 161.

¹²⁵ Prp. s. 113 og 120.

¹²⁶ Prp. s. 113 og 120 og Austbø og Engebretsen 2006 s. 55–56. Se også Mykland 2007 s. 312.

¹²⁷ Prp. s. 388–389. Se også prp. s. 113–114, NOU s. 217 og Bernt 2011 s. 215–126, med videre henvisning til NOU s. 149.

¹²⁸ Forelesningsnotater fra konfliktmeklingskurset JUS-261-2a høsten 2012.

¹²⁹ Prp. s. 80. Se også NOU s. 216–217.

¹³⁰ Ristvedt og Nisja 2008 s. 61–67 og Ristvedt 2013 s. 57–59.

¹³¹ NOU s. 217, Bernt 2011 s. 99 og Kjelland-Mørde mfl. 2008 s. 132. Se også Bernt 2011 s. 225–226, med henvisning til Lindell 2006 s. 58–59.

¹³² Ristvedt 2013 s. 54 og 58–59. Se også Bernt 2011 s. 218.

denne.¹³³

Argumenter som kan tale *mot* at en minnelig løsning vil være i klientens interesse, kan som nevnt være at han har en sterk sak. Andre argumenter kan være liten forhandlingsvilje fra motparten, eller at det foreligger for tynt informasjonsgrunnlag for å vurdere prosessrisiko.¹³⁴ Likevel kan mekling også bidra til at partene utveksler mer informasjon, slik at de bedre kan ta stilling til om forlik er hensiktsmessig.

Mekling vil heller ikke være det beste alternativet dersom partene eksempelvis ønsker en rettslig avklaring for å finne det materielt riktige resultat, eller dersom saken har prinsipiell betydning.¹³⁵ Videre kan partene anse tvisten som en ”null-sum”-konflikt, hvor den enes tap tilsvarer den andres gevinst.¹³⁶ Vidar Schei påpeker at det i slike tilfeller imidlertid kan være viktig med en nærmere avklaring av partenes underliggende interesser og behov, fordi forhandlinger ofte vil kunne ha integrasjonspotensial.¹³⁷

Familiesaker (særlig saker om fast bosted og samvær) er særlig egnet for mekling. I barneloven § 49 heter det at advokater som har saker etter bl. kapittel 7 ”bør vurdere om det er mogleg for partane å kome fram til ei avtaleløsning. Advokaten skal opplyse foreldra om høvet til mekling.” At disse sakene er særlig egnet for mekling, er begrunnet i hensynet til barnets beste (bl. § 48), fordi slike saker gjelder varige relasjoner som det har egenverdi å forsøke å bevare. Mekling er her også til en viss grad gjort obligatorisk, se barneloven § 51 første ledd om foreldre med felles barn under 16 år, jf. § 56 andre ledd. Partene må her møte til mekling i én time, jf. bl. § 54 første punktum. Inngåelse av forlik beror imidlertid på partenes frivillighet.¹³⁸

Gjennomgangen over tilsier at advokaten har en viktig oppgave i å peke på hensyn som taler for og mot mekling for å bidra til at partens valg blir veloverveid. Dette er viktig for å ivareta partens interesser, og slik også bidra til reell partsautonomi.

¹³³ Prp. s. 113–114 og 388 og NOU s. 216–217. Se også Ristvedt og Nisja 2008 s. 61–67 og Ristvedt 2013 s. 58–59.

¹³⁴ Ristvedt 2013 s. 59–60.

¹³⁵ NOU s. 217 og 226 og prp. s. 113.

¹³⁶ Ristvedt og Nisja 2008 s. 72–79.

¹³⁷ Schei 2001 s. 1 og 4. Schei sier at integrasjonspotensial for forhandlinger innebærer at partenes interesser ikke er direkte motstridende, slik at den enes gevinst ikke går på bekostning av den andres gevinst. Se også Vindeløv 2008 s. 110–113.

¹³⁸ Bernt 2011 s. 123.

4.2.3 Er advokaten kompetent til å vurdere hva som er i partens interesse i mekling?

4.2.3.1 Problemstillingen

Problemstillingen videre er om advokaten, som først og fremst besitter juridisk kunnskap, har tilstrekkelige forutsetninger for å vurdere hva som er i klientens interesse i mekling. Dette har for det første betydning for i hvilken utstrekning advokaten kan bidra til å ivareta partsautonomi. Problemstillingen har videre aktualitet med tanke på ivaretagelse av partens materielle rettssikkerhet, i form av å bidra til at resultatet som oppnås blir rettferdig.

4.2.3.2 Kan advokaten som jurist bidra til å ivareta partens autonomi i mekling?

En naturlig språklig forståelse av advokatens plikt til å ivareta klientens interesser, jf. advokatforskriften kapittel 12 punkt 1.2, 3.1.2 og 3.1.3, tilsier at klarlegging og vurdering av klientens rettslige posisjon er en viktig del av advokatens rådgivende oppgave. Et sentralt element i konfliktmekling er at partene skal finne frem til en gjensidig tilfredsstillende løsning. Dette forutsetter at de tilstrekkelig er i stand til å ivareta sine egne interesser, og at de er villige til å gå den andre parten i møte.¹³⁹ Vindeløv uttaler at det er avgjørende at parten kjenner sin mulige rettsstilling. Slik kan man vurdere hvordan et forlik stiller ham i lys av hans juridiske rettigheter, og sammenligne fordeler og ulemper. I stedet for at mekler gir rettslige vurderinger av partenes løsningsforslag, sier hun at partene bør gis mulighet til å konsultere advokat.¹⁴⁰ Jeg er enig i at det er viktig at parten har kunnskap om sin rettsstilling for å kunne treffe et veloverveid valg. Behovet for et tilstrekkelig vurderingsgrunnlag tilsier at advokatens juridiske kunnskap er viktig for å kunne vurdere hvilket resultat som er i klientens interesse.

4.2.3.3 Bør meklingsresultatet være i samsvar med gjeldende rett for å være rettferdig?

Problemstillingen videre er *hvor sentral* advokatens vurdering av klientens juridiske stilling bør være for å ivareta klientens interesser. Dette reiser et spørsmål om hvilket resultat som kan anses som rimelig og rettferdig i mekling, slik at partens materielle rettssikkerhet blir ivaretatt. Her er spørsmålet hvorvidt konfliktens løsning bør samsvare med gjeldende rett.

Lovgiver anser mekling først og fremst som en interessebasert, ikke rettighetsbasert, konfliktløsningsmetode. Dette fremkommer særlig for rettsmeklingens vedkommende, hvor det i tvl. § 8-5 tredje ledd første punktum heter at mekler skal ”søke å klarlegge partenes

¹³⁹ Vindeløv 2008 s. 128.

