



Gisela Knuts

FÖRFARANDEGARANTIER VID DOMSTOLSANKNUTEN MEDLING

FÖRFARANDEGARANTIER VID
DOMSTOLSANKNUTEN MEDLING



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA

A-sarja N:o 270

PUBLIKATIONER AV SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Serien A Nr 270

Gisela Knuts

Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling

Akademisk avhandling som med tillstånd av Juridiska fakulteten vid
Helsingfors universitet framläggs till offentlig granskning i auditorium XII
i universitetets huvudbyggnad lördagen den 4 februari 2006 kl. 10.

TIIVISTELMÄ SUOMEKSI
WITH AN ENGLISH ABSTRACT

Julkaisuvaliokunta

Risto Nuolimaa, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Raimo Lahti

Pekka Vihervuori

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-516-5

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Gisela Knuts

ISSN 0356-7206

ISBN 951-855-252-5

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2006

Till Rebecka

Förord

Att läsa förord till doktorsavhandlingar har alltid fascinerat mig. Därför var detta något av det första jag företog mig i maj 2002 när jag påbörjade arbetet med avhandlingen. Den bild som framträdde var allt annat än uppmuntrande för en ung och ivrig juris doktor *in spe*: tunga personliga mognadsprocesser, starkt kritiska förhandsgranskare, stulna eller borttappade manuskript samt ansträngda familjeförhållanden mötte mig. Från allt detta och en rad andra icke nämnda horor har jag besparats och för det har jag huvudsakligen följande personer att tacka:

Avhandlingen har blivit till under professor *Dan Frändes* vakande öga. Dan bidrog till att väcka mitt intresse för processrätt redan under studietiden och hans flexibilitet, effektivitet och omvittnat goda förmåga att inspirera har varit till stor hjälp under arbetets gång. Professorerna *Juha Lappalainen* (Helsingfors) och *Bengt Lindell* (Uppsala) har till min glädje tagit sig tid att fungera som förhandsgranskare och givit värdefulla kommentarer till manuskriptet. Att ha två så kunniga och välrenommerade civilprocessualister som förhandsgranskare är obestriddligen en ära. Bengt har också varit vänlig nog att åta sig uppdraget som opponent. Sakkunniga kommentarer till manuskriptet har jag också fått av juris doktor *Sakari Laukkanen*, medan juris doktor *Kaijus Ervasti* har givit mig fri tillgång till sitt stora material om alternativ tvistlösning samt fungerat som bollplank.

Jag har skrivit avhandlingen under tjänstledighet från och vid sidan av mitt arbete som advokat på Roschier Holmberg Advokatbyrå Ab. Att genomföra arbetet på det sätt och inom den tid jag föresatt mig hade varit omöjligt utan byråns stöd. Byråns förståelse för mitt projekt, flexibilitet i förhållande till mitt arbete och generositet då det gällt resursanvändning har varit ovärderlig och har vida överskridit vad jag ens hade kunnat drömma om. Många är även de kolleger som varit till hjälp och stöd under arbetets gång – av dem kan jag här nämna endast några få. Advokat *Petri Taivalkoski* har visat genuint intresse för min forskning sedan första början och har, trots sina talrika andra åtaganden, alltid tagit sig tid att diskutera. Advokat *Helle Lindegaard* har delat med sig av sitt stora kunnande om alternativ tvistlösning och har, även hon, alltid varit tillgänglig för diskussioner. Både Petri och Helle har också kommit med värdefulla kommentarer till manuskriptet. Ett stort lass har dragits av HSO-sekreterare *Tanja Chiodo*, som inte bara varit till stor praktisk hjälp under arbetets gång utan också fungerat som sambandscentral och hållit fortet under min forskningsledighet. Även juris studerandena *Jakob Storå* och *Jyri Nousiainen* samt juris kandidat *Nadine Hellberg*, vilka hjälpt mig med materialinsamling, förtjänar ett stort tack.

För arbetet med avhandlingen har jag erhållit understöd från Victoriastiftelsen, Ella och Georg Ehrnrooths stiftelse, Makarna M. och O. Hj. Granfelts stipendiefond, Finlands Advokatförbunds stiftelse, Eugen Schaumans stiftelse, Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiö och Oskar Öflunds stiftelse. Suomalainen Lakimiesyhdistys har vänligen antagit avhandlingen för publikation i sin serie A och Juridiska Föreningen i Finland har bidragit med medel för täckande av tryckningskostnaderna. För samtliga dessa bidrag är jag djupt tacksam.

Av de mera personliga tacken går det första till juris licentiat *Eva Storskrubb*. Eva har kommenterat manuskriptet men framför allt fungerat som inspirationskälla och klagomur under arbetets gång. Att ha en vän som Eva är otroligt värdefullt och jag hoppas kunna vara till motsvarande hjälp för henne.

Min mamma, pappa och bror har lagt grunden för mitt intresse för forskning och bidragit till att utveckla de karaktärsdrag som gjort det möjligt för mig att genomföra arbetet: självdisciplin, analytisk förmåga och kritiskt tänkande. Min högsta önskan är att kunna ge min dotter Rebecka en lika stimulerande uppväxtmiljö som den jag själv haft. Också under det praktiska arbetet med avhandlingen har familjen *Knuts* varit ett stort stöd som samtalspartners och kommentatorer. På denna punkt har särskilt min mamma haft en framträdande roll. I våra otaliga diskussioner har hon gång på gång poängterat vikten av att avhandlingen skall se ut som en cigarr, dvs. att strukturen skall påminna om makramé och inte om en julgran. Jag har gjort så gott jag kunnat – resultatet överlåter jag åt henne att bedöma. Mamma har också kommenterat manuskriptet och fungerat som språkgranskare. Särskilt hennes förmåga att omfatta avhandlingens ämne trots sin grunduppfattning om civilprocessen, till skillnad från straffprocessen, som ”det där där dom är lurendrejare och inte skurkar” förtjänar en eloge.

Som brukligt är har jag sparat tacket till min man *Christian* till sist. Christian har varit en värdig motståndare i långa diskussioner om den alternativa tvistlösningens berättigande. Han har också gång på gång läst manuskriptet och kommit med värdefulla kommentarer. Christian har dessutom agerat tålmodig provkanin då jag prövat olika förhandlings- och medlingsstrategier på hemmafronten och han har lärt mig mer än någon annan om framgångsrik konfliktlösning i praktiken. Med sin förtröstansfulla livsinställning och sitt positiva sinnelag har Christian lotsat mig framåt då jag själv inte orkat. Detta och allt det övriga han gjort för mig hoppas jag att få återgälda under resten av mitt liv.

Åbo, den 4 november 2005

Gisela Knuts

Innehåll

FÖRORD	VII
INNEHÅLL	IX
LITTERATUR	XV
FÖRKORTNINGAR.....	XXIV
I INLEDNING	1
1 FRÅGESTÄLLNING	3
1.1 Val av ämne	3
1.2 Forskningsproblem	6
1.3 Syfte och avgränsningar	7
2 FÖRVERKLIGANDE	9
2.1 Metod.....	9
2.2 Avhandlingens källor.....	15
2.3 Begrepp.....	19
2.4 Disposition.....	22
II AVHANDLINGENS TEORETISKA REFERENSRAM	25
1 CENTRALA TRENDER I DET SENMODERNA SAMHÄLLET OCH DERAS BETYDELSE FÖR RÄTTSSKIPNINGEN.....	27
1.1 Inledning.....	27
1.2 De stora berättelsernas död.....	28
1.3 Välfärdsstatens utmaningar	29
1.4 Förrättsligande.....	31
1.5 Sammanfattning.....	32
2 RÄTTSSKIPNINGENS UPPGIFT I DET SENMODERNA SAMHÄLLET	35
2.1 Inledning.....	35
2.2 Diskurser om civilprocessens funktion.....	36
2.2.1 Rättsskyddsfunktionen	36
2.2.2 Den konfliktlösande funktionen	36
2.2.3 Den handlingsdirigerande funktionen.....	38
2.2.4 Kontrollfunktionen.....	39

2.2.5	Den rättsskapande funktionen.....	40
2.2.6	Funktionernas interaktion?	40
2.3	Samhällsutvecklingen och civilprocessens funktion	42
2.4	Civilprocessens funktion – passé eller aktuellare än någonsin?	44
3	ALTERNATIV TVISTLÖSNING: RÄTTSSKIPNINGENS ALTERNATIV	46
3.1	Allmänt	46
3.2	Den alternativa tvistlösningens funktion	47
3.3	Den alternativa tvistlösningens fördelar	48
3.4	Den alternativa tvistlösningens nackdelar	52
3.5	Alternativ tvistlösning och Access to Justice	53
3.6	Hybridmodeller: att kombinera rättsskipning och alternativ tvistlösning	55
4	FÖRFARANDEGARANTIER.....	57
4.1	Förfarandegarantierna i avhandlingens kontext.....	57
4.2	Förfarandegarantier och rättvisa.....	58
4.3	Normerna om förfarandegarantier vid rättsskipningen	59
4.3.1	Mänskorättskonventionen	59
4.3.2	Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter.....	60
4.3.3	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och utkastet till EU:s grundfördrag	61
4.3.4	Grundlagen.....	61
4.3.5	Rättegångsbalken och annan lagstiftning samt de allmänna lärorna	63
4.4	De enskilda förfarandegarantierna	64
4.4.1	Allmänt	64
4.4.2	Rätten till opartisk handläggning.....	64
4.4.3	Rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande	66
4.4.4	Rätten till offentlig förhandling	68
4.5	Spänningen mellan partsautonomi och rättsskydd	69
5	DEN TEORETISKA REFERENSRAMENS BETYDELSE FÖR DEN FORTSATTA GRANSKNINGEN	72

III	FÖRFARANDEGARANTIER VID MEDLING, DOMARENS FÖRLIKNINGSVERKSAMHET OCH SKILJEFÖRFARANDE	73
1	UTGÅNGSPUNKTER FÖR GRANSKNINGEN	75
2	MEDLING.....	76
	2.1 Definitioner på medling.....	76
	2.2 Frivillighet som medlingens grundtes	78
	2.3 Praktisk utformning.....	83
	2.4 Medlaren.....	85
	2.5 Finlands advokatförbunds regler för förliknings- förfarande	87
	2.6 Förfarandegarantier vid medling.....	89
	2.6.1 Inledning.....	89
	2.6.2 Rätten till opartisk handläggning.....	90
	2.6.3 Rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande.....	97
	2.6.4 Rätten till offentlig förhandling	99
3	DOMARENS FÖRLIKNINGSVERKSAMHET.....	101
	3.1 Rättegångsbalkens stadganden om domarens förlikningsverksamhet	101
	3.2 Förlikningsverksamhetens tidpunkt.....	104
	3.2.1 Under förberedelsen.....	104
	3.2.2 Efter förberedelsen.....	105
	3.3 Förlikningens innehåll	106
	3.4 Förfarandegarantier vid domarens förlikningsverksamhet....	110
	3.4.1 Inledning	110
	3.4.2 Rätten till opartisk handläggning.....	111
	3.4.3 Rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande.....	116
	3.4.4 Rätten till offentlig förhandling	117
4	SKILJEFÖRFARANDE	119
	4.1 Skiljeförfarandets särdrag.....	119
	4.2 Skiljeförfarandet som alternativ tvistlösning.....	120
	4.3 Frivillighet och partsautonomi vid skiljeförfarande	122
	4.4 Skiljemännen	124
	4.5 Förlikning vid skiljeförfarande.....	125
	4.6 Förfarandegarantier vid skiljeförfarande	126
	4.6.1 Inledning	126
	4.6.2 Rätten till opartisk handläggning.....	127

4.6.3	Rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande	133
4.6.4	Rätten till offentlig förhandling	136
5	FÖRFARANDEGARANTIER I DE BESKRIVNA RÄTTSPÄROR – SAMMANFATTNING	140
5.1	Rättsinstansens särdrag.....	140
5.2	Förfarandegarantiernas betydelse	142
5.3	Spänningen mellan partsautonomi och rättsskydd	146
IV	FÖRFARANDEGARANTIER VID DOMSTOLSANKNUTEN MEDLING	149
1	INLEDNING	151
2	DOMSTOLSANKNUTEN MEDLING I FINLAND, NORGE OCH SVERIGE	152
2.1	Lagen om medling i tvistemål	152
2.2	Rettsmekling i Norge.....	163
2.3	Särskild medling i Sverige.....	168
3	DOMSTOLSANKNUTEN MEDLING – SÄRDRAG OCH DISKUSSION	174
3.1	Inledning.....	174
3.2	Syfte och typ av mål	174
3.3	Förutsättningar.....	176
3.3.1	Parternas samtycke till förfarandet	176
3.3.2	Domstolens rätt att pröva om förfarandet skall inledas	178
3.3.3	Slutsats	182
3.4	Medlaren.....	183
3.4.1	Domare eller utomstående?.....	183
3.4.2	Behovet av sakkunskap	185
3.4.3	Parternas samtycke till valet av medlare.....	188
3.4.4	Sammanfattning	190
3.5	Kostnader.....	190
3.6	Tidpunkt.....	192
3.7	Sammanfattning.....	193
4	DOMSTOLSANKNUTEN MEDLING I FÖRHÅLLANDE TILL ÖVRIGA GRANSKADE RÄTTSPÄROR.....	194
4.1	Domstolsanknuten medling – medling.....	194
4.2	Domstolsanknuten medling – domarens förlikningsverksamhet	195

4.3	Domstolsanknuten medling – skiljeförfarande.....	196
5	FÖRFARANDEGARANTIER VID DOMSTOLSANKNUTEN MEDLING.....	198
5.1	Normativ grund för granskningen.....	198
5.2	Rätten till opartisk handläggning	201
5.2.1	Finland, Norge och Sverige.....	201
5.2.2	Utformning av rätten till opartisk handläggning.....	205
5.2.3	Domarens och medlarens rollbyte.....	207
5.2.4	Tvångsmedling, ex parte-möten och förlikningsförslag vid domstolsanknuten medling.....	212
5.3	Rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande ...	214
5.3.1	Finland, Norge och Sverige.....	214
5.3.2	Behövs rätten till lika behandling vid domstolsanknuten medling?.....	215
5.3.3	Utformning av rätten till lika behandling.....	216
5.3.4	Behövs rätten till kontradiktoriskt förfarande vid domstolsanknuten medling?.....	216
5.4	Rätten till offentlig förhandling.....	218
5.4.1	Finland, Norge och Sverige.....	218
5.4.2	Behövs rätten till offentlig förhandling vid domstolsanknuten medling?.....	220
5.4.3	Undantag från rätten till offentlig förhandling enligt lagen om medling i tvistemål.....	224
5.4.4	Undantag från rätten till offentlig förhandling enligt mänskorättskonventionen.....	227
5.4.5	Tystnadsplikt	230
5.5	Sammanfattning.....	233
6	SPÄNNINGEN MELLAN PARTSAUTONOMI OCH RÄTTSSKYDD.....	236
7	REGLERING AV HYBRIDMETODER.....	238
7.1	Inledning.....	238
7.2	I fokus: domstolsanknuten medling och domarens förlikningsverksamhet	239
7.3	Reglering och diskurserna om civilprocessens funktion	240
7.3.1	Inledning	240
7.3.2	Domstolsanknuten medling	241
7.3.3	Domarens förlikningsverksamhet	243
7.3.4	Slutsats	245
7.4	Syntes	246

INNEHÅLL

V	AVSLUTNING	247
1	RETROSPEKTIV GRANSKNING AV TESEN	249
2	SÖKANDET EFTER ALTERNATIVA METODER – ETT PERPETUUM MOBILE?	250
3	FÖRFARANDEGARANTIER SOM EN STOR BERÄTTELSE?	252
	TIIVISTELMÄ	253
	ABSTRACT	255
	RÄTTSFALLSREGISTER	257
	SAKORDSREGISTER	259

Litteratur

- Aaltonen, Anna-Kaisa*: Tuomari sovinnontekijänä perheoikeusasioissa. Lakimies 2000, s. 1320–1324.
- Aaltonen, Anna-Kaisa*: Tuomari sovinnontekijänä perheoikeusasioissa. I verket Pohjonen, Soile (toim.): Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät. Helsinki 2001, s. 353–371.
- Aarnio, Aulis*: Oikeudellisen ajattelun perusteista. Vammala 1971.
- Aarnio, Aulis*: Laintulkinnan teoria. Juva 1989.
- Aarnio, Aulis*: Oikeustieteen muuttuminen. Oikeus 1996, s. 223–226.
- Admund, Gunnar*: Mer medling enligt RB 42:17. Advokaten 8/1997, s. 17.
- Alsterstad, Charlotte – Carlsrud, Helena – Engdal, Ingrid – Kardbom, Linda – Stendal, Sara*: Förlikning i teori och praktik. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet 1994–95, s. 820–832.
- Arponen, Markku*: Alioikeusuudistus – arktinen hysteria vai toteutunut unelma. Oikeus 1995, s. 36–42.
- Arponen, Markku*: Tuomioistuimen sovittelutoiminta ja vaihtoehtoiset riidanratkaisumenettelyt. Oikeus 1999, s. 290–295.
- Austbø, Anne*: Rettsmegling – mediation. Alternative konfliktløsningsmetoder – særlig om megling. Lov og Rett 1998, s. 364–373.
- Austbø, Anne – Engebretsen, Geir*: Mekling i rettskonflikter. Oslo 2003.
- Bagner, Hans*: När kommer ADR till Sverige? Advokaten 5/1997, s. 12–13.
- Bauman, Zygmunt*: Postmodern Ethics. Oxford & Cambridge 1993.
- Beck, Ulrich*: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main 1986.
- Beck, Ulrich*: The Reinvention of Politics: Towards a Theory of Reflexive Modernization. I verket Beck, Ulrich – Giddens, Anthony – Lash, Scott: Reflexive Modernization. Cambridge 1994, s. 1–55.
- Betänkande av kommittén för grundläggande fri- och rättigheter, KB 1992:3.
- Betänkande av kommittén för utveckling av domstolsväsendet, KB 2003:3.
- Betænkning 1401/2001 – Reform af den civile retspleje I. Justitsministeriet. København 2001.
- Boulle, Laurence*: Mediation: Principles, Process, Practice. Australia 1996.
- Brolin, Thore – Rehnström, Åke – Widebeck, Magnus*: Tvistemålsprocessen II – En handledning för huvudförhandling. Stockholm 1996.
- Brolin, Thore – Rehnström, Åke – Widebeck, Magnus*: Tvistemålsprocessen I – En handledning för förberedelsen. Stockholm 1997.
- Brolin, Thore – Widebeck, Magnus*: Effektivare handläggning av tvistemål. Svensk Juristtidning 1990, s. 586–595.
- Brown, Henry J. – Marriott, Arthur L.*: ADR Principles and Practice. London 1999.
- Cappelletti, Mauro*: The Judicial Process in Comparative Perspective. Oxford 1989.
- Cappelletti, Mauro – Galanter, Mark*: Access to Justice and the Welfare State: An Introduction. I verket Cappelletti, Mauro (ed.): Access to Justice and the Welfare State. Firenze 1981, s. 1–24.
- Cappelletti, Mauro* (ed.): Access to Justice and the Welfare State. Firenze 1981.
- Code of Conduct for Mediators www.europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_en.htm (7.4.2005).

- Dalberg-Larsen, Jørgen*: The Legal Profession in a Changing World. I verket Wilhelmsson, Thomas – Hurri, Samuli (ed.): From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law. Aldershot 1999, s. 99–114.
- Danelius, Hans*: Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna. Stockholm 2002.
- Dir. 2005:77. Alternativa former för tvistlösning vid tingsrätt
- Eckhoff, Torstein*: Rettskildelære. Otta 1987.
- Ekelöf, Per Olof*: Civilrätt och civilrättskipning. I verket Festskrift för Jan Hellner. Stockholm 1984, s. 229–252.
- Ekelöf, Per Olof*: Materiell processledning och medling – två debattämnen på Domstolsverkets seminarier i processrätt för domare. Svensk Juristtidning 1979, s. 546–567.
- Ekelöf, Per Olof*: Materiell processledning och medling – än en gång. Svensk Juristtidning 1981, s. 373–386.
- Ekelöf, Per Olof*: Samhällsåskådning och civilprocess – än en gång. I verket Festskrift till Lars Welamson. Stockholm 1987, s. 119–135.
- Ekelöf, Per Olof*: Sakfrågor och rättsfrågor. Svensk Juristtidning 1988, s. 23–39.
- Ekelöf, Per Olof*: Om rätt och moral. I verket Process och Exekution. Vänbok till Robert Boman. Göteborg 1990, s. 71–83.
- Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert*: Rättegång. Första häftet. Lund 1994.
- Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik – Boman, Robert*: Rättegång. Femte häftet. Stockholm 1998.
- Eklund, Hans*: Rättsbildning i en ny miljö – hur har domstolarnas roll och betydelse förändrats? Rapport från rättssymposium den 27–28 november 2003 på Häringe slott. Svensk Juristtidning 2004, s. 205–228.
- Eliasson, Marianne*: Rättsuppfattning, rättskällor och rättsbildning. Svensk Juristtidning 2004, s. 291–295.
- Erma, Reino*: Välimiesmenettely ja hyvän tavan vaatimukset. Defensor Legis 1987, s. 233–243.
- Ervasti, Kaijus*: Riitaprosessiuudistuksen arviointi. Helsinki 1998.
- Ervasti, Kaijus*: Riitojen ratkaisu Suomessa ”Access to Justice” -näkökulmasta. Defensor Legis 1999, s. 640–660.
- Ervasti, Kaijus*: Tuomioistuinten ulkopuolinen riitojen ratkaisu: Näkökulmia vaihtoehtoihin konfliktinratkaisumenetelmiin. Lakimies 2000, s. 1237–1263.
- Ervasti, Kaijus*: Lainkäytön funktiot. Lakimies 2002, s. 47–72.
- Ervasti, Kaijus*: Tuomioistuimet riitojen ratkaisijoina. Defensor Legis 2002, s. 586–604.
- Ervasti, Kaijus*: Käräjäoikeuksien sovintomenettely. Empiirinen tutkimus sovinnon edistämisestä riitaprosessissa. Helsinki 2004.
- Ervasti, Kaijus*: Käräjäoikeuksien sovintomenettely riita-asioissa. Defensor Legis 2005, s. 832–850.
- Ervasti, Kaijus*: Sovittelu tuomioistuimessa. Helsinki 2005.
- Ervasti, Kaijus – Tala, Jyrki*: Alioikeusuudistus eri lakimiesryhmien arviossa. Defensor Legis 1998, s. 310–324.
- Ervo, Laura*: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. Helsinki 2005.
- Europarådets ministerkommittés rekommendation om domarnas oavhängighet, effektivitet och roll (R 94 12).
- Europarådets ministerkommittés rekommendation om medling i civilmål (R 02 10).
- von Eyben, W.E.*: Dommertilken degivelser. København 1987.
- Fiss, Owen*: Against Settlement. The Yale Law Journal, vol. 93 (1984), s. 1073–1090.
- Forskrift om försöksordning med rettsmekling (FOR 1996-12-13 nr 1144).
- Fukuyama, Francis*: The End of History and The Last Man. New York 1992.

- Fuller, Lon L.*: Mediation – Its Forms and Functions. I verket Menkel-Meadow, Carrie (ed.): Mediation. Theory, Policy and Practice. Bury St Edmunds 2001, s. 3–38.
- Galanter, Mark*: Justice in Many Rooms. I verket Cappelletti, Mauro (ed.): Access to Justice and the Welfare State. Firenze 1981, s. 147–181.
- Giddens, Anthony*: Living in a Post Traditional Society. I verket Beck, Ulrich – Giddens, Anthony – Lash, Scott: Reflexive Modernization. Cambridge 1994, s. 56–109.
- Gomard, Bernhard*: Civilprocessen. København 1998.
- Grillo, Trina*: The Mediation Alternative: Process Dangers for Women. I verket Menkel-Meadow, Carrie (ed.): Mediation – Theory, Policy and Practice. Bury St Edmunds 2001, s. 217–282.
- Grönbok om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt KOM/2002/196/slutlig.
- Gärde, Nathanael – Engströmmer, Thore – Strandberg, Tore – Söderlund, Erik*: Nya rättegångsbalken jämte lagen om dess införande. Stockholm 1949.
- Haavisto, Vaula*: Sovinnot ja tuomioistuentyön muutos. Lakimies 1999 s. 21–42.
- Haavisto, Vaula*: Sovinnot – ikkuna tuomioistuentyön muutokseen. I verket Pohjonen, Soile (toim.): Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät. Helsinki 2001, s. 83–122.
- Haavisto, Vaula*: Court Work in Transition: An Activity – Theoretical Study of Changing Work Practices in a Finnish District Court. Helsinki 2002.
- Halila, Jouko*: Joitakin näkökohtia välimiesmenettelyn uudistamisesta. Defensor Legis 1990, s. 221–233.
- Harris, David*: Law of the European Convention on Human Rights. London 1995.
- Hassler, Åke*: Svensk civilprocessrätt. Lund 1963.
- Hautamäki, Antti*: Suomi muutosten edellä. Raportti Suomen haasteista. Sitran raportteja 6, Helsinki 2001.
- Heikinheimo, Antti – Manninen, Markus*: Sovittelijan tuomasta lisäarvosta sovintomenettelyssä. Defensor Legis 2002, s. 618–629.
- Hellman, Björn*: Förlikning i underrätten: hur har lagstiftarens syften uppfyllts i praktiken? Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2002, s. 27–36.
- Hemmo, Mika*: Välimiehen vahingonkorvausvastuu. Defensor Legis 2000, s. 397–412.
- Heuman, Lars*: Bevisupptagning under förberedelsen i syfte att främja förlikningsverksamheten. I verket Process och Exekution. Vänbok till Robert Boman. Göteborg 1990.
- Heuman, Lars*: Förbudet att åberopa förlikningserbjudanden inför rätta. Svensk Juristtidning 1991, s. 87–127.
- Heuman, Lars*: Skiljemannarätt. Stockholm 1999.
- Heuman, Lars*: Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure. New York 2003.
- Hoppu, Esko*: Täydentäviä näkökohtia välimiehen vastuusta. Defensor Legis 2000, s. 413–415.
- Hov, Jo*: Rettsforlik. Drammen 1976.
- Hov, Jo*: Rettergang i sivile saker. Oslo 1994.
- Huovila, Mika*: Periaatteet ja perustelut. Tutkimus käräjäoikeuden tuomion faktaperusteluista prosessuaalisten periaatteiden valossa arvioituna. Helsinki 2003.
- Hyllengren, Karin*: Förlikning = Förlikning. Advokaten 7/1997, s. 11.
- Isohanni-Niiranen, Kreetastiina*: Tuomarin toisen asteen esteellisyyys. Defensor Legis 1999, s. 436–458.
- Jarvin, Sigvard*: Skiljeförfarande för att lösa internationella affärstvister – reflektioner inför seelskiftet. Svensk Juristtidning 1994, s. 577–584.
- Jarvin, Sigvard*: Sekretess i svenska och internationella skiljeförfaranden. Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet 1996–97, s. 149–170.

- Jokela, Antti*: Aineellinen prosessinjohto ja asianosaisen tehtävät riita-asian valmistelussa. Lakimies 1994, s. 139–158.
- Jokela, Antti*: Kommentteja oikeudenkäyntikuluista, preklusiosta ja sovinnosta käytyyn keskusteluun. Defensor Legis 1995, s. 763–773.
- Jokela, Antti*: Oikeudenkäynti I. Helsinki 1996.
- Jokela, Antti*: Oikeudenkäynti II. Helsinki 2002.
- Jonkka, Jaakko*: Syytekynnys. Helsinki 1991.
- Justisdepartementets rundskriv G-85/96. Oslo 1996.
- Juutilainen, Gisela*: Tuomarin toiminta sovinnon aikaansaamiseksi. Licensiaattitutkimus 7.5.1996. Helsinki 1996. Julkaisematon.
- Kallenberg, E.*: Svensk Civilprocessrätt. Lund 1929.
- Kangasluoma, Maria*: Sovinnonedistämistä vai tuomitsemista? Oikeus 1999, s. 263–264.
- Kiesiläinen, Kari*: Tuomarin näkökulma tuomioistuinsovitteluun. I verket Pohjonen, Soile (toim.): Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät. Helsinki 2001, s. 143–169.
- Klein, Naomi*: No Logo. London 2000.
- Knuts, Gisela*: Domstolsanknuten medling. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2003, s. 1–39.
- Knuts, Gisela*: Tuomioistuinsovittelu – vaihtoehtoinen riidanratkaisu osaksi riidanratkaisun virallisjärjestelmää Suomessa? Defensor Legis 2003, s. 747–760.
- von Koch, Michael*: Materiell processledning och medling. Svensk Juristtidning 1981, s. 32–39.
- Kosonen, Pekka*: European Integration: A Welfare State Perspective. University of Helsinki Sociology of Law Series No 8, Helsinki 1994.
- Koulu, Risto*: Hukkuuko riidanratkaisu sovintoon? Oikeus 1995, s. 24–35.
- Koulu, Risto*: Sovinto riita-asioiden oikeudenkäynnissä. I verket Kanninen, Vesa – Määttä, Kale (toim.): Näkökulmia oikeustaloustieteseen: osa 2. Helsinki 1998, s. 183–198.
- Koulu, Risto*: Vaihtoehtona attraktiivinen riidanratkaisu? I verket Pohjonen, Soile (toim.): Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät. Helsinki 2001, s. 259–280.
- Koulu, Risto*: Vaihtoehtoinen riidanratkaisu. I verket Lappalainen, Juha – Frände, Dan – Koulu, Risto – Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Rautio, Jaakko – Sihto, Juha Virolainen, Jyrki (toim.): Prosessioikeus. Helsinki 2003, s. 1037–1047.
- Kurkela, Matti S.*: Due Process-periaatteesta. Defensor Legis 1995, s. 1027–1031.
- Käräjäoikeuksien työtilastoja vuodelta 2003. Oikeusministeriö. Toiminta ja hallinto 2004:8.
- Lagus, Lasse*: Vaihtoehtoinen riitojen sovittelu – mahdollista Suomessa. Lakimies 1998, s. 595–601.
- Lagutskottets betänkande (LaUB) 16/1990.
- Lagutskottets betänkande (LaUB) 11/1993.
- Lagutskottets betänkande (LaUB) 19/1997.
- Lagutskottets betänkande (LaUB) 4/2005.
- Lambertz, Göran*: Förtroendet för rättsväsendet. I verket Festskrift till Per Henrik Lindblom. Uppsala 2004, s. 371–402.
- Lappalainen, Juha*: Alioikeusuudistus 1987–1993. Helsinki 1994.
- Lappalainen, Juha*: Siviiliprosessioikeus I. Helsinki 1995.
- Lappalainen, Juha*: Siviiliprosessioikeus II. Helsinki 2001.
- Lappalainen, Juha*: Siviilijutun käsittely käräjäoikeudessa vuoden 2002 uudistuksen mukaan. Helsinki 2002.
- Larsson, Sven*: Förlikning i tvistemål. Uppsala 1958.
- Laukkanen, Sakari*: Tuomarin rooli. Helsinki 1995.