¹⁴⁰ Vindeløv 2008 s. 203–204. Se også Bernt 2011 s. 233, med videre henvisning til Lindell 2006 s. 166 og 168–169. Lindell mener imidlertid at meklere etter omstendighetene kan ha plikt til å informere om partenes rettsstilling.

interesser i tvisten med sikte på en minnelig løsning”.¹⁴¹ Ordlyden tilsier at det er partenes interesser og behov som står sentralt.¹⁴² Forarbeidene sier at ”[r]ettsmekleren bør i utgangspunktet ikke stå som garantist verken for rettslig riktig eller rimelig forlik.”¹⁴³ Uttalelsen taler for at partenes interesser ikke nødvendigvis må samsvare med den materielle rett. Dette er også ett av synspunktene i litteraturen.¹⁴⁴ *Bernt* sier at selv om den juridisk riktige løsningen ofte kan være en rimelig avgjørelse av *tvisten*, vil ikke dette alltid være den mest hensiktsmessige eller rettferdige løsning av *konflikten*. Dette er fordi konflikten også kan dreie seg om andre forhold enn hva rettstvisten rommer.¹⁴⁵

Vindeløv sier at oppfattelsen av rettferdighet er ulik i mekling og domstolsprosessen. Jurister anser ofte rettferdighet som utslag av bruk av rettsregler ved juridisk metode og en rettslig prosess. I mekling kommer imidlertid ikke rettferdighet på en slik måte ”ovenfra” av forut gitte normer, men ”nedenfra”, fra partene selv; det er deres egne normer og oppfatning av hva som er rettferdig og rimelig som er fokus i prosessen og for konfliktenes løsning. Det juridisk riktige resultat er imidlertid ikke irrelevant for hva som anses som rettferdig i mekling.¹⁴⁶

Det er i litteraturen også en oppfatning om at konfliktenes løsning bør korrespondere med partens rettigheter etter gjeldende rett. *Jens Edvin Skoghøy* sier at fordi domstolene blant annet har som oppgave å gjennomføre den materielle rett, gir det dårlig sammenheng dersom dommeren i rollen som mekler ikke tar hensyn til partenes rettsstilling med tanke på konfliktenes løsning.¹⁴⁷ Imidlertid kan tvl. § 8-5 tredje ledd og forarbeidsuttalelser tilsi at lovgivers forutsetning er at mekler inntar en annen rolle enn den alminnelige dommerrolle, og at gjennomføring av den materielle rett er en tilbaketrasket oppgave i mekling.¹⁴⁸

At klientens sak rettslig sett er sterk, kan som tidligere nevnt i kapittel 4.2.2 tale imot at han er tjent med en minnelig løsning.¹⁴⁹ Dette kan tilsi at vurderingen av klientens rettslige stilling står sentralt for å kunne ivareta hans interesser. Likevel må advokaten være bevisst på at parter tross en sterk rettsstilling kan ha egeninteresse av å inngå forlik, og dermed ønske en

¹⁴¹ Se *Bernt* 2011 s. 220.

¹⁴² Se også prp. s. 126.

¹⁴³ Prp. s. 126. Det uttales her at meklingsprosessen i størst mulig grad skal gjennomføres slik ”at partene opplever at en eventuell løsning er deres egen, og at de selv er ansvarlig for den.”

¹⁴⁴ Se *Bernt* 2011 s. 220–232 med videre henvisninger.

¹⁴⁵ *Bernt* 2011 s. 429, 404 og 231, med videre henvisninger.

¹⁴⁶ *Vindeløv* 2008 s. 273–275.

¹⁴⁷ *Skoghøy* 2010 s. 36–37, se også *Bernt* 2011 s. 220.

¹⁴⁸ *Bernt* 2011 s. 220–221. Se Prp. s. 126 og s. 41–43.

¹⁴⁹ *Ristvedt* 2013 s. 60.

løsning som meklere eller andre ikke nødvendigvis finner rimelig.¹⁵⁰ Eksempelvis kan partenes underliggende interesser komme sterkere frem under rettsmeklingen og vise at de prioriterer ulikt, eller flere styrker og svakheter ved saken kan avdekkes.¹⁵¹ Dette tilsier at advokaten i vurderingen av hva som er i klientens interesse ikke i ethvert tilfelle bør legge hovedvekt på klientens juridiske stilling.

Ristvedt sier imidlertid at advokaten ikke bør anbefale forlik dersom dette i lys av prosessrisikoen innebærer et vesentlig dårligere resultat for klienten enn en dom ville ha medført. Skoghøy uttaler at advokaten kan pådra seg erstatningsansvar dersom han ikke fraråder forlik i strid med hva parten rettslig sett har krav på.¹⁵²

Høyesterettsdommen inntatt i Rt.1994 s. 1430 kan gi støtte for en slik forståelse. Her ble en advokat funnet erstatningsansvarlig på grunnlag av at hans advokatfullmektig hadde rådet klienten til å inngå forlik, selv om det ikke forelå tilstrekkelig rettslig grunnlag for motpartens krav. Sakens bakgrunn var at advokatfullmektigens klienter hadde fremmet erstatningskrav mot en byggherre etter oppføring av forretningsbygg på deres naboeiendom. Byggherren reiste motsøksmål med erstatningskrav på grunnlag av at søksmålet hindret ham i å oppnå kontrakter på utleie av bygget. Det ble inngått rettsforlik mellom partene, hvor saksøkerne blant annet forpliktet seg til å betale byggherrens krav. Saksøkerne hevdet at forliket ble inngått som følge av advokatfullmektigens forsømmelse.¹⁵³

Avgjørende for sakens utfall var at advokatfullmektigens råd i den aktuelle situasjonen og ved vurdering av prosessrisiko, ikke tilfredsstilte de krav som med rimelighet kan stilles til en advokat om å ivareta klientenes interesser. Advokatfullmektigens rettslige vurdering av klientenes erstatningsansvar ble ansett som en uforsvarlig feilbedømmelse, og han skulle dermed ha frarådet forlik. Høyesterett uttalte at det er en viss terskel for advokatens erstatningsansvar som følge av vurdering av prosessrisiko, som er skjønnsbasert og kan være vanskelig.

I den konkrete vurderingen ble det vektlagt at motkravet i saken, erstatningskrav for ugrunnet søksmål, var av særegen karakter og kun unntaksvis gir grunnlag for erstatningsansvar. Advokatfullmektigen hadde gitt uttrykk for at det var stor risiko for at klientene ville tape motsøksmålet, men ikke opplyst nærmere om grunnlaget for erstatningsansvaret. I saken var også motpartens krav faktisk og rettslig lite klarlagt.

¹⁵⁰ Bernt 2011 s. 430–431. Bernt viser her til en arbeidsrettssak som eksempel på hvilke fordeler det kan ha at mekler ikke gir uttrykk for løsningens rimelighet og hensiktsmessighet. Se også Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 133 og Ristvedt 2013 s. 31.

¹⁵¹ Schei 2001 s. 1–2, Vindeløv 2008 s. 110–111 og Ristvedt og Nisja 2008 s. 422.

¹⁵² Skoghøy 2010 s. 36–37. Se også Ristvedt 2013 s. 31.

¹⁵³ Se også Skoghøy 2010 s. 37.

Høyesterett uttalte at det i slike tilfeller påhviler prosessfullmektigen et særlig ansvar, og at en advokat må kunne motstå et forhandlingstaktisk press fra motparten og retten dersom dette ikke tjener klientens interesser.

Dommen viser at en advokat kan komme i ansvar dersom han råder klienten til å ta uforsvarlige valg i lys av prosessrisikoen i saken og klientens rettsstilling, og at advokaten har plikt til å gi tilstrekkelig informasjon om hvordan saken står. Det kan være mulig å lese dommen til inntekt for at advokaten kan komme i ansvar dersom han ikke fraråder forlik som er i strid med klientens rettigheter. Skoghøy viser til dommen i sin argumentasjon for at mekler ikke bør ha en distansert holdning til den rettslig riktige løsningen. Hans synspunkt er at det gir dårlig sammenheng om mekler uten ansvar kan tilrettelegge for at partenes løsning ikke blir i samsvar med deres rettsstilling, og advokaten samtidig kan bli erstatningsansvarlig for ikke å fraråde forliket.¹⁵⁴ Imidlertid kan man forstå Høyesterett slik at advokaten ikke nødvendigvis kommer i ansvar dersom han råder klienten til å inngå forlik som ikke samsvarer med gjeldende rett:

”At en prosessfullmektig har rådet en part til å inngå et forlik som avviker fra det man senere har vært pådømt, kan i seg selv ikke gi grunnlag for et erstatningsansvar for advokaten. Jeg kan vanskelig se at det i slike tilfeller kan bli tale om erstatningsansvar med mindre advokatens rådgivning ut fra en generell faglig vurdering – hvor det er tatt hensyn til den usikkerhet og det element av skjønn som jeg har nevnt – klart må anses som uforsvarlig.”¹⁵⁵

Høyesteretts uttalelse kan tilsi at det beror på en konkret vurdering om det er mulig å ivareta klientens interesser, selv om forliket avviker fra partenes rettigheter. I dommen var det advokatfullmektigens klart uforsvarlige vurdering av prosessrisiko og rettslige stilling som konkret ga grunnlag for erstatningsansvar.

Også uenighet i litteraturen gir støtte for en slik forståelse. Bernt sier at advokaten plikter å orientere om klientens rettsstilling, men ikke har frarådingsplikt så lenge han gir klienten tilstrekkelig grunnlag til å vurdere forliket. Hun påpeker også at frarådingsplikt ville stride mot meklingsordningens forutsetninger om at partene kan velge en løsning ut fra deres interesser og behov.¹⁵⁶

I dommen ble ikke prosessrisiko og klientenes rettslige stilling vurdert og formidlet til klientene på en forsvarlig måte ut fra alminnelige krav til faglig skjønn. Dersom advokaten imidlertid tilrettelegger for et tilstrekkelig vurderingsgrunnlag, mener jeg at det er mulig å lese dommen slik at det beror på det konkrete tilfellet om han har plikt til å fraråde forlik som

¹⁵⁴ Skoghøy 2010 s. 36–37.

¹⁵⁵ Rt.1994.1430 s. 1436.

¹⁵⁶ Bernt 2011 s. 220–221. Se også tvl. § 8-5 tredje ledd og prp. s. 126.

avviker fra gjeldende rett. Som drøftelsen ovenfor viser, er advokatens bevisste forhold til vurderingstemaene og formidling av disse til klienten av stor betydning. Ut fra en slik forståelse av dommen, mener jeg at dommens resultat er hensiktsmessig.

Fremstillingen ovenfor viser at det ikke kun er vurderingen av klientens juridiske stilling som er sentral for å ivareta hans interesser. Det er dermed mulig at en løsning som avviker fra gjeldende rett kan være rettferdig og ivareta partens materielle rettssikkerhet, gitt at løsningen er resultatet av dennes veloverveide valg. Advokatens juridiske kunnskap om partens rettslige stilling er her et nyttig bidrag. Dersom han også er bevisst på at partenes interesser kan avvike fra deres juridiske rettigheter og har god kommunikasjon med klienten om dette, fremstår advokaten etter mitt syn som kompetent til å vurdere når mekling og forlik vil være i klientens interesse.¹⁵⁷

Jeg har nå sett nærmere på når partens interesser kan tilsi minnelig løsning, og hvordan advokaten kan være kompetent til å vurdere dette. Dette er problemstillinger som det er viktig at advokaten har et bevisst forhold til for å bidra til reell partsautonomi og en rettferdig løsning av konflikten.

4.3 Hvordan bør advokaten opptre i mekling?

Problemstillingen videre er hva som er en konstruktiv rolle for advokaten ut fra plikten til å ivareta klientens interesser, jf. advokatforskriften kapittel 12 punkt 1.2 andre ledd og 3.1.3.

Et aktuelt spørsmål er her *hva slags* aktivitet advokaten bør utvise. *Kjelland-Mørdre mfl.* sier at han må forsøke å frigjøre seg fra den alminnelige advokatrollen.¹⁵⁸ I den alminnelige advokatrollen preges kommunikasjonsstilen av at han som partsrepresentant forsvarer klientens interesser med blant annet analysering og imøtegåelse av motpartens argumentasjon. I mekling er imidlertid målsetningen at partene finner en gjensidig tilfredsstillende avtale, der advokatens klient er avhengig av den andre part. Det er derfor viktig at advokaten med sin formidlingsstil tilrettelegger for dette.¹⁵⁹ *Vindeløv* skriver at parten bør redegjøre for saken først, med eventuelle tilføyelser fra advokaten. Dersom advokaten fremlegger saken, er det risiko for at dette i for stor grad vil ligne en rettslig prosedyre.¹⁶⁰

Det er i litteraturen ulike syn på *hvor aktiv* advokatens deltakelse bør være. *Vindeløv* sier at en tilbaketrukket advokatrolle er mest forenelig med meklingens formål og tanke om at

¹⁵⁷ Se også *Kjelland-Mørdre mfl.* 2008 s. 119–120.

¹⁵⁸ *Kjelland-Mørdre* 2008 s. 119–120. Se også *Ristvedt* 2013 s. 31–34.

¹⁵⁹ *Kjelland-Mørdre* 2008 s. 42–43.

¹⁶⁰ *Vindeløv* 2008 s. 258.

partene har ansvaret for konfliktens løsning.¹⁶¹ *Ristvedt* mener imidlertid at advokaten bør ha en mer aktiv rolle enn det som hittil har vært oppfatningen i norsk meklings teori.¹⁶² Han sier at advokaten må opptre slik som er nødvendig for å ivareta klientens interesser, og at en tilbaketrukket deltakelse i visse tilfeller kan være i strid med god advokatskikk.¹⁶³

Eksempelvis kan dette være i tilfeller hvor parten ikke selv klarer å argumentere og få frem sine interesser, eller der motpartens advokat taler den andre sidens sak.¹⁶⁴ Hvor aktiv advokaten bør være kan imidlertid variere i ulike meklingsfaser.¹⁶⁵

Når det gjelder hvordan advokaten bør opptre på *ulike tidspunkt* i meklingen, sier Kjelland-Mørdre mfl. at det i fellesmøter kan være hensiktsmessig om han i tillegg til å være partens rådgiver også støtter mekleren i hans tilnærminger.¹⁶⁶ I særsmøter bør imidlertid advokatens fremtreden være mer lik den alminnelige advokatrollen, med rettleiding og fremlegging av partens sak. Eksempelvis er dette viktig dersom advokaten mener parten blir misforstått av mekler, eller mekleren synes å sympatisere med en løsning som ikke tjener klientens interesser.¹⁶⁷

Jeg er enig i at hva som er en konstruktiv rolle for advokaten, kan variere ut fra hva som fremstår som nødvendig for å ivareta klientens interesser. Slik jeg ser det, har imidlertid utgangspunktet om en tilbakeholdende advokatrolle de fordeler at meklingsprosessen tydeligere kan konsentreres om at det er *partenes* konflikt, og at det er partenes autonomi og rettferdighetsoppfatning som skal være førende for resultatet.¹⁶⁸

Jeg har til nå hatt en generell tilnærming til hvordan advokaten kan bidra til partens rettssikkerhet i meklingsprosessen. I det følgende skal jeg se nærmere på betydningen av advokatens rolle i lys av de særlige problemstillinger *meklerrollen* kan reise.