- Laukkanen, Sakari*: Tuomioistuinsovittelu ja vaihtoehtoinen riidanratkaisu. I verket Pohjonen, Soile (toim.): Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät. Helsinki 2001, s. 123–142.
- Laukkanen, Sakari – Liljenfeldt, Robert*: Vaihtoehtoisista riidanratkaisumalleista erityisesti silmällä pitäen tanskalaista tuomioehdotusta. Defensor Legis 1998, s. 947–959.
- Légrand, Pierre*: European Legal Systems are not Converging. International and Comparative Law Quarterly 1996, s. 52–81.
- Légrand, Pierre*: The Impossibility of ‘Legal Transplantats’. Maastricht Journal of European and Comparative Law 1997, s. 111–124.
- Leppänen, Tatu*: Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. Helsinki 1998.
- Leppänen, Tatu*: De grundläggande rättigheterna och civilprocessrätten – utvecklingen i Finland. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2001, s. 130–139.
- Leskelä, Maaria*: Perheasioiden sovittelu Suomessa. I verket Pohjonen, Soile (toim.): Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät. Helsinki 2001, s. 329–352.
- Leskinen, Markku*: Tuomari vai sovintotuomari? Defensor Legis 2001, s. 1067–1082.
- Leskinen, Markku*: Käräjäoikeus riidan ratkaisijana. Defensor Legis 2002, s. 630–646.
- Letto-Vanamo, Piia*: Neuvoteltu oikeudenmukaisuus – sovinto esimodernissa oikeudenkäynnissä. I verket Pohjonen, Soile (toim.): Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät. Helsinki 2001, s. 39–60.
- Liljenfeldt, Raija – Liljenfeldt, Robert*: Sovinnosta riita-asioissa. Defensor Legis 1993, s. 295–307.
- Liljenfeldt, Robert*: Preklusiosta sekä oikeustositseikkojen ja todisteiden kartoittamisesta etukäteen. Defensor Legis 1994, s. 163–178.
- Liljenfeldt, Robert*: Riita-asian oikeudenkäyntimenettelyn uudistaminen hovioikeustuomarin näkökulmasta. Defensor Legis 1995, s. 464–479.
- Liljenfeldt, Robert*: Nordisk hovrättsprocess – några jämförelser. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2000, s. 597–605.
- Liljenfeldt, Robert*: Om förutsättningarna för en ändamålsenligare domstolsprocess. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2002, s. 420–435.
- Liljenfeldt, Robert – Rajalahti, Hannu*: Kokemuksia uudistetusta riitaprosessimenettelystä – Työnjako sekä vaihtoehtoiset riidanratkaisumenetelmät. I verket Matkalla pohjoiseen – Juhla-kirja – Professori Jyrki Virolainen. Rovaniemi 2003, s. 289–302.
- Lindblom, Per Henrik*: Grupptalan. Stockholm 1989.
- Lindblom, Per Henrik*: Studier i processrätt. Stockholm 1993.
- Lindblom, Per Henrik*: Progressiv process. Uppsala 2000.
- Lindblom, Per Henrik*: Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta? Svensk Juristtidning 2004, s. 229–262.
- Lindegaard, Helle*: Court Annexed Mediation – Experiences from Denmark. Defensor Legis 2005, s. 591–597.
- Lindell, Bengt*: Partsautonomins gränser. Uppsala 1988.
- Lindell, Bengt*: Alternativ tvistlösning: Särskilt medling och skiljeförfarande. Stockholm 2000.
- Lindell, Bengt*: Civilprocessen. Uppsala 2003.
- Lindell, Bengt*: Förlikning och medling. I verket Vänbok till Torleif Bylund. Uppsala 2003, s. 261–278.
- Lindholm, Tomas*: Näkökohtia välimiehen esteellisyydestä – erityisesti asianajajan näkökulmasta. IBA:n esteellisyyttä kansainvälisessä välimiesmenettelyssä koskevat ohjeet. I verket Juhla-julkaisu Esko Hoppu 1935 – 15/1 – 2005. Helsinki 2005, s. 192–218.
- Lindstedt, Gustaf*: Om förlikning i rättegångsmål. Svensk Juristtidning 1950, s. 675–694.

- Liukkonen, Iiro*: Tuomioistuintie vai vaihtoehtoismenettely: asioiden valikoituminen. Defensor Legis 2002, s. 647–658.
- Lundblad, Claes*: Behövs en uppförandekod för skiljemän? Defensor Legis 1992, s. 33–42.
- Luterkort, Göran*: Materiell processledning och medling. Repliker. Svensk Juristtidning 1980, s. 378–381.
- Magnussen, Mads*: Dommeres rolle i rettsmegling. Kritisk Juss 1998, s. 355–370.
- Magnusson, Göran*: Rättsuppfattning, rättskällor och rättsbildning – en parlamentarikers reflektioner. Svensk Juristtidning 2004, s. 284–287.
- Malinen, Risto*: Sovinnosta uudessa alioikeusmenettelyssä. Defensor Legis 1995, s. 517–518.
- Menkel-Meadow, Carrie*: Introduction. I verket Menkel-Meadow, Carrie (ed.): Mediation. Theory, Policy and Practice. Bury St Edmunds 2001, s. xiii–xxxviii.
- Menkel-Meadow, Carrie*: Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases). I verket Menkel-Meadow, Carrie (ed.): Mediation. Theory, Policy and Practice. Bury St Edmunds 2001, s. 39–72.
- Mikkola, Tuulikki – Puhakka, Pekka*: Välimiesmenettelyn etiikasta. Defensor Legis 2002, s. 82–96.
- Moore, Christopher W.*: The Mediation Process. San Francisco 2003.
- Möller, Gustav*: Välimiesmenettelyn puolueettomuudesta. Lakimies 1986, s. 771–795.
- Möller, Gustav*: Välimiesmenettelyn perusteet. Helsinki 1997.
- Norges Offentlige Utredninger (NOU) 2001:32. Rett på sak. Oslo 2001.
- Norman, Jan*: Medling och andra typer av ADR. Uppsala 1999.
- Norrgård, Marcus*: Civilprocessens funktioner – tolkningshjälp eller läroboksutfyllnad. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2001, s. 140–163.
- Norrgård, Marcus*: Interimistiska förbud i immaterialrätten. Helsingfors 2002.
- Nuotio, Kimmo*: Mihin enää tuomaria tarvitaan? Oikeus 1999, s. 198–215.
- Ot.prp. nr. 51 (2004–2005). Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
- Paarma, Jukka*: Arvot ammattikunnan toiminnan perustana. Defensor Legis 2000, s. 516–520.
- Peczenik, Aleksander*: Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation. Stockholm 1995.
- Pellonpää, Matti*: Euroopan ihmisoikeussopimus. Helsinki 2005.
- Peltonen, Jukka*: Asianajajan valmiuksista pääkäsitteeseen ja suulliseen loppulausuntoon. Defensor Legis 1995, s. 379–395.
- Peltonen, Jukka*: Salaisuuksista välimiesmenettelyssä. Defensor Legis 2005, s. 59–94.
- Peltonen, Jukka*: Valmisteluistunnon käytännön toteutuksesta. Defensor Legis 1995, s. 413–428.
- Pohjonen, Soile*: Konfliktien ratkaisu oikeusjärjestelmässä ja inhimillisessä vuorovaikutuksessa. I verket Pohjonen, Soile (toim.): Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät. Helsinki 2001, s. 61–82.
- Portin, Göran*: Miltä oikeuden pitää näyttää? Lakimies 1998, s. 1355–1361.
- Pölonen, Pasi*: Henkilötodistelu rikosprosessissa. Helsinki 2003.
- Rantanen, Pirkko*: Tuomioistuimen ja tuomarin riippumattomuus. Defensor Legis 1993, s. 788–800.
- Raskere? Billigere? Vennligere? Evaluering av prøveordningen med rettsmekling. Rapport for Justisdepartementet. Oslo 2001.
- Redfern, Alan – Hunter, Martin*: Law and Practice of International Commercial Arbitration. London 1999.
- Regeringens proposition 15/1990.
- Regeringens proposition 202/1991.
- Regeringens proposition 79/1993.
- Regeringens proposition 309/1993.

- Regeringens proposition 79/1997.
 Regeringens proposition 107/1998.
 Regeringens proposition 114/2004.
 Regeringens proposition (Sverige) 1986/87:89.
 Regeringens proposition (Sverige) 1998/99:35.
 Riksdagens justitieombudsmans berättelse över sin verksamhet 1999.
Rintala, Erkki: Tuomarin roolista ja riippumattoman aseman takeista eurooppaoikeuden mukaan. Defensor Legis 1996, s. 562–570.
Riska, Olof: Förlikning inför skiljemän. I verket Juhlajulkaisu – Festskrift Curt Olsson. Helsingfors 1999, s. 281–283.
Rognes, Jørn – Sky, Per Kåre: Mekling innenfor domstolene. Jussens Venner 1999, s. 241–250.
Roos, Carl Martin: Förlikningsgapet – om rättsekonomi och processrätt. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet 1994–95, s. 476–498.
Schei, Tore: Norsk sivilprosess moderniseres. I verket Festskrift till Per Henrik Lindblom. Uppsala 2004, s. 589–600.
Skogsberg, Lennart: Medling – en ”oupptäckt möjlighet”? Advokaten 6/1994, s. 248–249.
Spolander, Mari: Due Process of Law – Perustuslaillisen oikeutena Yhdysvalloissa. I verket Matkalla pohjoiseen – Juhlakirja – Professori Jyrki Virolainen. Rovaniemi 2003, s. 413–428.
 Statens offentliga utredningar (SOU) 1982:26. Översyn av rättegångsbalken I – Processen i tingsrätt – Del B. Stockholm 1982.
 Statens offentliga utredningar (SOU) 1994:81. Ny lag om skiljeförfarande. Stockholm 1994.
 Statens offentliga utredningar (SOU) 1995:65. Näringslivets tvistlösning. Stockholm 1995.
 Statens offentliga utredningar (SOU) 2001:103. En modernare rättegång. Stockholm 2001.
Sterner, Gunnar: Materiell processledning och medling. Repliker. Svensk Juristtidning 1980.
Storskrubb, Eva: The Commission Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law – A Consultation Paper on a ”Hot” Topic. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2004, s. 234–244.
Storskrubb, Eva: Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Matters – Developments in the European Union. I verket Turunen, Santtu (toim.): Conflict Management – riidantarkaisun uusi maailma. Helsinki 2005, s. 285–314.
Stürner, Rolf: Grundfragen richterlicher Streitschlichtung. Deutsche Richterzeitung 1976, s. 202–205.
Stürner, Rolf: Die Aufgabe des Richters, Schiedsrichters und Rechtsanwalts bei der gütlichen Streiterledigung. Juristische Rundschau 1979, s. 133–138.
Stürner, Rolf: Verfahrensregeln und Rechtsschutzqualität. I verket Rechtsstatsachenforschung: Alternativen in der Ziviljustiz. Köln 1992, s. 147–152.
Ståhlberg, Kaarlo L.: Näkökohtia välimiehen esteellisyydestä välimiesmenettelystä 23.10.1992 annetun lain mukaan. Defensor Legis 1996, s. 451–456.
 Suomen Asianajajaliiton lausunto oikeusministeriölle tuomioistuinsovittelutyöryhmän mietinnöstä 2003.
Taivalkoski, Petri – Wallgren, Carita: Asianajajan eettiset säännöt ja sovintomenettely. Defensor Legis 2000, s. 625–631.
Takala, Jukka-Pekka – Mielityinen, Ida: Rikosten sovittelu ja parisuhdeväkivalta: sovinnon aika? I verket Pohjonen Soile (toim.): Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät. Helsinki 2001, s. 283–327.
Tarasti, Lauri: Yhteiskunnan oikeudellistuminen. Defensor Legis 2002, s. 575–585.
Tarschys, Daniel: SOU-filosofin som exportvara. Svensk Juristtidning 2004, s. 288–290.
Thorblad, Barbro: Några förändringar i tingsrätternas arbete. Svensk Juristtidning 2004, s. 280–283.

- Tirkkonen, Tauno:* Suomen siviiliprosessioikeus II. Porvoo 1966.
- Tolvanen, Matti:* Asianosaisten määräämistoimista rikosprosessissa. Defensor Legis 2003, s. 1009–1027.
- Tuomioistuinsovittelu. Työryhmän mietintö 2003:2. Oikeusministeriö. Helsinki 2003.
- Tuori, Kaarlo:* Domstolarnas och domarnas oavhängighet. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1996, s. 492–501.
- Tuori, Kaarlo:* Oikeustiede 2000. Lakimies 1998, s. 1002–1013.
- Tuori, Kaarlo:* Kriittinen oikeuspositivismi. Vantaa 2000.
- Tuori, Kaarlo:* Tuomarit ja tuomioistuimet suomalaisessa oikeuskulttuurissa. Lakimies 2000, s. 1049–1059.
- Tuori, Kaarlo:* Sosiaalisesta siviilioikeudesta myöhäismoderniin vastuuoikeuteen. Lakimies 2002, s. 902–913.
- Tuori, Kaarlo:* Tuomarivaltio – uhka vai myytti? Lakimies 2003, s. 915–943.
- Tuori, Kaarlo* (red.): Rättsdogmatikens alternativ. Tammerfors 1998.
- Vel forlikt? Erfaringer med forliksrådsbehandling. Brukerundersøkelse for Tvistemålsutvalget. Oslo 2001.
- Vidmar, Neil:* Procedural Justice and Alternative Dispute Resolution. I verket Röhl, Klaus F. – Machura, Stefan (ed.): Procedural Justice. Aldershot 1997, s. 121–136.
- Viitanen, Klaus:* Vaihtoehtoisista riidanratkaisumenetelmistä. Oikeus 1999, s. 216–228.
- Viitanen, Klaus:* Lautakuntamenettely kuluttajariitojen ratkaisukeinona. Helsinki 2003.
- Vindeløv, Vibeke:* Polycentri og alternativ konfliktløsning. I verket Blume, Peter – Petersen, Hanne (red.): Retlig polycentri. København 1993, s. 147–162.
- Vindeløv, Vibeke:* Konflikt, tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling. København 1997.
- Vindeløv, Vibeke:* Konfliktmægling. København 2004.
- Virolainen, Jyrki:* Materiaalinen prosessinjohto. Helsinki 1988.
- Virolainen, Jyrki:* Alioikeusuudistus I. Rovaniemi 1993.
- Virolainen, Jyrki:* Lainkäyttö. Helsinki 1995.
- Virolainen, Jyrki:* Uusi alioikeusprosessi riita-asioissa: ongelmakohtia käytännön valossa. Defensor Legis 1995, s. 329–378.
- Virolainen, Jyrki:* Periaatteet prosessioikeudessa. I verket Lappalainen, Juha – Frände, Dan – Koulu, Risto – Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Rautio, Jaakko – Sihto, Juha – Virolainen, Jyrki (toim.): Prosessioikeus. Helsinki 2003, s. 98–156.
- Virolainen, Jyrki:* Prosessin pääläjit ja tehtävät. I verket Lappalainen, Juha – Frände, Dan – Koulu, Risto – Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Rautio, Jaakko – Sihto, Juha – Virolainen, Jyrki (toim.): Prosessioikeus. Helsinki 2003, s. 49–70.
- Virolainen, Jyrki:* Prosessioikeuden historia ja tulevaisuusnäkymiä. I verket Lappalainen, Juha – Frände, Dan – Koulu, Risto – Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Rautio, Jaakko – Sihto, Juha – Virolainen, Jyrki (toim.): Prosessioikeus. Helsinki 2003, s. 169–194.
- Virolainen, Jyrki:* Prosessioikeuden oikeuslähteet, normit ja peruskäsitteet. I verket Lappalainen, Juha – Frände, Dan – Koulu, Risto – Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Rautio, Jaakko – Sihto, Juha – Virolainen, Jyrki (toim.): Prosessioikeus. Helsinki 2003, s. 71–97.
- Virolainen, Jyrki:* Prosessioikeus oikeudenalana. I verket Lappalainen, Juha – Frände, Dan – Koulu, Risto – Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Rautio, Jaakko – Sihto, Juha – Virolainen, Jyrki (toim.): Prosessioikeus. Helsinki 2003, s. 37–48.
- Vollmond, Peter:* Forligsmægling. I verket von Eyben, W. E. (red.): Proceduren. København 1980, s. 75–87.
- Wade, John:* Mediation – Seven Fundamental Questions. Svensk Juristtidning 2001, s. 571–577.

- Werlauff, Erik*: Fælleseuropæiske krav til en retfærdig rettergang. I verket Festskrift till Per Henrik Lindblom. Uppsala 2004, s. 697–730.
- Widebeck, Tord*: RB 42:17 p 2 – lever den? Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1976, s. 393–394.
- Wilhelmsson, Thomas*: Vastuu ja yksityisoikeuden systeemi. Lakimies 1997, s. 1180–1205.
- Wilhelmsson, Thomas*: Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik. Helsingfors 2001.
- Wirilander, Riitta – Järvensivu, Petri*: Alioikeusuudistuksen käytännön kokemuksista. Defensor Legis 1996, s. 82–85.
- Wolf, Manfred*: Normative Aspekte richterlicher Vergleichstätigkeit. Zeitschrift für Zivilprozess 1976, s. 260–293.
- Wolf, Manfred*: Rechts- und Verfahrensgarantien beim Prozessvergleich. I Rechtstatsachenforschung: Alternativen in der Ziviljustiz. Köln 1992, s. 153–162.
- York, Stephen D.*: Practical ADR. London 1996.
- Yourow, Howard Charles*: The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence. The Hague 1996.

Förkortningar

ADR	Alternative Dispute Resolution
DL	Defensor Legis
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
HD	Högsta domstolen
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JR	Juristische Rundschau
JT	Juridisk tidskrift för Stockholms universitet
KB	Kommittébetänkande
LaUB	Lagutskottets betänkande
LM	Lakimies
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NOU	Norges offentlige utredninger
Prop.	Regeringens proposition (Sverige)
RP	Regeringens proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TSA	Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozessrecht

I INLEDNING

1 Frågeställning

1.1 VAL AV ÄMNE

Rättsskipningen i tvistemål kritiseras ofta för att vara långsam, ineffektiv och dyr och beskylls för att lämpa sig enbart för vissa typer av mål. Många av dessa problem går att föra tillbaka på det faktum att rättsskipningen är starkt reglerad och att rättegången i tvistemål till följd av detta är relativt formell. De ovan nämnda bristerna har bidragit till att man på många håll utvecklat alternativa metoder för tvistlösning, ursprungligen som ett alternativ till officialsystemet, sedermera mera specifikt som ett alternativ till rättsskipningen. Alternativ tvistlösning (*Alternative Dispute Resolution*, ADR) har redan länge varit aktuell i de angloamerikanska och anglosaxiska rättskulturerna.¹ Man avser då t.ex. metoder som *mediation*, *conciliation* och *mini-trial*. Den alternativa tvistlösningen har väckt uppmärksamhet i synnerhet i USA där *Access to Justice*-rörelsen varit framträdande.² Den alternativa tvistlösningen har småningom också fått allt starkare fotfäste i Europa.³ Den alternativa tvistlösningen är mycket aktuell inom Europeiska unionen: i april 2002 publicerade kommissionen en grönbok om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt, vilken hösten 2004 följdes upp av ett förslag till direktiv på samma område.⁴ Kommissionen

¹ Den nordiska forskningen gällande alternativ tvistlösning stöder sig starkt på amerikanska modeller. Se t.ex. *Norman*, Medling, *Lindell*, Alternativ tvistlösning och *Haavisto*, Court Work in Transition. Samma iakttagelse gör *Ervasti*. Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 27. Det är dock skäl att notera att tvistlösningsmetoder som kan karakteriseras som alternativa i förhållande till rättsskipningen inte är något modernt påfund utan har förekommit i olika kulturer sedan urminnes tid. Detta har uppmärksammats i såväl rättshistorisk (se t.ex. *Letto-Vanamo* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 39–60) som antropologisk litteratur (se t.ex. *Fuller* i *Mediation. Theory, Policy and Practice*, s. 36). Se även *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 19–20.

² Gällande *Access to Justice*-rörelsen, se t.ex. *Cappelletti* (ed.), *Access to Justice and the Welfare State*, särskilt s. 14–20 (gällande den s.k. tredje vågen). I förhållande till alternativ tvistlösning, se särskilt *Galanter* i samma verk, s. 147–181. Se även *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 27–30. För ett referat av själva begreppets betydelse ur finskt perspektiv, se *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 100–103.

³ Ett tecken på detta är att Europarådet givit rekommendationer om medling i familjerättsliga ärenden, straffrättsliga ärenden, i förvaltningsmål och i tvistemål. Se t.ex. Europarådets ministerkommittés rekommendation om medling i civilmål. Se även RP 114/2004, s. 13. Jfr dock *Lindell* i *Vänbok till Torleif Bylund*, s. 261. *Lindell* konstaterar att man inom Europa och EU inte kan tala om någon ADR-våg och att man inom EU inte kan se samma bevekelsegrunder för ADR som i USA.

⁴ Se Grönbok om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt KOM/2002/196/slutlig samt förslag till direktiv om vissa aspekter på medling inom civil- och handelsrätt KOM/2004/718/slutlig. Se även *Storskrubb*, JFT 2004, s. 234–244 och samma *Conflict Manage-*

har också stött utarbetandet av förfaranderegler för medlare.⁵ Unionens åtgärder på den alternativa tvistlösningens område utgör ett led i strävan efter det område av frihet, säkerhet och rättvisa som fastslogs i Amsterdamfördraget 1999.⁶

Den alternativa tvistlösningen har således traditionellt varit frikopplad från rättsskipningen. Under senare tid har emellertid allt mera uppmärksamhet riktats mot möjligheterna att kombinera rättsskipning och alternativ tvistlösning.⁷ I detta sammanhang stöter man ofta på begreppet *multi-door courthouse*, dvs. att domstolen inte bara skall erbjuda rättsskipning utan också alternativ tvistlösning som är anpassad enligt målens art.⁸ Möjligheterna att kombinera rättsskipning och alternativ tvistlösning är i det närmaste obegränsade och en internationell jämförelse uppvisar kombinationsmodeller som avsevärt avviker från varandra. En relativt vedertagen modell är att domaren i ett anhängigt mål försöker få parterna att nå en uppgörelse i godo. Denna modell återfinns i många rättsordningar, bl.a. i Finland.⁹ Det finns emellertid även modeller som t.ex. det norska *forliksrådet*, där parterna förutsätts ha genomgått någon form av alternativ tvistlösning före tvisten anhängiggörs vid domstol.¹⁰ Alternativ tvistlösning och rättsskipning kan också kombineras så att domstolen i ett anhängigt mål uppmuntrar parterna till förlikning utan domstolens medverkan. Dylik reglering återfinns i England.¹¹ Vidare utgör den danska modellen med *dømmertilkende-*

ment – riidanratkaisun uusi maailma, s. 285–314. För en sammanfattning av strävandena gällande alternativ tvistlösning på EU-nivå ur finskt perspektiv, se RP 114/2004, s. 12.

⁵ Dokumentet, som benämns Code of Conduct for Mediators, återfinns på adressen www.europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_en.htm (7.4.2005).

⁶ Unionens behörighet (*legal basis*) i frågor som gäller alternativ tvistlösning anses basera sig på artikel 65 c i grundfördraget. Det är dock värt att notera att alternativ tvistlösning inte nämns uttryckligen i artikeln. I utkastet till nytt grundfördrag för unionen har man intagit en hänvisning till Access to Justice, vilket skulle kunna anses ge unionen behörighet också i frågor gällande alternativ tvistlösning.

⁷ Trots att alltså den alternativa tvistlösningen på många håll varit av särskild betydelse utanför rättsskipningen har verkningarna särskilt i Finland förekommit främst inom rättsskipningen. Gällande detta se *Koulu* i Prosessioikeus, s. 1037. Se även KB 2003:3, s. 303.

⁸ Begreppet multi-door courthouse präglades av professor Frank E. A. Sander 1976. Se *Brown – Marriott*, ADR Principles and Practice, s. 91–93. För Finlands del har fenomenet kommenterats bl.a. av *Haavisto* i Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 109, *Pohjonen* i samma verk, s. 9 och *Kiesiläinen* i samma verk, s. 166. En explicit hänvisning ingår också i RP 114/2004, s. 4.

⁹ I Finland introducerades domarens förlikningsverksamhet enligt 5 kapitlet rättegångsbalken i samband med den s.k. underrättsreformen 1993. I Norge finns ett motsvarande stadgande i 99 § *tvistemålsloven*. I Sverige idkar domaren förlikningssträvanden utgående från samma paragraf som reglerar den särskilda medlingen, dvs. 42 kapitlet 17 § svenska rättegångsbalken.

¹⁰ Gällande *forliksrådet*, se *Hov*, Rettergang i sivile saker, s. 85–95, utvärderingen Vel forlikt? Erfaringer med forliksrådsbehandling, NOU 2001:32, II.10.2.2 samt *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 179–183. Se även *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 64 fotnot 201, *Sterner*, SvJT 1980, s. 384 och *Jokela*, LM 1994, s. 156.

¹¹ Enligt *Civil Procedure Rules* kan domstolen i ett tidigt skede av rättegången ajournera målet för att ge parterna möjlighet att nå en förlikning. Motsvarande stadganden i fråga om senare ske-

givelser ytterligare ett exempel på möjligheterna att kombinera alternativ tvistlösning och rättsskipning, nämligen att domstolen ännu i slutskedet av behandlingen ger parterna en möjlighet att göra upp i godo inom ramen för domstolens verksamhet.¹²

Under senare tid har särskilt möjligheten att kombinera rättsskipning och medling till vad man brukar kalla domstolsanknuten medling väckt intresse på många håll, särskilt inom Norden. I Finland har trenden uppmärksamats genom lagen om medling i tvistemål i allmänna domstolar (663/2005, ”lagen om medling i tvistemål”) som godkännts av riksdagen 7.6.2005 och som träder i kraft 1.1.2006.¹³ Lagen innebär att man i Finland inför domstolsanknuten medling, vilken benämns medling i tvistemål. Domstolsanknuten medling är sedan länge känd i Sverige under namnet särskild medling, men har fått endast begränsad tillämpning i praxis. För tillfället utreds orsakerna till detta samt möjligheterna att genom t.ex. en lagändring få till stånd en ökad användning av rättsinstitutet.¹⁴ I Norge, däremot, pågår sedan mitten av 1990-talet ett försök med s.k. *rettsmekling*, vilket fallit väl ut och fått relativt stor praktisk betydelse. Sedan några år pågår också ett motsvarande försök i Danmark under namnet *retsmægling*.¹⁵

En frågeställning som är ständigt aktuell då man diskuterar möjligheten att kombinera rättsskipning och alternativ tvistlösning är hur dylika metoder skall utformas och vilka grundläggande principer som skall tillämpas på dem. Den springande punkten är huruvida domstolarna kan erbjuda tvistlösning som inte uppfyller de grundläggande krav som generellt förknippas med rättsskipning.

den i rättegången saknas. Regleringen sanktioneras genom ett stadgande om att domstolen i samband med allokeringen av rättegångskostnaderna skall ta hänsyn till parternas försök att lösa tvisten före eller under rättegången. I praktiken innebär detta att en part som utan godtagbar orsak vägrat delta i alternativ tvistlösning före eller under rättegången kan åläggas bära ansvar för rättegångskostnader oberoende av utgången i målet. Se *Brown – Marriott*, ADR Principles and Practice, s. 26–32.

¹² Gällande dommertilkendegivelser, se *von Eyben*, Dommertilkendegivelser, *Gomard*, Civilprocessen, s. 187–188 och 402–404, *Vollmond* i Proceduren, s. 82–85 och *Vindeløv*, Konflikt, tvist og mægling – konfliktlösning ved forhandling, s. 112–116. Se även *Laukkanen*, Tuomarin rooli, s. 294–295, *Laukkanen – Liljenfeldt*, DL 1998, s. 952–958, *Laukkanen* i Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 135, *Liljenfeldt*, JFT 2002, s. 421–429, *Liljenfeldt – Rajalahti* i Juhlakirja Jyrki Virolainen, s. 298–302, SOU 2001:103, s. 292–307 och *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 99–100. Gällande användning av dommertilkendegivelse i skiljeförfarande, se *Riska* i Festschrift till Curt Olsson, s. 282.

¹³ Införandet av domstolsanknuten medling i Finland är ett led i strävan att utveckla alternativa, snabba och förmånliga förfaranden vid rättegången i tvistemål, vilket nämns i avsnittet om rättspolitik i regeringen Vanhanens regeringsprogram. Se RP 114/2004, s. 5.

¹⁴ Se Dir. 2005:77, s. 9.

¹⁵ Gällande retsmægling, se *Vindeløv*, Konfliktmægling, s. 299–319 och *Lindegaard*, DL 2005, s. 591–597. Se även Reform af den civile retspleje I (1401/2001). I Danmark har domaren enligt 268 § *retsplejeloven* redan nu en skyldighet att försöka få parterna att ingå förlikning. Gällande skillnaderna mellan denna skyldighet och retsmægling, se *Vindeløv*, Konfliktmægling, s. 312–313.

Då man kombinerar alternativ tvistlösning och rättsskipning präglas dylika tvistlösningsmetoder lätt av rättsskipningen utan att för den skull kunna erbjuda det skydd för ett rättvist förfarande som förknippas med rättsskipningen.¹⁶ Dylika metoder kritiserar därför tidvis för att medföra risker för parternas rättsskydd. Frågan är således om och i såfall vilka grundläggande processrättsliga rättigheter, s.k. förfarandegarantier, som bör tryggas då man kombinerar rättsskipning och alternativ tvistlösning.¹⁷

1.2 FORSKNINGSPROBLEM

Rättsskipningen och den alternativa tvistlösningen baserar sig på olika grundläggande värderingar och förhåller sig på många sätt antagonistiskt till varandra. De huvudsakliga skillnaderna kan föras tillbaka på det faktum att rättsskipningen bör erbjuda parterna rättsskydd inom ramen för officialsystemet medan den alternativa tvistlösningen betonar vikten av konfliktlösning på parternas villkor. Rättsskipningen är starkt reglerad medan den alternativa tvistlösningen karakteriseras av frivillighet och flexibilitet. Traditionellt har rättsskipningen och den alternativa tvistlösningen ofta setts som varandras motpoler.

Den grundläggande skillnad i synsätt som råder mellan rättsskipning och alternativ tvistlösning avspeglas också i förhållande till förfarandegarantier. Eftersom rättsskipningen är en del av officialsystemet tillmäts förfarandegarantierna stor betydelse: förfarandet skall bl.a. vara offentligt och parterna skall behandlas lika.¹⁸ Förfarandegarantierna utgör en motvikt till den maktutövning som rättsskipningen innebär och skyddar parterna. Eftersom alternativ tvistlösning, däremot, baserar sig på frivillighet tillmäts förfarandegarantier betydligt mindre betydelse.¹⁹ Eftersom alternativ tvistlösning innefattar maktutövning endast i mycket begränsad utsträckning saknas ett motsvarande behov av en motvikt som skydd för parterna.

¹⁶ Se t.ex. *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 34.

¹⁷ De processrättsliga grundrättigheterna och rätten till en rättvis rättegång har på senare tid uppmärksamats allt oftare i processrättslig forskning. Se t.ex. *Jonkka*, Syytekynnyks, *Leppänen*, Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta, *Pölönen*, Henkilötodistelusta rikosprosessissa och *Huovila*, Periaatteet ja perustelut. Gällande de grundläggande rättigheternas betydelse i civilprocessrättslig forskning, se *Leppänen*, JFT 2001, s. 137–139.

¹⁸ I Finland har förfarandegarantiernas roll under de senaste decennierna ytterligare stärkts, dels på grund av den ökade betydelse som Europarådets konvention om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna ("mänskorättskonventionen") fått och dels på grund av en stark grundrättighetsmedvetenhet till följd av grundlagsreformen år 2000.

¹⁹ Det är dock skäl att notera att behovet av förfarandegarantier på senare tid uppmärksammas också i fråga om alternativ tvistlösning. Ett exempel på detta är Grönbok om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt KOM/2002/196/slutlig, s. 27–29. Kommissionen påpekar att även den alternativa tvistlösningen trots sin flexibilitet bör omfatta miniminormer för kvalitet, bland annat vissa vägledande förfarandepprinciper. Se även Europarådets rekommendation om medling i civilmål.

Domstolsanknuten medling är ett exempel på ett rättsinstitut som placerar sig i gränslandet mellan rättsskipning och alternativ tvistlösning: den alternativa tvistlösningens frivillighet och flexibilitet kombineras med rättsskipningens auktoritet. Den domstolsanknutna medlingens hybrida natur²⁰ – dels rättsskipning, dels alternativ tvistlösning – aktualiserar frågan om vilken betydelse förfarandegarantier skall tillmätas. Om man betonar den domstolsanknutna medlingens anknytning till rättsskipningen ligger det nära till hands att ge förfarandegarantierna stor betydelse. Om man däremot betonar anknytningen till den alternativa tvistlösningen ligger det nära till hands att tillmäta förfarandegarantierna mindre betydelse.

Sammanfattat blir forskningsproblemet huruvida förfarandegarantier bör tryggas vid domstolsanknuten medling. Som tes uppställer jag att så bör vara fallet, dvs. att man bör uppställa krav på förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling.

1.3 SYFTE OCH AVGRÄNSNINGAR

Avhandlingens syfte är att fastställa huruvida förfarandegarantier bör tryggas vid domstolsanknuten medling.

Avhandlingens fokus ligger på domstolsanknuten medling, vilket innebär att perspektivet osvikligen blir civilprocessrättsligt. Avhandlingen befattar sig således inte med straffprocessen utan den granskning av förfarandegarantier vid rättsskipningen som ingår i avhandlingen företas inom ramen för civilprocessen. Med tanke på att avhandlingen i stor utsträckning behandlar alternativa metoder för tvistlösning är fokus också huvudsakligen ställt på dispositiva tvistemål. Jag behandlar frågor som tangerar indispositiva tvistemål endast i den utsträckning detta har omedelbar relevans för avhandlingens syfte.