¹⁶¹ Vindeløv 2008 s. 256–257. Vindeløv beskriver imidlertid hvordan advokaten kan være en viktig aktør som tilrettelegger i forberedelsen av meklingsprosessen og veileder for parten under meklingsprosessen. I samme retning Kjelland-Mørdre 2008 s. 120–121 og s. 162–163.

¹⁶² Ristvedt 2013 s. 33–34 med videre henvisninger til amerikansk litteratur, der utviklingen går i retning av argumentasjon for en mer aktiv advokatrolle i meklingsprosessen.

¹⁶³ Ristvedt 2013 s. 33–34.

¹⁶⁴ Ristvedt 2013 s. 33–34. Se også Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 121–122, der det uttales at advokaten i noen tilfeller bør tre mer aktivt inn, eksempelvis dersom parten ikke kommer videre i prosessen.

¹⁶⁵ Ristvedt 2013 s. 81 og s. 162–163.

¹⁶⁶ Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 121.

¹⁶⁷ Kjelland-Mørdre 2008 s. 121–122.

¹⁶⁸ Vindeløv 2008 s. 257.

5 Betydningen av advokatens deltakelse i lys av rettssikkerhetsmessige problemstillinger ved meklerrollen

5.1 Problemstillingen

Mekleren skal assistere partene i forhandlingene for å finne en løsning på konflikten, og er derfor en sentral aktør i mekling.¹⁶⁹ Hans tilnæringsmåte kan blant annet ha innvirkning på hvordan advokaten bør forberede seg og delta for best mulig å ivareta klientens interesser.¹⁷⁰ I synet på hvilken tilnærming mekleren bør ha, kan meklingsteoriene i store trekk inndeles i de som fokuserer på at mekler hovedsakelig skal opptre tilretteleggende, og de som mener at mekler bør ha en mer evaluerende rolle.¹⁷¹

En *tilretteleggende* meklerrolle innebærer at mekler assisterer partene med å finne en løsning ut fra sine interesser. Fokus er her å tilrettelegge for partenes kommunikasjon, og mekleren gir ikke egne vurderinger og forslag.¹⁷² Med en tilretteleggende tilnærming har han ansvar for prosessen, og partene ansvar for resultatet.¹⁷³

En *evaluerende* mekler vil involvere seg mer førende, både i prosessen og for konfliktens løsning. Her vil han kunne bidra med egne løsningsforslag og vurderinger samt peke på hvorvidt partenes argumentasjon er hensiktsmessig eller i samsvar med den materielle rett.¹⁷⁴ Evalueringen kan variere i både art og omfang.¹⁷⁵

Senere skal jeg belyse hvilken betydning advokatens deltakelse kan ha i de tilfellene der mekler opptrer evaluerende, ettersom dette i størst grad kan skape rettssikkerhetsproblemer. Jeg kommer også til se på undersøkelser om advokatens holdninger til meklerrollen og diskutere disse i et rettssikkerhetsmessig perspektiv. Først er imidlertid tema hvordan meklerrollen kan gi utfordringer for rettssikkerheten. Diskusjonen rundt dette spørsmålet er omfattende, og redegjørelsen må derfor begrenses til hovedlinjer innenfor

¹⁶⁹ Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 117.

¹⁷⁰ Ristvedt 2013 s. 35–36 og 41.

¹⁷¹ Austbø og Engebretsen 2006 s. 53 og 151. Leonard Riskin skrev i 1996 en kjent artikkel om ulike meklerroller. Han sonderer her mellom hvor tilretteleggende eller evaluerende meklerens tilnærming er, og om mekler har en snever eller bred definering av problemer eller tema, se Bernt 2011 s. 59–64 og 64–65, med videre henvisning til Riskin 1996.

¹⁷² Austbø og Engebretsen 2006 s. 53, Vindeløv 2008 s. 289 og Bernt 2011 s. 59 og 222–223.

¹⁷³ Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 98.

¹⁷⁴ Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 98–99, Bernt 2011 s. 59, Austbø og Engebretsen 2006 s. 54 og Ristvedt 2013 s. 38–39.

¹⁷⁵ Bernt 2011 s. 481 og s. 452–454 og Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 101–102.

oppgavens rammer.¹⁷⁶ Jeg kommer spesielt til å fokusere på rettsmekling, ettersom denne meklingsformen reiser særlige problemstillinger.¹⁷⁷

5.2 En tilretteleggende eller evaluerende meklerrolle?

Av tvistelovens bestemmelser og forarbeider fremstår lovgivers utgangspunkt å være at meklerrollen skal være av tilretteleggende karakter, men at det også er en viss adgang til evaluering.¹⁷⁸ For rettsmeklingens tilfelle sier tvl. § 8-5 tredje ledd første punktum at mekler skal ”søke å klarlegge partenes interesser i tvisten med sikte på en minnelig løsning.” Bestemmelsens ordlyd tilsier at meklingen skal være basert på partenes interesser, og at meklerens oppgave er å tilrettelegge for å avdekke disse. Uttalelser i odelstingsproposisjonen om at det er partene som skal finne frem til og ha ansvaret for løsningen, støtter også en slik forståelse.¹⁷⁹

Tvisteloven § 8-5 tredje ledd åpner imidlertid også i en viss grad for evaluerende teknikker, hvor det i andre punktum heter at rettsmekler ”kan peke på forslag til løsning og drøfte styrke og svakhet i partenes rettslige og faktiske argumentasjon.” Forarbeidene uttaler at evaluering i visse tilfeller kan være hensiktsmessig, og sier eksempelvis at ”[d]et kan være naturlig at rettsmekleren bistår partene i å utvikle forslag til løsning basert på partenes egne forslag.”¹⁸⁰

Departementet understreker imidlertid at utgangspunktet er at partene selv bør fremsette løsningsforslag.¹⁸¹ Videre må mekler være forsiktig med å uttale seg slik at dette kan oppleves som domsprognoser, noe selvstendige løsningsforslag fra mekleren lett kan bli tolket som.¹⁸² Domsprognoser kan bli oppfattet som et visst press, og rettsmekler har et svakt grunnlag for å uttale seg om sannsynlig utfall av dom, som forutsetter hovedforhandling med full bevisførsel. Dersom partene inngår forlik påvirket av meklerens synspunkter, er det derfor fare for at løsningen vil være basert på ukorrekte premisser, noe som på sikt kan svekke rettsmeklingens legitimitet.¹⁸³ Departementet utelukker imidlertid ikke at mekleren etter omstendighetene bør kunne gi uttrykk for domsprognose eller realitetsorientere en vanskelig

¹⁷⁶ Se Bernt 2011 for en grundig behandling av meklerrollen.

¹⁷⁷ Se Bernt 2011 s. 484. Bernt sier at en viktig forskjell mellom meklingsordningene er at mekler i ordinær mekling og familiemekling ikke kan benytte sær møter, og at saken i ordinær mekling i visse tilfeller kan være godt opplyst ved bevisførsel.

¹⁷⁸ Se Bernt 2011 s. 220.

¹⁷⁹ Prp. s. 126.

¹⁸⁰ Prp. s. 126. Se også Bernt 2011 s. 425–427. Bernt påpeker hvordan meklerens innspill eksempelvis kan være nyttig dersom partene stopper opp i forhandlingene, og mekler har rukket å få innsikt i partenes underliggende interesser.

¹⁸¹ Prp. s. 126. Se også Bernt 2011 s. 424.

¹⁸² Prp. s. 126.

¹⁸³ Prp. s. 126.

part, særlig hvor ”en eller flere parter møter til rettsmekling uten advokat, og mekleren mener klart at den ene parten vil vinne fram hvis saken kommer til doms.”¹⁸⁴

Lovgivers uttalelser ovenfor setter søkelys på hvordan evaluerende meklerteknikker kan skape rettssikkerhetsproblemer. Mekler har med sin rolle en viss autoritet, og dennes løsningsforslag, prognoser eller uttrykk for hva som er et rimelig resultat, kan dermed ha stor innflytelse på partenes videre forhandlinger og løsning av konflikten.¹⁸⁵ Dette kan medføre risiko for at løsningen ikke blir basert på partenes interesser og behov, som er lovgivers siktemål med rettsmekling, jf. tvl. § 8-5 tredje ledd, og at partsautonomien svekkes.¹⁸⁶ Dette kan være problematisk ut fra at en sentral forutsetning for at prinsipper som kontradiksjon, bevisførsel, begrunnelsesplikt og overprøving ved anke ikke gjelder i rettsmekling, er at det er partene selv og ikke en tredjeperson som har ansvar for konfliktenes løsning.¹⁸⁷ Imidlertid bør mekleren kunne opplyse om kurante fakta, uten å gi egne vurderinger og prognoser, og med dette styrke partenes forutsetninger til å treffe veloverveide valg.¹⁸⁸

Et utbredt syn i litteraturen er at mekleren bør opptre tilretteleggende.¹⁸⁹ Et sentralt argument mot evaluering er at det er rettssikkerhetsmessig problematisk dersom elementer og prinsipper fra meklingsprosessen og domstolsbehandling ikke følges i sin helhet.¹⁹⁰ Andre argumenterer imidlertid for at en evaluerende meklertilnærming i større eller mindre grad kan være hensiktsmessig, blant annet for å sikre et rettferdig meklingsresultat.¹⁹¹

I motsetning til rettsmekling, skal mekleren i ordinær mekling og familiemekling pådømme saken dersom forlik ikke oppnås. Kravene om dommerhabilitet etter dl. § 108 er her skranke for meklerens uttalelser og tilnærming, jf. tvl. § 8-2 første ledd tredje punktum.¹⁹² Forarbeidene utelukker ikke evaluering.¹⁹³ Imidlertid uttales det at det bør ”i størst mulig utstrekning legges opp til at partene selv finner fram til den løsning det blir enighet om”, og

¹⁸⁴ Prp. s. 126 og Bernt 2011 s. 435 og 437. Se også prp. s. 390 og Bernt 2011 s. 388–389 og 394 om at mekler i visse tilfeller kan ha utvidet veiledningsplikt.

¹⁸⁵ Bernt 2011 s. 408, 429–430 og 433–435 og Vindeløv 2008 s. 190–191.

¹⁸⁶ Se Bernt 2011 s. 403 og Vindeløv 2008, s. 190–191.

¹⁸⁷ Se også Bernt 2011 s. 408 og 478–479. Se kapittel 5.3.2 om problemstillinger ved en evaluerende meklertilnærming ved bruk av særmøter i rettsmekling.

¹⁸⁸ Se Bernt 2011 s. 222–223, med videre henvisning til Vindeløv 2008 s. 203–204. Se også Austbø og Engebretsen 2006 s. 151 og Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 291–292.

¹⁸⁹ Se Bernt 2011 s. 220. Dette er synspunktet til blant annet Vindeløv, Kovach og Love, Kjelland-Mørdre mfl., Austbø og Engebretsen og Bernt, se Bernt 2011 s. 65–72.

¹⁹⁰ Vindeløv 2008 s. 357–358, Vindeløv 2007 s. 153, Bernt 2011 s. 68, med videre henvisning til Kovach og Love 1998 s. 79, 93 og 104–105. Se også Bernt 2011 s. 478–479 og Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s. 101–106.

¹⁹¹ Skoghøy 2010 s. 36–37, se kapittel 4.2.3.3. Se også Austbø og Engebretsen 2006 s. 54 og Ristvedt 2013 s. 41 og 142–143.

¹⁹² Se Prp. s. 115. Se også Bernt 2011 s. 408–410 og s. 420–421.

¹⁹³ Prp. s. 116.

det påpekes at dette har en egenverdi.¹⁹⁴

Fremstillingen ovenfor viser at en evaluerende meklerrolle reiser visse rettssikkerhetsmessige problemstillinger. I det følgende skal jeg i lys av dette se på betydningen av advokatens rolle. Her skal jeg først sette søkelys på advokatens *holdninger*.

5.3 Advokatens rolle

5.3.1 Betydningen av advokatens holdninger til meklerrollen

Advokatens holdninger kan kaste lys over hvordan meklingsprosessen fungerer i praksis, og være et nyttig bidrag til videreutvikling av meklingsordninger.¹⁹⁵ Et argument som anføres for en evaluerende meklerrolle er at partene ønsker dette.¹⁹⁶ Ofte kan imidlertid advokatens holdninger til og råd om mekling ha stor betydning for partens valg.¹⁹⁷ Undersøkelser viser at det er en viss forskjell mellom hvilke holdninger advokater og meklingslitteratur har til meklerrollen. I et rettssikkerhetsmessig perspektiv er det derfor interessant å se nærmere på denne spenningen, og undersøke mulige forklaringer til og konsekvenser av dette.

Richard Knoffs rapport fra 2001, en evaluering av prøveperioden med rettsmekling fra 1997 til 2002, viser at mange av advokatene (og partene) mente at det var positivt at mekleren gir løsningsforslag og domsprognoser.¹⁹⁸ *Geir Engebretsens* spørreundersøkelse fra 2009 blant advokater med meklingserfaring viser at de fleste mener at mekleren bør opptre mer evaluerende enn hva som er i samsvar med den tradisjonelle meklingsteorien. Her stiller mange seg positiv til at mekler gir uttrykk for et rimelig resultat og domsprognoser, samt at mekler fremsetter løsningsforslag.¹⁹⁹

Det er i litteraturen ulike meninger om betydningen av advokatens holdninger. Engebretsen fastholder utgangspunktet om at mekler bør opptre tilretteleggende.²⁰⁰ Han påpeker at advokatene også gir god tilslutning til mekleratferd i samsvar med prinsipper om tilrettelegging, og setter videre søkelys på rettssikkerhetsmessige utfordringer ved evaluering.²⁰¹ Engebretsen uttaler imidlertid at en bred tilretteleggende tilnæringsmåte kan virke fremmed og livsfjern for mange jurister.²⁰² Han foreslår å supplere utgangspunktet om

¹⁹⁴ Prp. s. 201.

¹⁹⁵ Se Engebretsen 2010a s. 4.

¹⁹⁶ Bernt 2011 s. 70, med videre henvisning til Kovach og Love 1998 s. 96.

¹⁹⁷ Se Bernt 2011 s. 70, med videre henvisning til Kovach og Love 1998 s. 96 og Vindeløv 2008 s. 344.

¹⁹⁸ Knoff 2001 s. 1133–1134 og 1192–1194.

¹⁹⁹ Engebretsen 2010a s. 22 og 24, Engebretsen 2010b s. 18. Se også Bernt 2011 s. 482–483 og Ristvedt 2013 s. 132.