Det civilprocessrättsliga perspektivet innebär att jag medvetet valt att inte tillämpa något konfliktteoretiskt perspektiv i avhandlingen. Det som uttryckligen är föremål för granskning är konsekvenserna av att kombinera alternativa metoder för tvistlösning med rättsskipning. Av särskilt intresse är hur just anknytningen till rättsskipningen påverkar synen på dylika metoder. Detta motiverar att granskningen snarare utförs ur ett processrättsligt än ett konfliktteoretiskt perspektiv. Jag redogör därför för olika konfliktteoretiska diskurser enbart i den utsträckning detta har direkt relevans för avhandlingens syfte.

Det civilprocessrättsliga perspektivet innebär också att jag utelämnat en granskning av förlikning och medling i brottmål.²¹ En sådan granskning hade

²⁰ Begreppet hybrid i fråga om domstolsanknuten medling används också t.ex. av Liukkonen. Se Liukkonen, DL 2002, s. 649.

²¹ För en sammanställning om medling i brottmål, se RP 114/2004, s. 10. Se även KB 2003:3,

visserligen kunnat fungera som en intressant referensram, men har utelämnats eftersom de frågor som aktualiseras vid förlikning och medling i brottmål präglas av straffrättens särart som regleringssystem samt förhållandet mellan gärningsman och offer.²² Då motsvarande frågor i regel inte uppkommer vid förlikning och medling i tvistemål vore en jämförelse inte ändamålsenlig.

Av motsvarande skäl har jag också utelämnat en granskning av förlikning och medling i familjerättsliga mål till den del sådan företas utanför rättsskipningen.²³ Också här avviker de frågor som aktualiseras så mycket från de frågor som aktualiseras i avhandlingens kontext att en jämförelse inte vore ändamålsenlig.

Eftersom avhandlingens fokus ligger på förfarandegarantierna har jag begränsat granskningen till frågor som har direkt relevans för avhandlingens frågeställning. Jag har därför medvetet utelämnat en granskning av vissa områden som traditionellt brukar behandlas i framställningar om alternativ tvistlösning. Som exempel på en dylik aspekt kan nämnas vilka mål alternativ tvistlösning lämpar sig för. Syftet med avhandlingen är inte att ge en täckande framställning av alternativ tvistlösning på ett generellt plan utan att granska frågeställningen med stöd av andras förtjänstfulla framställningar. Då det gäller lagen om medling i tvistemål har jag även på denna punkt begränsat granskningen av rättsinstitutet till frågor som har direkt relevans för avhandlingens frågeställning. Den granskning av rättsinstitutet som företas i avhandlingen syftar således inte till att utgöra någon heltäckande kommentar till det nya rättsinstitutet utan enbart att belysa de karakteristika som är relevanta för en granskning av förfarandegarantierna.

s. 294–297 och *Takala – Mielityinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 283–328.

²² Se även *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 4.

²³ För en sammanställning om medling i familjemål, se RP 114/2004, s. 9. Se även KB 2003:3, s. 287 och *Leskelä* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 283–328.

2 Förverkligande

2.1 METOD

Valet av metod styrs av avhandlingens syfte. Jag har ovan fastslagit att avhandlingens syfte är att fastställa huruvida förfarandegarantier bör tryggas vid domstolsanknuten medling.

Det säger sig självt att en granskning av huruvida förfarandegarantier bör tryggas i ett visst förfarande kräver precisering. Att utföra granskningen utgående från alla existerande förfarandegarantier vore knappast varken ändamålsenligt eller arbetskonomiskt genomförbart. Jag har därför valt att begränsa granskningen till tre specifika förfarandegarantier, nämligen (i) rätten till opartisk handläggning, (ii) rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande och (iii) rätten till offentlig förhandling.

Vad för det första gäller rätten till opartisk handläggning förefaller denna vara av intresse vid domstolsanknuten medling, eftersom den anses vara central för att upprätthålla förtroendet för domstolarna.²⁴ Rätten till opartisk handläggning hör till de viktigaste förfarandegarantierna i rättsskipningen och det är därför av intresse huruvida garantin bör tillmätas motsvarande betydelse också vid domstolsanknuten medling på grund av dess anknytning till rättsskipningen.

Vad för det andra gäller rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande förefaller en granskning av denna rättighet relevant på delvis samma grunder. Rätten till lika behandling hänger nära samman med rätten till opartisk handläggning, vilket motiverar valet av denna garanti i den föreliggande granskningen. Rätten till kontradiktoriskt förfarande i sin tur förefaller relevant eftersom man kan fråga sig om det finns ett behov av att garantera ett kontradiktoriskt förfarande i tvistlösningsmetoder där parterna själva i hög grad kan disponera över förfarandets utgång.

Vad för det tredje gäller rätten till offentlig förhandling kan valet av denna förefalla något kontroversiell i den alternativa tvistlösningens kontext. Faktum är ju att parterna ofta väljer alternativ tvistlösning just för att undvika offentlighet. Av denna orsak kan det förefalla missvisande att i detta sammanhang tala om en ”rätt” till offentlig förhandling. Då jag emellertid uppfattar rätten till offentlig förhandling som en rättighet för i första hand allmänheten, inte parterna, förefaller det ändå viktigt att inkludera denna rättighet i granskningen. Rätten till offentlig förhandling förefaller också relevant eftersom garantin av hävd

²⁴ Se Virolainen, Lainkäyttö, s. 107.

tillmätts stor betydelse vid rättsskipningen, medan den i alternativ tvistlösning i det närmaste saknar betydelse.²⁵

Av det ovensagda framgår att jag utelämnat en granskning av rätten till dom, även kallad rätten till tillträde till domstol (*access to court*).²⁶ Rätten till dom innebär att parterna har rätt att få sitt mål behandlat och avgjort inför rätta och den är av central betydelse för att en rättssökande skall kunna förverkliga sina rättigheter. Rätten till dom är av särskilt intresse i förhållande till alternativ tvistlösning eftersom dylika metoder, som finns till för att utöka parternas möjligheter att nå en uppgörelse i godo, inte de facto får utgöra hinder för parterna att få sitt mål prövat inför rätta.²⁷ Trots att rätten till dom alltså är av särskilt intresse vid alternativ tvistlösning har jag valt att utelämna en granskning av denna. Det har varit nödvändigt att av ändamålsenlighetsskäl begränsa antalet förfarandegarantier som är föremål för granskning till tre. Jag har funnit det lämpligt att fokusera granskningen på rätten till opartisk handläggning, rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande samt rätten till offentlig förhandling, eftersom dessa tre alla direkt gäller förfarandet och därmed är jämförbara med varandra. Rätten till dom däremot gäller inte så mycket förfarandet vid den alternativa metoden för tvistlösning som förhållandet mellan den alternativa metoden och en efterföljande rättslig prövning.

Valet av domstolsanknuten medling som avhandlingens huvudsakliga forskningsobjekt motiveras av det faktum att rättsinstitutet, som ovan nämnts, väckt avsevärt intresse i Norden. Det faktum att man i Finland, Norge och Danmark vid ungefär samma tidpunkt börjat intressera sig för att kombinera rättsskipning och medling tyder i varje fall vid första anblicken på att den domstolsanknutna medlingen inte är helt främmande för den nordiska rättskulturen.

Jag har valt att granska avhandlingens frågeställning utgående från de stad-

²⁵ Det faktum att jag begränsat granskningen till tre specifika förfarandegarantier innebär givetvis att några slutsatser om andra förfarandegarantier än de granskade knappast torde kunna dras.

²⁶ Rätten till dom tryggas av såväl mänskorättskonventionen som grundlagen. Rätten till dom omfattas av artikel 6.1 i mänskorättskonventionen och behövs för att förfarandegarantierna skall tryggas effektivt. Rätten har utvecklats i konventionspraxis trots att denna inte uttryckligen nämns i konventionstexten och fastslogs i fallet *Golder* (1975), punkt 36 ("*Article 6.1 secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations before a court or tribunal*"). Gällande detta se *Harris m.fl.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 196–202 och *Pellonpää*, *Euroopan ihmisoikeussopimus*, s. 329. Rätten till dom tryggas också i 21 § grundlagen, enligt vilken var och en har rätt att på behörigt sätt och utan ogrundat dröjsmål få sin sak behandlad av en domstol.

²⁷ Rätten till dom kan åsidosättas t.ex. genom att den alternativa metoden för tvistlösning genomförs så effektivt att parterna i det närmaste tvingas till en uppgörelse i godo i vilken de gör avkall på rättigheter de kanske skulle kunna förverkliga i en rättegång. Denna frågeställning har uppmärksammats i Grönbok om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt KOM/2002/196/slutlig, s. 25. För Finlands del, se RP 114/2004, s. 5. I propositionen konstateras uttryckligen att det är viktigt att den domstolsanknutna medlingen inte hindrar en part från att få tvisten behandlad som ett rättsskipningsärende om han eller hon så önskar.

ganden om domstolsanknuten medling som existerar i Finland, Norge och Sverige. I Finland benämns rättsinstitutet medling i tvistemål och regleras i lagen om medling i tvistemål som träder i kraft 1.1.2006. I Norge, i sin tur, benämns rättsinstitutet *rettsmekling* och regleras i 99a § *tvistemålsloven*. Rättsinstitutet tillämpas på försöksbasis i Norge och föreslås bli permanent i förslaget till ny *tvistelov*.²⁸ I Sverige benämns rättsinstitutet särskild medling och regleras i 42 kapitlet 17 § svenska rättegångsbalken.

Som ovan nämnts existerar domstolsanknuten medling också i Danmark under benämningen *retsmægling*. Då försöket med retsmægling emellertid endast varit i bruk sedan 1.3.2003 i sammanlagt fem domstolar i Danmark, vilket gör tillgången på utvärderingsmaterial begränsat, och då retsmægling i Danmark inte avsevärt avviker från rettsmekling i Norge har jag valt att inte använda det danska rättsinstitutet som jämförelseobjekt. Retsmæglingens existens tjänar emellertid givetvis som indikation på att frågeställningen ligger rätt i tiden.

Både finsk medling i tvistemål och svensk särskild medling är gällande rätt. Norsk rettsmekling, däremot, föreligger som dels en försöksordning i vissa domstolar, dels förarbeten till permanent lagstiftning. Min utgångspunkt i avhandlingen är att i första hand granska fenomenet domstolsanknuten medling utgående från hur rättsinstitutet förverkligas i de granskade länderna och att granska – men också bygga och pröva – modeller på vilken betydelse förfarandegarantier bör tillmätas vid domstolsanknuten medling. Av denna anledning har det föga betydelse att norsk rettsmekling åtnjuter annan lagstiftningsteknisk status än finsk medling i tvistemål och svensk särskild medling.

Som ovan nämnts är avhandlingens syfte att fastställa huruvida förfarandegarantier bör tryggas vid domstolsanknuten medling. Man kunde givetvis förfäktat åsikten att det för att uppnå detta syfte skulle räcka att enbart granska vilken betydelse de valda förfarandegarantierna ges i regleringen av domstolsanknuten medling i Finland, Norge och Sverige. En sådan granskning skulle enligt mitt förmenande dock riskera att bli platt. Av denna anledning har jag valt att även granska vilken betydelse de ovannämnda förfarandegarantierna ges i tre andra rättsinstitut, nämligen medling, domarens förlikningsverksamhet och skiljeförfarande. Dessa tre är alla alternativa i förhållande till rättsskipningen och kan på ett eller annat sätt relateras till domstolsanknuten medling. Jag har valt de tre rättsinstituten för att göra granskningen så mångsidig som möjligt. Vad för det första gäller medling framhålls denna ofta vara den alternativa tvistlösningens grundform, vilket motiverar en granskning i denna kontext.²⁹ Vad

²⁸ Se Ot.prp. nr. 51, s. 113–135.

²⁹ Medling är inte ett positivrättsligt rättsinstitut, vilket medför vissa utmaningar i en positivrättslig kontext. Om svårigheterna med att granska ett icke-positivt rättsinstitut i en rättspositivistisk kontext, se *Fuller* i *Mediation. Theory, Policy and Practice*, s. 25–26. För att kunna granska medling trots dess icke-positiva karaktär har jag valt att beskriva medling utgående från de olika diskurser som presenterats i såväl finsk som internationell litteratur. Det har varit nödvändigt att

för det andra gäller domarens förlikningsverksamhet kombinerar denna drag av alternativ tvistlösning och rättsskipning, vilket gör den till ett naturligt objekt för granskning.

Som tredje jämförelseobjekt har jag valt skiljeförfarandet. Skiljeförfarandet kan karakteriseras som privat rättsskipning eftersom det är ett sätt för parterna att utanför domstolsväsendet åstadkomma en exigibel lösning på sin tvist. Utgående från detta kan man se skiljeförfarandet som alternativt i förhållande till rättsskipningen. Man bör emellertid hålla i minnet att skiljeförfarandet skiljer sig avsevärt från medling, domarens förlikningsverksamhet och domstolsanknuten medling, eftersom skiljeförfarandet resulterar i en exigibel skiljedom och inte, som de nämnda rättsinstituten, i en kompromiss. Då skiljeförfarandet emellertid, på samma sätt som medling, domarens förlikningsverksamhet och domstolsanknuten medling också det baserar sig på frivillighet har jag ändå funnit det motiverat att ta med skiljeförfarandet som ett jämförelseobjekt. Vid granskningen av skiljeförfarandet bör man emellertid hela tiden hålla i minnet dess karaktär av privat rättsskipning.

En granskning utgående från en dylik vidare krets av rättsinstitut undanröjer enligt min mening de eventuella problem som annars uppkommit till följd av att domstolsanknuten medling som fortfarande bör anses vara ett relativt nytt rättsinstitut inom Norden.

Vilka av de ovannämnda förfarandegarantierna som tryggas vid medling, domarens förlikningsverksamhet och skiljeförfarande utgör således ett fundament för granskningen av avhandlingens frågeställning, dvs. huruvida förfarandegarantier skall tryggas vid domstolsanknuten medling. Utgående från en presentation av domstolsanknuten medling i Finland, Norge och Sverige granskar jag vilka som bör anses vara den domstolsanknutna medlingens centrala karakteristika. Jag granskar också hur den domstolsanknutna medlingen förhåller sig till medling, domarens förlikningsverksamhet och skiljeförfarande. Utgående från detta besvarar jag därefter forskningsproblemet, dvs. huruvida de ovannämnda förfarandegarantierna bör tryggas vid domstolsanknuten medling.

På granskningen av forskningsproblemet har jag valt att tillämpa rättsdogmatisk metod. Rättsdogmatisk metod har som uppgift att tolka och systematisera

utvidga perspektivet till att gälla också internationell rättslitteratur eftersom litteraturen i Finland är relativt begränsad. För att emellertid förankra avsnittet om medling också på ett nationellt plan har jag valt att presentera ett finskt exempel på medling, nämligen reglerna för Finlands advokatförbunds förlikningsförfarande. Andra exempel på medling i Finland är t.ex. medling i brott- och tvistemål i socialsektorns regi, medling i familjetvister i såväl kommunal som kyrklig regi samt skolmedling. För en presentation av dessa, se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 122–124. Då det gäller medlingens icke-positiva karaktär kan en jämförelse med Norge förefalla fruktsam. I det föreliggande förslaget till ny *tvistelov* föreslås nämligen att stadganden om s.k. *utenrettslig mekling* intas i lagen. Se NOU 2001:32, I § 6-5–6-8 och *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 42–43. Om förslaget godkänns torde således medling utvecklas från ett icke-positivrättsligt till ett positivrättsligt rättsinstitut i Norge.

gällande rätt samt utarbeta lösningsförslag. Eftersom avhandlingens syfte är att fastställa huruvida förfarandegarantier skall tryggas vid domstolsanknuten medling ter sig rättsdogmatisk metod som ett synnerligen ändamålsenligt metodologiskt val. För valet av rättsdogmatisk metod talar också att denna är vedertagen och att man tidvis till och med satt likhetstecken mellan rättsdogmatisk metod och rättsvetenskaplig metod.³⁰ Särskilt inom den civilprocessrättsliga forskningstraditionen har rättsdogmatisk metod ofta tillämpats.³¹ Detta torde kunna tillskrivas det faktum att rättsdogmatiken har domaren som adressat vid tolkning, systematisering och utarbetning av lösningsförslag. Rättsdogmatiken har traditionellt varit ett redskap för domaren i hans eller hennes arbete att tolka normmaterialet och utgående från detta lösa en föreliggande tvist. I en civilprocessrättslig kontext utgörs det normmaterial som skall tolkas och systematiseras av processuella normer som direkt reglerar domarens handlande. Man kan därför hävda att rättsdogmatisk metod lämpar sig särskilt väl för tolkning och systematisering av civilprocessrättsliga normer.