²⁰⁰ Engebretsen 2010b s. 15–18 og 20. I samme retning Knoff 2001 s. 1137 og 1197–1198 og 1207.

²⁰¹ Engebretsen 2010b s. 15–18 og 20.

²⁰² Engebretsen 2010b s. 14 og 18.

en tilretteleggende tilnærming med visse prinsipper for noe mer bruk av evaluering, og påpeker at enighet om slike prinsipper kan bedre kvaliteten og forutsigbarheten i mekling.²⁰³ Engebretsen understreker imidlertid at rettsmekling må bevare sitt særpreg som alternativ konfliktløsningsform.²⁰⁴

Ristvedt sier at undersøkelsene viser at det er behov for en viss endring i meklingsideologi i rettsmekling.²⁰⁵ *Bernt* uttaler imidlertid at advokatenes ønsker ikke er et tilstrekkelig argument for en evaluerende meklertilnærming. Hun peker her på de rettssikkerhetsmessige utfordringene, og at mange advokater ikke nødvendigvis har slik utdanning i og kunnskap om meklingsprosessen at de fullt ut kan se potensialet en tilretteleggende meklerrolle gir for gode løsninger.²⁰⁶ Det er naturlig å tilnærme seg løsninger ut fra den kunnskap og de verktøyer man har. Utdannelse i og erfaring med en evaluerende juridisk tankemåte kan derfor naturlig ha innflytelse på advokatenes holdninger til mekling og meklerrollen.²⁰⁷

En amerikansk undersøkelse foretatt av *Tamara Relis* kan også gi interessante perspektiver.²⁰⁸ Undersøkelsen viser at det også er visse forskjeller mellom *advokatenes og partenes syn* på meklerrollen og meklingsprosessen.²⁰⁹ Ett av funnene er at der advokatene ofte foretrekker en noe mer evaluerende meklerrolle, vektlegger klientene meklerens evne til å vise empati og forståelse samt å fremme kommunikasjon.²¹⁰ Undersøkelsen viser at noe av årsaken til at mange advokater foretrekker evaluering, kan være at de ofte har et taktisk og rettslig perspektiv på meklingen. Her ønsker de heller at mekler gir dem ”taktisk assistanse” i stedet for å være for tilretteleggende, hvor det siste kan anses å true klientens rettslige stilling.²¹¹ Etter min mening er disse funnene interessante, fordi de setter søkelys på hvorvidt advokatens holdninger er i samsvar med partens interesser og behov. Dette kan igjen være en utfordring med hensyn til hvordan advokaten kan bidra til partsautonomi og rettferdighet i

²⁰³ Engebretsen 2010b s. 18–19. Engebretsen angir på s. 19 fem følgende spilleregler: evaluerende opptreden bør skje sent i prosessen, partene må tydelig informeres om at mekler inntar en evaluerende meklerrolle, partene må samtykke til evaluerende atferd, evaluering skal brukes unntaksvis, og mekleren bør bruke partenes formuleringer.

²⁰⁴ Engebretsen 2010b s. 18–20.

²⁰⁵ Ristvedt 2013 s. 164.

²⁰⁶ Bernt 2011 s. 482-483.

²⁰⁷ Bernt 2011 s. 483 og s. 70, med videre henvisninger til Kovach og Love 1998 s. 96. Se også Austbø og Engebretsen 2006 s. 151 og Engebretsen 2010b s. 14 og 20.

²⁰⁸ Se Ristvedt 2013 s. 146–150. Undersøkelsen gjelder blant annet hvordan ulike aktører kan ha forskjellige syn på og formål med mekling. Undersøkelsen har blant annet empiriske og geografiske begrensninger, og det kan derfor ikke ukritisk trekkes generelle slutninger fra disse, se Ristvedt 2013 s.147, med videre henvisning til Relis 2011 s. 26-32.

²⁰⁹ Ristvedt 2013 s. 146-147, med videre henvisning til Relis 2011.

²¹⁰ Ristvedt 2013 s. 148, med videre henvisning til Relis 2011 kapittel 7 og s. 232-233.

²¹¹ Ristvedt 2013 s. 148, med videre henvisning til Relis 2011 kapittel 7 og s. 232-233.

mekling.

Det er altså viktig å ta i betraktning hvilke holdninger advokatene, som viktige aktører i mekling, har til meklerrollen, også for utviklingen av rettsmeklingsinstituttet. For at advokatens meninger skal kunne bidra til partens rettssikkerhet, er det imidlertid viktig med tilstrekkelig kunnskap og bevissthet om meklingsprosessen og hvordan meklerrollen kan reise rettssikkerhetsmessige problemstillinger. Også bevissthet om at advokaten og klienten kan ha ulike syn på meklerrollen og meklingsens formål kan være viktig, ettersom advokatens oppgave som rådgiver nettopp er å ivareta *klientens interesser*, jf. advokatforskriften kap. 12 punkt 3.1.3.

5.3.2 Betydningen av advokatens deltakelse når mekler opptrer evaluerende

Spørsmålet videre er hvordan *advokatens deltakelse* kan være viktig for å ivareta meklingsgarantiene når mekleren har en evaluerende tilnærming. Ettersom en evaluerende mekleratferd kan skape rettssikkerhetsproblemer, fremstår advokatens plikt til å ivareta klientens interesser, jf. advokatforskriften kap. 12, pkt. 1.2 andre ledd og 3.1.3, som særlig viktig i slike tilfeller. Problemstillingens aktualitet kan illustreres av at parten i rettsmekling har adgang, men ikke plikt til å ha med seg advokat, jf. tvl. § 8-5 andre ledd.²¹² Jeg kommer i det følgende til å fokusere mest på rettssikkerhetsmessige problemstillinger i rettsmekling, men betraktningene har langt på vei også betydning for ordinær mekling og familiemekling.²¹³

Ut fra et synspunkt om at meklingsresultatet bør samsvare med gjeldende rett for å være rettferdig,²¹⁴ kan det argumenteres for en mer aktiv meklerrolle dersom partene ikke har advokat eller der advokaten opptrer passivt.²¹⁵ Her kan tankegangen være at mekler bør ta mer ansvar ved å opptre evaluerende når advokaten ikke bidrar til en løsning i samsvar med partenes rettsstilling. Som jeg tidligere har vist, er imidlertid ikke det juridisk riktige nødvendigvis et rettferdig resultat i mekling, ettersom partenes konkrete interesser og behov står i fokus.²¹⁶

Vindeløvs holdning er at det er rettssikkerhetsmessig problematisk dersom mekling ikke skjer i samsvar med idealet om en tilretteleggende meklerrolle, og nevner også advokatens støtte til parten som en viktig faktor for en betryggende meklingsprosess.²¹⁷ Som

²¹² Se kapittel 3.1.

²¹³ Se Bernt 2011 s. 484 og note 177.

²¹⁴ Se Skoghøy 2010 s. 36–37.

²¹⁵ Se også Bernt 2011 s. 232–233, med videre henvisning til Lindell 2006 s. 166.

²¹⁶ Se nærmere om dette kapittel 4.2.3.3. Se også Kjelland-Mørde mfl. 2008 s. 296.

²¹⁷ Bernt 2011 s. 222, med videre henvisning til Vindeløv 1997 s. 276.

fremstillingen har vist, kan eksempelvis meklerens domsprognoser være en risiko for at partene ikke får full rådighet over konflikten. Dette tilsier at mekler særlig bør avstå fra en klart evaluerende tilnærming i tilfeller der parten ikke er støttet av advokat, ettersom advokaten har et særlig ansvar for å ivareta partens interesser.²¹⁸

For å bidra til partens rettssikkerhet kan advokaten ha en viktig oppgave i å kommunisere med mekleren og klienten om meklerens opptreden.²¹⁹ Ristvedt sier at advokaten bør være bevisst på at mekler kan benytte evaluerende teknikker for å bidra til at partene oppnår en løsning, og ha ulike tilnærminger underveis.²²⁰ Advokaten kan her forklare klienten at dette skjer og hvorfor, og slik hindre at klienten kommer med unødvendige innrømmelser.²²¹ Advokaten bør videre ikke ukritisk godta løsningsforslag fra mekleren, men vurdere ulemper og fordeler, samt diskutere dette nærmere med klienten.²²² At klienten gjøres bevisst på meklerens rolle, hvilken tilnærming mekler konkret benytter og at partene skal ha rådighet over konflikten, kan være viktig for reell partsautonomi. Med slik bevisstgjøring kan advokaten også bidra til tydelighet om meklingsinnhold og formål, noe som kan være viktig for en forutberegnelig og legitim meklingsprosess.²²³

Advokatens rådgivning kan også være viktig for klientens rettssikkerhet ved bruk av særrettsmekling i rettsmekling, jf. tvl. § 8-5 første ledd tredje punktum. For gjennomføringen av rettsmekling sier tvl. § 8-5 første ledd andre punktum at "[r]ettsmekleren bestemmer framgangsmåten i samråd med partene". Forarbeidene uttaler at det er viktig at mekler rådfører seg med partene, og at han blant annet forklarer formålet med særrettsmekling og hvilke rammer som gjelder.²²⁴ Tvistelovens bestemmelse og forarbeidene kan tilsa at advokaten kan ha en viktig oppgave i å vurdere når separate møter er hensiktsmessig ut fra klientens interesser.²²⁵

Særrettsmekling kan være et egnet virkemiddel i den konkrete saken; blant annet kan dette redusere konfliktnivå, realitetsorientere partene og bidra til at de blir mer åpne for å avdekke

²¹⁸ Dersom kun den ene part har advokat kan imidlertid styrkeforholdet mellom partene være ubalansert, og konkret tilsa større veiledningsplikt for mekler, se prp. s. 390 og Bernt 2011 s. 388-389 og 393-394, med videre henvisninger til Lindell 2006 s. 166 og 168-169. Dersom en eller begge parter er selvprosederende, uttaler Lindell at mekler kort bør redegjøre for gjeldende rett og i visse tilfeller gi domsprognose.

²¹⁹ Se Ristvedt 2013 s. 41-42.

²²⁰ Ristvedt 2013 s. 109 og 35, 41 og 162.

²²¹ Ristvedt 2013 s. 162. Se imidlertid også s. 44, der Ristvedt uttaler at advokaten også må vurdere hvorvidt en tilretteleggende tilnærming er til klientens fordel.

²²² Ristvedt 2013 s. 51 og 48.

²²³ Se også Knoff 2011 s. 1197-1198.

²²⁴ Prp. s. 390.

²²⁵ Se også Ristvedt 2013 s. 146.

interesser og behov.²²⁶ Imidlertid kan særmøter i kombinasjon med en evaluerende meklertilnærming også skape rettssikkerhetsproblemer.²²⁷ Dette er aktuell problematikk, særlig i lys av at meklerin i separate møter ofte kan opptre mer evaluerende.²²⁸

Som tidligere nevnt i kapittel 2.2 kan meklerin ved særmøter få informasjon som ikke er gjenstand for kontradiksjon, fordi han ikke skal treffe avgjørelse i saken. Dersom meklerin gir vurderinger eller prognoser på grunnlag av informasjon som ikke begge parter er kjent med og kan imøtegå, er dette i strid med begrunnelsen for at kontradiksjon ikke gjelder. Det kan være vanskelig for partene å trekke meklerens vurderinger og forslag i tvil, ettersom partene vet at de kan mangle viktig informasjon som meklerin har.²²⁹

Kontradiksjonsprinsippet er det mest sentrale rettssikkerhetsmessige prinsippet i sivilprosessen. Rettspraksis viser at det skal svært lite til for å oppheve en dom på grunn av manglende kontradiksjon.²³⁰ Dette illustrerer at advokatens rådgivning kan ha stor betydning for partens rettssikkerhet. Advokaten kan ha en viktig oppgave i å klargjøre for klienten at det er vanskelig å vite hvilket grunnlag meklerin uttaler seg på.²³¹ Videre kan klienten gjøres bevisst på at meklerens vurderinger kan være basert på argumentasjon som ikke har vært gjenstand for bevisførsel, og som klienten og advokaten ikke har fått uttale seg om. Ved å oppfordre til egen tanke og refleksjon om dette, kan advokaten bidra til at det er *partene* som har rådigheten over konfliktens løsning. Dette er en sentral forutsetning for rettssikkerhet i de tilfeller der kontradiksjonsprinsippet ikke gjelder.

Fremstillingen ovenfor viser hvordan advokatens rådgivning på flere måter kan være viktig for å ivareta klientens interesser og rettssikkerhet når mekler opptre evaluerende. Advokatens deltakelse kan her bidra til at prosessen blir mer betryggende og bedre ivaretar sin legitimitet. Igjen er det imidlertid viktig at advokaten har tilstrekkelig kunnskap om meklingsprosessen, og er bevisst på de problemstillinger meklerrollen kan reise.

6 Avsluttende betraktninger

Som fremstillingen har vist, er advokatens rolle definitivt viktig for å ivareta partens rettssikkerhet i mekling. Advokatens oppgave består imidlertid ikke av i ethvert tilfelle å

²²⁶ Bernt 2011 s. 73.

²²⁷ Se Vindeløv 2008 s. 246 og 357. Se imidlertid Austbø og Engebretsen 2006 s. 152 som uttaler at evaluering bør forbeholdes særmøter, ettersom tydelig mekleratferd i fellesmøter kan være uheldig for meklingen.

²²⁸ Ristvedt 2013 s. 162 og 146, med videre henvisning til Mykland 2010 s. 308 og 310.

²²⁹ Bernt 2011 s. 408 og 434.

²³⁰ Prp. s. 43, Robberstad 2013 s. 7–10 og Skoghøy 2010 s. 484–485, med videre henvisning til blant annet Rt. 2006 s. 385 og Rt. 2009 s. 1. Se også eksempelvis Rt. 2010 s. 1025, Rt. 2012 s. 1750 og Rt. 2013 s. 65.

²³¹ Se Bernt 2011 s. 434.

fraråde forlik som ikke samsvarer med den juridisk riktige løsning. Han skal imidlertid gi klienten god og utfyllende informasjon om hvordan saken står juridisk og bevismessig, og slik bidra til at klienten har grunnlag til å treffe veloverveide valg. Med dette kan advokaten bidra til at det er *partene* som har rådighet over konfliktens løsning, noe som er en vesentlig forutsetning for materiell og prosessuell rettssikkerhet i en meklings situasjon hvor viktige rettssikkerhetsprinsipper er satt til side.