Rättsdogmatisk metod kan emellertid också kritiseras.³² Till metodens nackdelar kan räknas att den eventuellt inte på ett optimalt sätt kan tillgodogöra sig analyser av samhällsfenomen, t.ex. sociologiska, politiska eller psykologiska analyser.³³ Dylika analyser kan vara av särskild vikt i forskning gällande alternativ tvistlösning, där en vidare syn på rätten kan vara påkallad.³⁴

Kritiken mot rättsdogmatisk metod bör givetvis tas *ad notam* och jag har därför frågat mig om det finns något alternativ till valet av rättsdogmatisk metod. Här går tankarna i första hand till empirisk metod. Särskilt i forskning gällande alternativ tvistlösning har empirisk metod tidvis tillämpats, eftersom metoden möjliggör en granskning av vilka följder processrättsliga normer får i samhället och vilket behovet av alternativ tvistlösning är.³⁵ Då man emellertid betänker att

³⁰ Se t.ex. *Tuori*, LM 1998, s. 1002. Tuori konstaterar att rättsvetenskapsmännen i Finland idag ofta jämnställer rättsvetenskap med rättsdogmatik. Se även *Aarnio*, Oikeudellisen ajattelun perusteista, s. 60–61. Aarnio talar om ”den egentliga rättsvetenskapen, dvs. rättsdogmatiken” (översättning GK).

³¹ Se t.ex. *Leppänen*, Riita-asian valmistelusta todistusaineiston osalta och *Norrgård*, Interimistiska förbud i immaterialrätten. För kritik av detta, se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenetely, s. 9–10.

³² För kritiska inlägg gällande rättsdogmatisk metod, se *Tuori (red.)*, Rättsdogmatikens alternativ.

³³ Dessa brister och den kritik som framförts har bidragit till uppkomsten av rörelsen *Law and Society* som fått starkt fotfäste i USA. I finsk processrättslig forskning har rörelsen influerat främst *Ervastis* produktion. Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenetely, s. 21–27.

³⁴ Se t.ex. *Nuotio*, Oikeus 1999, s. 199. Nuotio konstaterar att ett konfliktlösningsperspektiv alltså till viss del är empiriskt-samhällsanknutet och att det inte till fullo kan definieras juridiskt.

³⁵ Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenetely. *Ervastis* doktorsavhandling är ett gott exempel på detta. Om varför rättsvetenskapen behöver empirisk information, se särskilt samma verk s. 18–19. Andra exempel på verk som kanske inte uttryckligen tillämpar empirisk metod men där empiriskt material ges betydelse är *Haavisto*, Court Work in Transition och *Viitanen*, Lautakuntamenetely kuluttajariitojen ratkaisukeinona. Empiriskt material har av hävd givits rätt liten be-

avhandlingens syfte är att fastställa huruvida förfarandegarantier skall tryggas vid domstolsanknuten medling förefaller empirisk metod föga användbar. Användningen av empirisk metod förutsätter ett existerande material, på vilket man kan utföra kvantitativa eller kvalitativa analyser. Då domstolsanknuten medling emellertid inte är något sedan länge existerande rättsinstitut vore det omöjligt att samla något sådant material.

Man kan givetvis också fråga sig om avhandlingens syfte skulle förutsätta utvecklingen av en ny metod som antingen skulle kombinera drag av såväl rättsdogmatik och empiri eller vara en metod *sui generis*. Vad gäller tanken att kombinera rättsdogmatisk och empirisk metod skulle detta – i alla fall i teorin – föra med sig det goda att man så att säga kunde plocka russin ur kakan, dvs. tillämpa vardera metoden till den del det ter sig lämpligt. Detta skulle kunna försvaras utgående från nyliberala och postmoderna värderingar. Ett dylikt kombinatoriskt grepp vore dock förknippat med många svårigheter, eftersom det osvikeligen skulle präglas av en *in casu*-natur och det vore därför svårt att på förhand fastställa kraven på vilken metod som borde tillämpas på vilken del av granskningen. Detta, i sin tur, skulle förefalla föga övertygande ur vetenskaplig synvinkel och slutresultatets metodologiska kvalitet skulle eventuellt kunna ifrågasättas. Man kan till och med fråga sig om ett dylikt grepp skulle uppfylla kriterierna för en vetenskaplig metod. Ett mera berättigat alternativ till detta kombinatoriska grepp vore givetvis att utarbeta en metod *sui generis*. Även detta är emellertid förknippat med uppenbara svårigheter. Att legitimera och justifiera en sådan metod vore i det närmaste omöjligt och det säger sig självt att forskningens vetenskapliga kvalitet skulle bli lidande.

Granskningen ovan visar att det med tanke på avhandlingens syfte inte finns något godtagbart alternativ till att tillämpa rättsdogmatisk metod. Empirisk metod vore föga ändamålsenlig med tanke på avhandlingens syfte, och varken ett kombinatoriskt grepp eller en metod *sui generis* skulle ge ett tillfredsställande resultat.³⁶

Genom att tillämpa rättsdogmatisk metod har jag också velat fortsätta den tradition av finsk civilprocessrättslig forskning som, tillsammans med läroböckerna, tillhandahåller tolkningsargument för i främsta hand domare men

tydelse inom den finska rättsvetenskapen. Se t.ex. Aarnio, Oikeus 1996, s. 223–226 och Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi, s. 6.

³⁶ Det faktum att jag i avhandlingen valt att tillämpa rättsdogmatisk metod skall dock inte ses som ett uttryckligt avståndstagande från empirisk metod. Denna har givetvis ett syfte att fylla, särskilt då det gäller granskningen av hur olika tvistlösningsmetoder upplevs av de rättssökande och hur de fungerar i praktiken. Jag har därför bemödat mig om att beakta också de synpunkter som framförts i forskning baserad på empirisk metod. Jag har lagt särskild vikt vid sådan forskning som grundar sig på kvantitativ analys av empiriskt material. Forskning som grundar sig på kvalitativ analys, t.ex. diskursanalys, har jag däremot givit mindre betydelse. Visserligen kan kvalitativ analys producera material som är av intresse på ett allmänt plan, men jag anser den sakna relevans i en mera detaljerad kontext.

också advokater och övriga aktörer som tillämpar de civilprocessuella stadgandena i praktiken. Valet av rättsdogmatisk metod kan också delvis ses som programmatiskt. Genom att välja den metod som av hävd använts i den civilprocessrättsliga forskningstraditionen och tillämpa den i en kontext av alternativ tvistlösning har jag velat understryka att inte bara avhandlingen utan också dess forskningsobjekt – domstolsanknuten medling – bör hänföras till civilprocessrättens kärnområde.³⁷ De presenterade exemplen på domstolsanknuten medling bör ses som ytterligare ett steg i riktning mot att integrera drag av alternativ tvistlösning i rättsskipningen och att därigenom göra den alternativa tvistlösningen salongsfärdig. Genom att tillämpa rättsdogmatisk metod på forskning gällande domstolsanknuten medling vill jag visa att dylika metoder bör ses som en del av civilprocessrätten.

Trots att jag i avhandlingen delvis använder mig av utländskt normmaterial tillämpar jag inte komparativ metod. Det utländska normmaterialet understöder avhandlingens syfte att fastställa vilka förfarandegarantier som skall tryggas vid domstolsanknuten medling. Det utländska normmaterialet granskas därför ur finländskt perspektiv och innehållet i normmaterialet används som tolkningsargument för granskningen av motsvarande rättsinstitut i finsk rätt.

2.2 AVHANDLINGENS KÄLLOR

Rättskälleläran är inte någon statisk konstruktion – tvärtom förändras den i takt med samhället. Under de senaste decennierna har det rättsliga klimatet i Finland genomgått vissa genomgripande förändringar: bland de främsta och mest omvälvande av dessa kan nämnas den ökade europeiska integrationen och det ökade förrättsligandet, till vilket jag återkommer senare. Dessa förändringar har givit utslag också inom rättskälleläran.³⁸ Betydelsen av rättspraxis har ökat markant, dels på grund av den stora betydelse som rättspraxis har i en europarättslig kontext och vid tolkningen av mänskorättskonventionen, dels på grund av att det skett en maktförskjutning från den lagstiftande till den dömande makten, vilket ökat domstolarnas roll. På motsvarande grunder kan betydelsen av lagstiftarens vilja, dvs. i praktiken lagens förarbeten, sägas ha minskat. Den ökade integrationen och strävan efter harmonisering har givetvis bidragit till att även öka betydelsen av komparativrättsliga argument som rättskälla.³⁹

³⁷ Den processrättsliga forskningen gällande alternativ tvistlösning har även hittills tillämpat rättsdogmatisk metod och har koncentrerat sig främst på skiljeförfarande och metoder inom rättegången, t.ex. domarens förlikningsverksamhet. Se *Koulu* i *Prosessioikeus*, s. 1039.

³⁸ För synpunkter på förändringarna i rättskälleläran utgående från svensk rätt, se t.ex. *Eliasson*, SvJT 2004, s. 291–295 samt ett flertal andra inlägg i samma nummer av tidskriften.

³⁹ De olika rättskällorna samspelar med varandra och förändringar i betydelsen av en rättskälla inverkar således oundvikligen på betydelsen av andra. Man kan således säga att det förekommer

I 1 kapitlet 11 § rättegångsbalken nämns lag och landssed som de rättskällor som domaren bör lägga till grund för sitt avgörande.⁴⁰ Att utgå från detta stadgande i en processrättslig avhandling ligger nära till hands.⁴¹ Då det gäller *lagen* som rättskälla utgår jag i avhandlingen bl.a. från *lagen om medling i tvistemål*, rättegångsbalkens stadganden om domarens förlikningsverksamhet, grundlagens stadgande om rättvis rättegång och *lagen om skiljeförfarande*. Som lag betraktar jag i detta hänseende också mänskorättskonventionen.⁴²

Landssed har betydelse som rättskälla närmast i de fall då skriven lag saknas.⁴³ På civilprocessrättens område dominerar skriven lag och merparten av de rättsinstitut som behandlas i avhandlingen är lagstadgade.⁴⁴ Jag tillmäter därför landssed begränsad betydelse som rättskälla.⁴⁵

Vidare utgår jag från *lagstiftarens syfte (ratio legis)* som rättskälla.⁴⁶ Lagstiftarens syfte anses framgå ur lagstiftningens förarbeten, vilkas betydelse som rättskälla påverkas av bl.a. hierarkisk ställning (dvs. hur nära riksdagsbehandlingen de har tillkommit), utförlighet och ålder.⁴⁷ Jag har tillmätt förarbetena till *lagen om medling i tvistemål* stor betydelse i avhandlingen. Denna avvägning baserar sig på att förarbetena är relativt utförliga och färska. Då det däremot t.ex. gäller förarbetena till stadgandena om domarens förlikningsverksamhet är

en viss växelverkan mellan rättskällorna, t.ex. mellan rättsvetenskap och rättspraxis. Gällande detta, se *Eckhoff*, *Rettskildelære*, s. 235–239.

⁴⁰ Rättskälleläran vänder sig huvudsakligen till domaren och slår fast vilka källor denne skall, bör respektive får åberopa som auktoritetsskäl. En lika strikt indelning mellan de olika slagen av rättskällor är knappast relevant vid rättsvetenskaplig forskning. Gällande indelningen, se t.ex. *Peczenik*, *Vad är rätt*, s. 213–221 och *Aarnio*, *Laintulkinnan teoria*, s. 219. Om rättskällebegreppets vaghet, se *Peczenik*, *Vad är rätt*, s. 211.

⁴¹ För en redogörelse om civilprocessens rättskällor, se t.ex. *Virolainen* i *Prosessioikeus*, s. 71–80 Gällande Sverige, se *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 34–50. Om *lagen* som rättskälla i processrätten, se samma s. 108.

⁴² Om varför *lagen* bör ha en dominerande ställning som rättskälla i juridisk argumentation, se *Peczenik*, *Vad är rätt*, s. 228–229.

⁴³ Se t.ex. *Aarnio*, *Laintulkinnan teoria*, s. 224. Gällande landssedens betydelse som rättskälla i processrätten, se *Virolainen*, *Lainkäyttö*, s. 154–156. Gällande sedvana och avtalsfrihetens betydelse för rättsutvecklingen, se *Eckhoff*, *Rettskildelære*, s. 210–219.

⁴⁴ Så har dock inte alltid varit fallet. Processlagstiftningen var länge föråldrad, vilket bidrog till att ge landsseden stor betydelse som rättskälla. Se *Virolainen*, *Lainkäyttö*, s. 154 och samma i *Prosessioikeus*, s. 71. Situationen torde dock vara en annan sedan processlagstiftningen genomgått en grundläggande revidering under 1990-talet.

⁴⁵ I doktrinen har också framförts argument till stöd för att landssed eller sedvanerätt inte längre bör uppfattas som en självständig rättskälla, eftersom de sedvanerättsliga reglerna oftast ”absorberats” av rättspraxis eller rättsvetenskapen. Se t.ex. *Tuori*, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 175.

⁴⁶ Om begreppet lagstiftarens vilja och om intentionstolkning, se *Peczenik*, *Vad är rätt*, s. 243–245. Om betydelsen av vem som uttalar sig i förarbetena, se *Eckhoff*, *Rettskildelære*, s. 66.

⁴⁷ Se *Aarnio*, *Laintulkinnan teoria*, s. 225–230. Gällande förarbetenas betydelse som rättskälla i processrätten, se *Virolainen*, *Lainkäyttö*, s. 156–159. Se även *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 108. Lindell konstaterar att förarbetena har mindre betydelse ur rättsvetenskaplig synpunkt än i domarens arbete.

dessas, precis som själva lagstadgandena, relativt knapphändigt utformade och heller inte alldeles nya. De kan på grund av sin ålder anses ge uttryck enbart för lagstiftarens subjektiva, men däremot inte objektiva syfte.⁴⁸ I tillägg till detta överensstämmer förarbetena inte till alla delar med den lagtext som fastställdes av riksdagen.⁴⁹ Jag har beaktat dessa faktorer som minskande de ifrågavarande förarbetenas betydelse som rättskälla.

Som ovan nämnts har *rättspraxis* betydelse som rättskälla ökat markant. På ett generellt plan kan man därför hävda att rättspraxis borde tillmätas stor betydelse.⁵⁰ I avhandlingens kontext är så dock inte fallet. Detta beror på det pragmatiska faktum att rättspraxis är i det närmaste obefintlig. Vad gäller medling i tvistemål är rättsinstitutet en nyhet i finsk rätt och därmed *tabula rasa*. Rättspraxis gällande medling, domarens förlikningsverksamhet och skiljeförfarande är på grund av rättsinstitutens natur ytterst begränsad. Rättspraxis betydelse som rättskälla vid tolkningen av de nämnda rättsinstituten är därför mycket liten. I fråga om mänskorättskonventionens stadgande om rättvis rättegång kan rättspraxis betydelse inte överskattas, varför jag har givit denna en mycket central roll som rättskälla då jag tolkat mänskorättskonventionen.⁵¹

Jag har givit *komparativrättsliga argument* betydelse som rättskälla främst vid granskningen av utländska rättsinstitut som till sin utformning eller sitt syfte motsvarar de rättsinstitut jag granskar i avhandlingen.⁵² Då granskningen av domstolsanknuten medling sker utgående från normativt material har de komparativrättsliga argumenten här eventuellt fått större tyngd än de av hävd givits vid civilprocessrättslig tolkning. Jag har använt mig av utländska lagtexter och rättssystem men inte beaktat de utländska rättssystemens funktion eller rättskultur.⁵³

De komparativrättsliga argumenten hänför sig huvudsakligen till Norge och Sverige. Valet av Norge som jämförelseobjekt baserar sig på att Norge varit ett föregångsland då det gällt domstolsanknuten medling och norsk *rettsmekling* har väckt stort intresse bl.a. i Finland. Norge har även vissa andra ur förlikningsperspektiv mycket intressanta lösningar som understryker att förliknings-

⁴⁸ Gällande lagstiftningens objektiva syfte, se *Aarnio*, Laintulkinnan teoria, s. 229.

⁴⁹ Om denna faktor som minskande förarbetenas betydelse, se *Aarnio*, Laintulkinnan teoria, s. 227. Se även *Eckhoff*, Rettskildelære, s. 71–74.

⁵⁰ För en diskussion för och emot att prejudikat bör följas, se *Peczenik*, Vad är rätt, s. 238–239. Gällande rättspraxis betydelse som rättskälla på ett allmänt plan, se *Eckhoff*, Rettskildelære, s. 133–163.

⁵¹ Gällande betydelsen av konventionspraxis i finsk rättsskipning, se *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 142.

⁵² Jag har dock på denna punkt iakttagit särskild varsamhet på grund av de svårigheter det medför att försöka flytta regler från en nationell rättsordning till en annan. Gällande riskerna med sådana rättsliga transplantat, se t.ex. *Legrand*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 1997, s. 111–124.

⁵³ Gällande denna distinktion, se *Aarnio*, Laintulkinnan teoria, s. 235.

tanken är mycket stark i den norska rättskulturen. Valet av Sverige, i sin tur, ter sig naturligt med tanke på de likheter som den svenska och finska rättegångsbalken uppvisar.⁵⁴ De svenska normerna som motsvarar våra normer om domarens förlikningsverksamhet har varit i kraft betydligt längre än i Finland, varför det finns en del värdefullt tolkningsmaterial att tillgå. Vid valet av Norge och Sverige som jämförelseobjekt har också min uppfattning om Norden som en rättsgemenskap spelat in.⁵⁵ Här intar Sverige en särställning på grund av lagstiftningens likheter och motsvarigheter i tolkningstradition, varför jag har tillmätt svenska komparativrättsliga argument större tyngd än norska dito. På det komparativrättsliga materialet tillämpar jag finsk och inte respektive lands rättskällelära.⁵⁶ Detta förefaller ändamålsenligt eftersom avhandlingens frågeställning granskas utgående från finsk rätt.

Vad beträffar *rättshistoriska argument* har jag inte tillmätt dessa någon betydelse som rättskälla då det gäller domstolsanknuten medling. Jag har tillmätt rättshistoriska argument mycket liten betydelse som rättskälla då det gäller domarens förlikningsverksamhet. Visserligen möjliggjorde rättegångsbalken en viss form av förlikningssträvanden redan före underrättsreformen, då de nuvarande stadgandena om domarens förlikningsverksamhet tillkom, men avhandlingens fokus ligger på förlikningsverksamheten *de lege lata* vilken inte tagit så starkt intryck av tidigare förlikningssträvanden.

Jag tillmäter vidare *rättsvetenskapen* stor betydelse som rättskälla.⁵⁷ Avhandlingens frågeställning och dess fokus kräver att såväl inhemsk som utländsk rättslitteratur tillmäts betydelse. På grund av rättsinstitutets nyhet är finländsk rättslitteratur på området mycket begränsad. Då det gäller litteratur om de granskade rättsinstituten har jag tillmätt denna betydelse främst för att belysa olika rådande diskurser. Jag har således inte strävat efter att finna den rådande uppfattningen och det använda källmaterialet visar också att någon sådan knappast finns.⁵⁸ Jag har vidare tillmätt rättslitteraturen särskild betydelse i fråga om ci-

⁵⁴ Gällande detta, se t.ex. *Jokela*, Oikeudenkäynti I, s. 27.

⁵⁵ För att man skall kunna använda utländsk rätt som rättskälla bör det föreligga en värdegemenskap mellan inhemsk och utländsk rätt. En sådan kan anses föreligga inom Norden. Se t.ex. *Peczenik*, Vad är rätt, s. 268–269. Peczenik konstaterar att det i regel går bra att åberopa alla nordiska rättskällor. Det är värt att notera att man i den finska lagberedningen av hävd har använt sig av Norden som referensram då det gäller komparation mellan olika rättsinstitut.

⁵⁶ Denna huvudregel har jag dock avvikit från på en punkt. Jag har generellt sett tillmätt svenska förarbeten större betydelse som rättskälla än finska förarbeten. Denna avvägning baserar sig på det faktum att den svenska lagberedningen av hävd varit utförligare än den finska dito. Gällande detta se t.ex. *Aarnio*, Laintulkinnan teoria, s. 227–228. Gällande förarbetenas ställning i svensk rätt, se *Peczenik*, Vad är rätt, s. 252–257, *Lindell*, Civilprocessen, s. 38 och *Tarschys*, SvJT 2004, s. 288–290.

⁵⁷ Gällande rättsvetenskapens betydelse som rättskälla i processrätten, se *Lindell*, Civilprocessen, s. 109. Lindell konstaterar att vilken vikt som läggs vid doktrinen beror på dels tyngden av de argument som framförs, dels på vem som framför argumenten.

⁵⁸ Gällande vanskligheten med att försöka fastställa rådande uppfattning med hjälp av rättslit-

vilprocessens funktioner. Vid tolkningen av mänskorättskonventionens stadgande om rättvis rättegång har jag däremot tillmätt rättslitteraturen betydligt mindre betydelse än i övrigt med hänvisning till den rättspraxiscentrerade rättskällexamen som gäller vid tolkningen av konventionen.

Jag hänför inte värden, värderingar och teleologiska argument till rättskälerna utan anser dessa snarare ha betydelse som tolkningsargument.

2.3 BEGREPP

Diskussionen om rättsskipningen och dess alternativ präglas ofta av en viss begreppsförbistring där olika diskussionsdeltagare delvis använder samma begrepp i olika bemärkelse, dels olika begrepp i samma bemärkelse.⁵⁹ Det är därför många gånger svårt att tillgodogöra sig olika diskussionsinlägg utan att först göra en genomgripande analys av begreppsapparaten. I syfte att undvika begreppsförbistring lägger jag i avhandlingen särskild vikt vid att utarbeta en konsistent begreppsapparat på denna punkt.

Ett av de begrepp som står i avhandlingens fokus är *rättsskipning*. Begreppet används ju traditionellt då man avser ett av de tre elementen i maktens tredelninglära – vid sidan av lagstiftningen och förvaltningen. Jag utgår givetvis från denna kontext då jag arbetar med begreppet rättsskipning. Rent konkret avser jag med rättsskipning lösning av meningsskiljaktigheter inom ramen för domstolarnas verksamhet med syfte att uppnå en dom.⁶⁰ Jag använder huvudsakligen begreppet rättsskipning som motpol till begreppet *alternativ tvistlösning*: den alternativa tvistlösningen är således alternativ i förhållande till rättsskipningen.⁶¹ Med alternativ tvistlösning avser jag all sådan tvistlösning som inte

turen, se *Aarnio*, Laintulkinnan teoria, s. 237–239. Gällande vikten av argument som framförs i rättslitteraturen, se *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 172.

⁵⁹ För kritik gällande begreppsanvändningen, se t.ex. *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 52. Ett exempel på den föga konstruktiva begreppsanvändningen är begreppen alternativ tvistlösning och alternativ konfliktlösning. Dessa begrepp används i olika sammanhang utan att det finns någon enhetlig definition på vad begreppen avser. Se t.ex. *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 110. *Ervasti* konstaterar att det inte finns någon allmänt accepterad abstrakt eller teoretisk definition på alternativ konfliktlösning.

⁶⁰ För vilka kriterier som använts för att skilja åt rättegången eller dömandet från annat beslutsfattande, se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 67.

⁶¹ Genom att vara ett alternativ till rättsskipningen hänger den alternativa tvistlösningen emellertid även oåterkalleligen samman med rättsskipningen. Motsvarande konstaterande återfinns hos *Ervasti*, som konstaterar att begreppet alternativ konfliktlösning terminologiskt innehåller uppfattningen om att den alternativa konfliktlösningen är alternativ just i förhållande till konfliktlösning i domstolarnas regi. Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 51. Se även *Viitanen*, Lautakuntamenettely kuluttajariitojen ratkaisukeinona, s. 19. När man definierar alternativ tvistlösning som alternativ i förhållande till rättsskipningen anlägger man ett juristperspektiv på tvistlösning. Det har dock anförts att det finns ett stort antal tvister som aldrig löses genom rättsskipning och ur detta perspektiv utgör rättsskipningen de facto i sig en ”alternativ” metod för

sker inom ramen för domstolarnas verksamhet med syfte att uppnå en dom.⁶² Definitionen är vid och omfattar således alla metoder som har som syfte att lösa en tvist på ett sätt som är alternativt till rättsskipningen, dvs. antingen i ett förfarande som försiggår utanför domstolarnas verksamhet eller på ett annat sätt än genom en dom. Till den alternativa tvistlösningen räknar jag utgående från denna definition konsensusbaserade förfaranden som försiggår utanför domstolarnas verksamhet (t.ex. medling) men också domstolsanknuten medling⁶³ och domarens förlikningsverksamhet, vilka visserligen är anknutna till rättsskipningen, men har som mål att lösa tvisten på ett annat sätt än genom en dom.

I den ovannämnda definitionen på alternativ tvistlösning innefattar jag också skiljeförfarandet. Trots det dömande element som skiljeförfarandet innefattar försiggår förfarandet utanför domstolarnas verksamhet.⁶⁴ I avhandlingens kontext, där syftet är att ådagalägga skillnaderna mellan å ena sidan rättsskipningen och å andra sidan den alternativa tvistlösningen, bör skiljeförfarandet således hänföras till den senare kategorin. Detta trots att skiljeförfarandet kan karakteriseras som en form för privat rättsskipning.

Jag kallar de enskilda rättsinstituten *alternativa metoder för tvistlösning* för att åskådliggöra att det således är fråga om tvistlösningsmetoder som är alternativa i förhållande till varandra.⁶⁵

tvistlösning. Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 31 och *Lindblom*, *Studier i processrätt*, s. 85. Se även *Garth* i *Access to Justice and the Welfare State*, s. 149. Ett ännu vidare perspektiv anlägger Lindblom i ett senare verk, där han talar om inom- och utomrättsliga styr- och konfliktlösningsmekanismer. Han nämner som exempel religion, information, utbildningsväsende, skattelagstiftning, försäkringssystem, statlig tillsyn och kontroll, privata, kooperativa och fackliga organisationer samt privata nämnder. Se *Lindblom*, *Progressiv process*, s. 48–49.

⁶² En motsvarande definition ger Koulu, som definierar alternativ tvistlösning som ett system som ersätter eller kompletterar den traditionella rättegången och där parterna antingen ensamma eller med en icke-professionell utomstående hjälp söker en lösning på sin tvist. Se *Koulu* i *Prosessioikeus*, s. 1037. Se även *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 111. Ervasti skiljer mellan *vaihtoehdotoin konfliktinratkaisu*, med vilket han avser metoder som är verkliga alternativ till rättsskipningen och dess logik, och *konfliktinratkaisun vaihtoehto*, med vilket han mera neutralt avser olika tvistlösningsmetoder, inklusive rättsskipning.

⁶³ Jag har valt att i avhandlingen använda begreppet domstolsanknuten medling. Man kan ifrågasätta om det varit lämpligare att benämna rättsinstitutet rättsmedling, vilket skulle överensstämma med den norska (rettsmekling) respektive danska (retsmægling) benämningen. Den svenska varianten av rättsinstitutet kallas särskild medling och rättsinstitutet har på ett allmänt plan behandlats enbart flyktigt i svenskspråkig litteratur, varför någon vedertagen begreppsanvändning på denna punkt inte kan anses föreligga. Begreppet domstolsanknuten medling är enligt min mening mer lämpat för att beskriva rättsinstitutet än begreppet rättsmedling, vilket motiverat mitt val. För kritik av begreppet rettsmekling såsom missvisande, se *Magnussen*, *Kritisk Juss* 1998, s. 355.

⁶⁴ I den engelskspråkiga litteraturen om alternativ tvistlösning brukar man göra åtskillnad mellan förfaranden som baserar sig på konsensus (*concensual*) och sådana som innefattar ett dömande element (*adjudical*). Gällande denna indelning, se t.ex. *Koulu* i *Prosessioikeus*, s. 1040.

⁶⁵ I stället för alternativ metod för tvistlösning kunde man även ha använt uttrycket alternativ till tvistlösning. Det senare indikerar dock på ett enligt min mening olyckligt sätt att endast rättsskipningen skulle vara tvistlösning och övriga metoder alternativa i förhållande till denna. Jag har därför valt att inte använda detta begrepp.

Jag har medvetet valt att använda begreppet *tvistlösning* och inte begreppet *konfliktlösning*. Skillnaden mellan begreppen härleds från skillnaden mellan begreppen tvist och konflikt, vilken har ägnats åtskilligt med utrymme i den tvist- och konfliktteoretiska diskussionen.⁶⁶ Begreppet konflikt definieras ofta som en meningsskiljaktighet mellan parterna och begreppet tvist som en juridiserad konflikt.⁶⁷ En dylik vid definition av begreppet konflikt ger i sin tur begreppet konfliktlösning en mycket vid definition – begreppet kan då omfatta så vitt skilda sätt att lösa konflikter som undvikande och krig. Med tanke på avhandlingens processrättsliga referensram hade begreppet konfliktlösning medfört associationer som tydligt faller utanför avhandlingens fokus, vilket ligger på lösning av meningsskiljaktigheter i ett förfarande som är anknutet till domstolen och där meningsskiljaktigheten därför osvikligen i alla fall i viss mån klätts i juridiska termer. Av detta skäl har jag valt att använda begreppen tvist och tvistlösning för att understryka att de mellanmännsliga förhållanden som är föremål för granskningen i avhandlingen bör ha någon form av juridisk relevans.⁶⁸

Ett av de centralaste begreppen i avhandlingen är *förfarandegarantier*.⁶⁹ Med detta begrepp avser jag de garantier som uppställs för att trygga parternas rätt till ett rättvist och adekvat förfarande. Förfarandegarantier är ett övergripande begrepp som omfattar ett antal enskilda garantier som var och en bidrar till att trygga ett rättvist och adekvat förfarande. Då jag avser en specifik garanti använder jag de för respektive garanti vedertagna benämningarna. De garantier jag granskar i avhandlingen är rätten till opartisk handläggning, rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande och rätten till offentlig förhandling. Dessa benämningar är härledda från de enskilda förfarandegarantier som uppställs i rättsskipningen.⁷⁰

⁶⁶ För ett sammandrag, se *Ervasti*, Käräjaoikeuksien sovintomenettely, s. 48–53. Skillnaden mellan tvist och konflikt har i den finska processrättsliga litteraturen främst uppmärksamats av Koulu. Se *Koulu*, Oikeus 1995, s. 28–29.

⁶⁷ Se t.ex. *Ervasti*, Käräjaoikeuksien sovintomenettely, s. 111.

⁶⁸ Det bör dock noteras att begreppen tvistlösning och konfliktlösning (på finska *riidanratkaisu* och *konfliktinratkaisu*) inte används konsekvent i rättslitteraturen, vilket innebär att också denna avhandling innehåller hänvisningar till begreppet konfliktlösning, då detta begrepp använts av andra. Så är fallet t.ex. i samband med diskussionen om civilprocessens funktion.

⁶⁹ Som alternativ till förfarandegaranti kunde man överväga begreppet *rättsskyddsgaranti*. Då garantierna emellertid inte har som enda ändamål att trygga rättsskyddet och då innehållet i själva rättsskyddet är något diffust ter sig detta inte så lockande. Ett annat alternativt begrepp vore *garanti för en rättvis rättegång*, vilket återfinns i 21 § 2 mom. grundlagen ("garantier för en rättvis rättegång [...] skall tryggas i lag"). Begreppet vore dock missvisande eftersom det inte är rättsskipningen utan domstolsanknuten medling som är i avhandlingens fokus. Att använda begreppet garantier för en rättvis rättegång i samband med t.ex. medling vore även i högsta grad missvisande.