For å kunne bidra til partens rettssikkerhet er det imidlertid viktig at advokaten er sin rådgivende rolle bevisst, og har et reflektert forhold til meklingsprosessens innhold og formål. I vurdering av og rådgivning om når minnelig løsning er i klientens interesse, jf. advokatforskriften kapittel 12 punkt. 3.1.3, kan advokatens juridiske kunnskap, sammen med bevissthet om at partenes interesser og behov kan avvike fra deres juridiske rettigheter, være viktig for *reell partsautonomi* før og under meklings. Slik kan han også bidra til *maktbalanse*, og at partene finner en løsning på konflikten som *de* finner *rettferdig*.

Advokatens rådgivende rolle kan også være viktig for å ivareta meklingsgarantiene og kvalitetssikre meklingsprosessen i lys av problemstillinger en evaluerende meklerrolle kan reise. Her kan han, blant annet med sine holdninger til og kommunikasjon om meklertilnærminger, bidra til forutberegnelighet i meklingsprosessen og styrke selvstendig refleksjon hos parten. Advokaten kan her bidra til at det er *partenes* interesser og behov som er avgjørende for konfliktens løsning. Dette kan ha stor betydning for partens rettssikkerhet og meklings legitimitet, særlig i tilfeller hvor prinsipper som bevisførsel og kontradiksjon ikke gjelder.

Det er imidlertid avgjørende at advokaten har tilstrekkelig kunnskap og bevissthet om rettssikkerhetsmessige problemstillinger i meklings. Betydningen av dette er aktualisert av at mange advokater ønsker en mer evaluerende meklerrolle, samt at advokat og klient også kan ha ulikt syn på meklings formål. I lys av at meklings i dag har fått større aktualitet innenfor advokatens arbeid som klientens rådgiver, kan det reises spørsmål om advokater får tilstrekkelig opplæring i meklingsprosessens innhold.

Ettersom advokatens holdninger og råd har stor betydning for partens valg, er det viktig at han er bevisst på hvordan meklings kan være et hensiktsmessig alternativ til domstolsbehandling. Dette kan bidra til å bedre kvaliteten i meklingsprosessen, samt at flere benytter meklings til løsning av konflikter som er egnet for dette; noe også lovgiver har fremhevet som et viktig mål i den nye tvisteloven. Som drøftingen har vist, er advokaten en sentral aktør i meklings, særlig med tanke på partens rettssikkerhet. Dette fordrer imidlertid enda større fokus på og debatt om advokatens rådgivende rolle.

7 Litteratur

- Aall
2004 Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter. En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, Bergen 2004.
- Advokatforeningen
2013 Advokatforeningen, *Regler for god advokatskikk*, tilgjengelig på: <http://www.advokatforeningen.no/etiske-regler/god-advokatskikk/regler-for-god-advokatskikk/>, (lesedato 02.06.13), Oslo 2013.
- Austbø &
Engebretsen
2006 Austbø, Anne & Geir Engebretsen, *Mekling i rettskonflikter. Rettsmekling, mekling ved advokater og mekling i forliksrådene og konfliktrådene*, 2.utgave, Oslo 2006.
- Bernt
2011 Bernt, Camilla, *Meklerrollen ved mekling i domstolene*, Bergen 2011.
- Bernt &
Mæhle
2007 Bernt, Jan Fridthjof & Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati. Innledning til juss-studiet*, Bergen 2007.
- Boserup &
Humble
2001 Boserup, Hans & Susse Humle, *Mediationsprocessen*, København 2001.
- Dalberg-
Larsen
2009 Dalberg-Larsen, Jørgen, *Mægling, ret og samfund: Perspektiver på mægling*, København 2009.
- Eckhoff &
Smith
 Eckhoff, Torstein & Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Oslo 2010.
- Engebretsen
2010a Engebretsen, Geir, *Rettsmekling. Hva mener advokatene?*, Oslo tingrett 2010.
- Engebretsen
2010b Engebretsen, Geir, *Rettsmekling. Tre områder for utvikling*, Oslo tingrett 2010.
- Kjelland-Mørdre
mfl. 2008 Kjelland-Mørdre, Kristin, Anne-Lise H. Rolland, Karen Sophie Steen, Per Gammelgård & Carsten Anker, *Konflikt, mekling og rettsmekling*, Oslo 2008.
- Knoff
2001 Knoff, Richard H., ”Evaluerings av prøveordningen med rettsmekling”, i *NOU 2001: 32 Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)* s. 1133–1207.
- Kovach &
 Kovach, Kimberlee & Lela P. Love, ”Mapping Mediation: The Risks of

- Love 1998 Riskin's Grid", *Harvard Negotiation Law Review*, Volume 3, Spring 1998 s. 71–110
- Lindell 2006 Lindell, Bengt, *Alternativ rettskipning eller alternativ till rettskipning?*, Uppsala 2006.
- Mykland 2007 Mykland, Solfrid, "Domstolsretorikk versus meglingsretorikk", i Kristiansen, Hans-Ivar & Odd Nordhaug m.fl., *Retorikk, juss og rettferdighet*, Oslo 2007.
- Mykland 2010 Mykland, Solfrid, "Særmøter som rasjonelle myter", *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2010 s. 288–326.
- Relis 2011 Relis, Tamara, *Perceptions in Litigation and Mediation*, Cambridge 2011.
- Riskin 1996 Riskin, Leonard L., "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed", *Harvard Negotiation Law Review*, Spring 1996 s. 7–51.
- Ristvedt 2013 Ristvedt, Per M., *Advokaten i rettsmekling*, Oslo 2013.
- Ristvedt & Nisja 2008 Ristvedt, Per. M. & Ola Ø. Nisja, *Alternativ tvisteløsning*, Oslo 2008.
- Robberstad 2013 Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 2. utgave, Bergen 2013.
- Schei 2001 Schei, Vidar, "Forhandlinger: Når vinnere blir tapere", *Magma. Econas tidsskrift for økonomi og ledelse*, nr. 5 2001, tilgjengelig på <http://www.magma.no/forhandlinger-naar-vinnere-blir-tapere> (lesedato 02.06.2013), Oslo 2001.
- Skoghøy 2010 Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning: Domstoler, søksmål, saksbehandling og bevis*, Oslo 2010.
- Vindeløv 1997 Vindeløv, Vibeke, *Konflikt, tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling*, København 1997.
- Vindeløv 2004 Vindeløv, Vibeke, *Konfliktmægling*, København 2004.
- Vindeløv 2008 Vindeløv, Vibeke, *Konfliktmægling: En refleksiv model*, 2. utgave, København 2008.

Lover og forskrifter

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

Lov 08. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

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

Forskrift 21. desember 2007 nr. 1605 til tvisteloven (tvistelovforskriften)

Internasjonal regulering

Europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), vedtatt av Europarådet 4.11.1950

Forarbeider

NOU 2001: 32 Rett på sak

Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Rettspraksis

Rt. 1994 s. 1430

Rt. 2006 s. 385

Rt. 2009 s. 1

Rt. 2010 s. 1025

Rt. 2012 s. 1750

Rt. 2013 s. 65

Avgjørelser fra Disiplinærorganene

Beslutning fra disiplinærutvalget for Bergen, Hordaland, Sogn og Fjordane krets av 2. november 1992 i sak nr. 7/92

Beslutning fra Disiplinærnemden av 7. november 1994 i sak nr. 321.788-90/94

Beslutning fra disiplinærutvalget for Oslo krets av 15. mai 2008 i sak nr. 140/2007

EMD

Dom 27.02.1980 i saken Deweer mot Belgia