⁷⁰ Jag har valt detta tillvägagångssätt eftersom benämningarna på de relevanta rättigheterna är så vedertagna att det knappast vore ändamålsenligt att införa en ny begreppsapparat på denna punkt (t.ex. opartiskhetsgarantin, likhetsgarantin osv.). Det bör dock noteras att det i denna kon-

Med begreppet *domstolsanknuten medling* avser jag inte någon specifik normativ tvistlösningsmetod. Domstolsanknuten medling är i stället ett överbegrepp för förfaranden som kombinerar rättsskipning och medling. De exempel på domstolsanknuten medling som jag granskar i avhandlingen benämner jag *medling i tvistemål* (Finland), *rettsmekling* (Norge) och *särskild medling* (Sverige). Domstolsanknuten medling skiljer sig från *medling*, som är dess grundform men som inte sker i anknytning till rättsskipningen. Domstolsanknuten medling skiljer sig också från *domarens förlikningsverksamhet*. Med detta begrepp avser jag den verksamhet som domaren enligt 5 kapitlet rättegångsbalken utövar för att dels klarlägga om det finns förutsättningar för förlikning, dels för att försöka få parterna att ingå förlikning.⁷¹ Då jag granskar motsvarande rättsinstitut i utländska rättsordningar använder jag de i vederbörande rättsordning använda begreppen.⁷²

2.4 DISPOSITION

I kapitel II presenterar jag avhandlingens teoretiska referensram. Jag belyser förhållandet mellan rättsskipning och alternativ tvistlösning. Jag presenterar också de förfarandegarantier jag valt att granska i avhandlingen, nämligen rätten till opartisk handläggning, rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande samt rätten till offentlig förhandling.

text enligt min mening föreligger en viss skillnad mellan begreppen *garanti* och *rättighet*. Denna skillnad ligger i det perspektiv som valet av begrepp implicerar. Begreppet *rättighet* implicerar nämligen ett partscentrerat perspektiv – parten har en rättighet eller rätt att få sitt mål prövat inför en opartisk domare eller att bli hörd. Begreppet *garanti* implicerar däremot ett vidare perspektiv med fokus på staten eller rättssamhället – staten har en skyldighet att trygga förfarandegarantierna, t.ex. att domarna är opartiska och att parterna ges möjlighet att bli hörda. Det rör sig således om olika sidor av samma mynt – en rättighet för den enskilde innebär samtidigt en skyldighet för staten. Eftersom avhandlingens fokus är rättssamhället i stort snarare än den enskilda parten kunde man givetvis argumentera att det vore på sin plats att låta detta perspektiv genomsyra också begreppsvalet och att därigenom omtala de enskilda garantierna som just garantier och inte som rättigheter. Att tala om de enskilda garantierna som rätten till opartisk handläggning osv. kan eventuellt till och med uppfattas som inkonsekvent. Eftersom det emellertid är vedertaget att omtala de enskilda garantierna som rättigheter hade klarheten i resonemanget enligt mitt förmenande blivit lidande om jag här introducerat en ny begreppsapparat. På denna punkt har således läsighetshänsyn fått ta överhanden över ett exakt uttryckssätt. Det tål att nämnas att ordalydelsen i 21 § 2 mom. grundlagen även bör anses stöda denna linje – i paragrafen talas som ovan nämnts om ”rätten att bli hörd [...] samt andra garantier för en rättvis rättegång”, vilket semantiskt sett indikerar att rätt och garanti skulle vara jämfällbara.

⁷¹ För klarhetens skull bör ännu nämnas att jag med rättegångsbalken avser den i Finland fortfarande gällande Rättegångs Balk 31.12.1734. Då jag talar om den svenska motsvarigheten benämner jag denna svenska rättegångsbalken.

⁷² Det är på denna punkt skäl att notera att det i Sverige föreligger en viss begreppsförbistring i fråga om motsvarigheten till domarens förlikningsverksamhet. Denna benämns tidvis domarens förlikningsverksamhet (se t.ex. SOU 1982:26, s. 138). Jfr dock *Ekelöf*, SvJT 1979, s. 554 som benämner rättsinstitutet medling.

I kapitel III presenteras rättsinstitutet medling, domarens förlikningsverksamhet och skiljeförfarande. Jag granskar även vilka av de ovannämnda förfarandegarantierna som tryggas i respektive tvistlösningsmetod.

I kapitel IV presenteras domstolsanknuten medling i Finland, Norge och Sverige. Utgående från detta granskas vilka som är den domstolsanknutna medlingens särdrag samt hur den domstolsanknutna medlingen förhåller sig till medling, domarens förlikningsverksamhet och skiljeförfarande. Vidare granskas huruvida de ovannämnda förfarandegarantierna bör tryggas vid domstolsanknuten medling.

I det avslutande kapitlet (kapitel V) granskar jag huruvida avhandlingens tes blivit verifierad eller falsifierad. Jag presenterar också avhandlingens slutsatser.

II

AVHANDLINGENS TEORETISKA REFERENSRAM

1 Centrala trender i det senmoderna samhället och deras betydelse för rättsskipningen

1.1 INLEDNING

Rättsdogmatiken har tidvis kritiserats för att granska rätten isolerad från samhället och för att inte ta i betraktande vilka samhällseliga faktorer som påverkar rätten. Denna kritik har särskilt riktats mot processrätten, som länge uppfattats som ett mycket tekniskt rättsområde där forskningens syfte varit att tolka gällande rätt och att därigenom vara till praktisk nytta för domaren.

Det säger sig självt att fokus i en processrättslig avhandling med rättsdogmatisk ansats ligger på tolkning och systematisering av de normer som är föremål för granskning. En sådan tolkning och systematisering kan dock inte företas i ett vakuum. Rättsskipningen kan således inte granskas utan att man också granskar hur den påverkas av centrala samhällsförändringar.¹ Att anlägga ett sådant samhällseligt perspektiv förefaller särskilt motiverat i en avhandling som behandlar frågor kring rättsskipningens alternativ.

För att åskådliggöra den fond mot vilken rättsskipningen och dess alternativ bör granskas har jag valt att i det följande presentera tre trender som enligt min mening är karakteristiska för samhällsutvecklingen i det senmoderna samhället.² Dessa är de stora berättelsernas död, välfärdsstatens utmaningar och förrättsligandet.³ Jag granskar också vilken inverkan dessa trender har på rättsskipningen. Granskningen sker huvudsakligen ur ett finländskt perspektiv, men det säger sig självt att de samhällstrender som granskas i föreliggande avsnitt kan iaktas i stora delar av västvärlden.

¹ Att förändringar i samhället påverkar rätten torde vara vedertaget. Lindblom har ingående granskat sambandet mellan processen och samhällsutvecklingen. Se t.ex. *Lindblom*, Studier i processrätt, s. 23–35. Gällande förhållandet mellan rätt och samhälle, se även t.ex. *Wilhelmsson*, Senmodern ansvarsrätt, s. 12. Wilhelmsson konstaterar att viktiga förändringar i samhället inte kan passera obemärkta på rättens nivå och att det senmodernas intåg och välfärdsstatens metamorfos därmed måste avspeglade sig också i rättens innehåll och strukturer. Se dock även hans kritik mot att dra slutsatser av samhällsdiagnoser inom andra discipliner, samma verk s. 29.

² Försöket att på ett yttligt plan karakterisera det senmoderna samhället ur rättsskipningens perspektiv kan även det ses som ett uttryck för tidsandan. Samtidsdiagnoser har präglade den samhällsvetenskapliga debatten sedan slutet av 1900-talet och man har talat om t.ex. risksamhället (Ulrich Beck), försäkringssamhället (François Ewalds) och informationssamhället (Manuel Castells). Se *Wilhelmsson*, Senmodern ansvarsrätt, s. 21–22.

³ Man kan självfallet även nämna andra trender som är karakteristiska för det senmoderna samhället, t.ex. globaliseringen, den europeiska integrationen, informationssamhällets framväxt osv. Se t.ex. KB 2003:3, s. 40–64. Jag har valt de tre ovannämnda trenderna eftersom jag uppfattar dem som mest centrala för en granskning av spänningarna mellan rättsskipningen och dess alternativ.

1.2 DE STORA BERÄTTELSESNAS DÖD

En av de trender som präglar det senmoderna samhället är vad man brukar kalla de stora berättelsernas död. Det moderna samhället karakteriserades av stora berättelser om upplysningen, vetenskapen, framsteg, klassamhällets fall osv. I det senmoderna (postmoderna) samhället förhåller sig mänskorna emellertid skeptiska till de stora berättelserna, som i stället ersätts med små berättelser som hänför sig till det egna samfundet och identiteten.⁴

Ett uttryck för de stora berättelsernas död är ideologiernas fall.⁵ Till skillnad från situationen under 1960- och 1970-talen finns det i det senmoderna samhället inga starka varken politiska eller sociala ideologier som skulle styra individernas handlande.⁶ Detta har även inneburit en minskning av politikernas makt i samhället, vilket i sin tur bidragit till uppkomsten av nya maktstrukturer. Marknaden har på många håll trätt i stället för vedertagna makthavare.⁷ Samtidigt har också medias makt ökat avsevärt.⁸

De stora berättelsernas död handlar emellertid inte enbart om ett ointresse för politik och politiska ideologier, utan också om minskad solidaritet och ökad individualism och egocentrism. Individen står i centrum: var och en är sin egen lyckas smed och man betonar individuella framom kollektiva rättigheter. Denna utveckling har skett parallellt med en stark nyliberalisering.

Samtidigt som de politiska ideologierna i det närmaste förlorat sin relevans och individcentreringen ökat har också samhällets värderingar förändrats. Tra-

⁴ Uttrycket de stora berättelsernas död myntades 1979 av Jean-François Lyotard. Se *Hautamäki*, Suomi muutosten edellä, s. 12. För diskussion av begreppet i en juridisk kontext, se t.ex. *Wilhelmsson*, Senmodern ansvarsrätt, s. 18.

⁵ Ideologiernas fall sammanhänger i sin tur även med det senmoderna samhällets förakt för tradition och auktoritet, vilket minskar betydelsen av religioner, filosofier och ideologier. Se *Giddens* i *Reflexive Modernization*, s. 82. Se även *Wilhelmsson*, Senmodern ansvarsrätt, s. 104. *Wilhelmsson* konstaterar att de totaliserande samhälleliga ideologier som kunde erbjuda en grund för samhälleligt handlande kan betraktas som döda eller att dessa stora berättelser åtminstone har mist sin trovärdighet.

⁶ Man talar därför ofta om att politiken har förlorat sin mening. Se t.ex. *Wilhelmsson*, Senmodern ansvarsrätt, s. 134. Att politiken skulle vara död har emellertid också kritiserats. Se t.ex. *Beck* i *Reflexive Modernization*, s. 1–55.

⁷ Gällande marknaden som ny maktstruktur, se *Wilhelmsson*, Senmodern ansvarsrätt, s. 105. *Wilhelmsson* anför att den Totala Marknaden ofta utpekas som den nya Stora Berättelsen, men anför samtidigt kritik mot detta. Se även *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 243–254. *Lindell* frågar sig om civilprocessens funktion kunde vara marknadsanpassning. Till detta återkommer jag nedan. En av de faktorer som medverkat till att öka marknadens inflytande som maktstruktur är givetvis den starka globalisering som skett sedan slutet av 1900-talet. Gällande globaliseringens effekter på samhällsekonomin och samhällsutvecklingen, se t.ex. *Klein*, No Logo. Gällande globaliseringens betydelse för privaträtten, se *Wilhelmsson*, Senmodern ansvarsrätt, s. 168–172.

⁸ Gällande media som makthavare, se t.ex. *Wilhelmsson*, Senmodern ansvarsrätt, s. 305–335. Man kan se en tydlig korrelation mellan maktförflyttningen från politiken till media och det inflytande media utövar på politiken, t.ex. som bevakare av politiska s.k. skandaler. Gällande detta se särskilt samma verk s. 305.

ditioner och universella etiska värderingar har fått ge vika för ett smörgåsbordstänkande där individen själv bygger samman sina värderingar efter eget förgottfinnande.⁹ Någon universell uppfattning om vad som är rätt och fel existerar inte längre, utan dagens samhälle har sagts representera en tidsålder utan etik.¹⁰

Det faktum att de universella etiska värderingarnas betydelse minskat innebär att man i stället söker andra kontexter för en moraldiskurs om vad som är tillåtet och förbjudet i samhället. Ur denna synvinkel är rättsskipningen givetvis av särskilt intresse.¹¹ I rättsskipningen kontextualiseras moraliska frågor och moralen kan diskuteras i relation till konkreta situationer. Detta sammantaget med det faktum att rättspraxis fått ökad betydelse kan ge domstolsutslag en moralbildande verkan. Detta kan medföra att rättsskipningens betydelse i samhället ökar.

1.3 VÄLFÄRDSSTATENS UTMANINGAR

En annan central trend i det senmoderna samhället är att välfärdsstaten står inför stora utmaningar.¹² Kostnaderna för välfärdsstaten, vilka i Finland traditionellt finansierats genom beskattning, ligger på en nivå som samhället inte längre kan upprätthålla.¹³ Det starka skattetryck som följer i välfärdsstatens kölvatten motverkar företagsamheten, vilket i kombination med den ökande globaliseringen leder till mindre skatteintäkter. Inom kort kommer även det sviktande skatteunderlaget att ställas inför nya utmaningar då de stora åldersklasserna lämnar arbetslivet.

⁹ Denna utveckling har uppmärksamats särskilt av Anthony Giddens och Francis Fukuyama. Se t.ex. *Giddens* i *Reflexive Modernization*, s. 56–109 och *Fukuyama*, *The End of History*. För en kommentar ur finländskt perspektiv, se *Hautamäki*, *Suomi muutosten edellä*. För en applicering av motsvarande tankar på ansvarsrätten, se *Wilhelmsson*, *Senmodern ansvarsrätt*, s. 103–133.

¹⁰ På denna punkt kan särskilt nämnas de analyser som gjorts av Zygmunt Bauman, se t.ex. *Bauman*, *Postmodern Ethics*. Bauman framhäver dock att det faktum att den universella etiken försvinner inte behöver innebära att moralen försvinner, utan att detta i stället kan betona människors personliga moraliska val och ansvar. Se även *Wilhelmsson*, *LM 1997*, s. 1185–1190 och *Wilhelmsson*, *Senmodern ansvarsrätt*, s. 107. Det bör dock på denna punkt framhållas att man kan se läran om de mänskliga rättigheterna som ett slags globalt etiskt system. Gällande detta, se *Wilhelmsson*, *Senmodern ansvarsrätt*, s. 106.

¹¹ Om rättegången som moraldiskurs, se *Wilhelmsson*, *Senmodern ansvarsrätt*, s. 111–120.

¹² Gällande detta, se t.ex. *KB 2003:3*, s. 44–47. Välfärdsstaten har karakteriserats som den sista stora berättelsen. Se *Wilhelmsson*, *Senmodern ansvarsrätt*, s. 12. Man kan således konstatera att de trender jag valt att granska delvis är överlappande.

¹³ Se gällande detta *Hautamäki*, *Suomi muutosten edellä*, s. 43–47. Särskilt trycket mot en ökande harmonisering av beskattningen inom EU har för Nordens del ansetts medföra ett behov av att ytterligare minska välfärdsutgifterna. Se t.ex. *Kosonen*, *European Integration: A Welfare State Perspective*, s. 134–135.

De ovannämnda fenomenen har lett till att man tidvis till och med talar om en demontering av välfärdsstaten.¹⁴ Huruvida utvecklingen de facto kommer att gå så långt är oklart, men det torde råda konsensus om att förändringar i välfärdsstaten skett eller måste ske.¹⁵ Som en del av denna utveckling har man inom det offentliga blivit tvungen att söka nya lösningar, vilka bl.a. gått ut på att funktioner som tidigare sköts av det offentliga utlokaliserats och privatiserats.¹⁶ Privatiseringen medför utmaningar vad gäller reglering och övervakning.¹⁷ Den ökande privatiseringen kan ses som ett uttryck för den generella effektivisering som präglar det senmoderna samhället.

Välfärdsstatens utmaningar och den ökande privatiseringen får konsekvenser också för rätten.¹⁸ Detta gäller såväl den materiella rätten som rättsskipningen.¹⁹ Vad gäller rättsskipningen kan man för det första konstatera att en allt större del av de uppgifter som traditionellt tillskrivits rättsskipningen, dvs. domstolarna, utlokaliseras till privata aktörer.²⁰ Detta gäller givetvis i allra högsta grad rättsskipningens alternativ.²¹ Samma trend gäller emellertid också andra delar av rättsskipningen – som exempel kan nämnas den ökade roll som boförvaltaren givits i det reviderade konkursförfarandet.²² För det andra kan man konstatera

¹⁴ Se *Wilhelmsson*, Senmodern ansvarsrätt, s. 31–32.

¹⁵ *Wilhelmsson* uttrycker detta som att vi lever i en tid där väsentliga förändringar gällande produktion och distribution av välfärd har ägt rum eller äger rum. Se *Wilhelmsson*, Senmodern ansvarsrätt, s. 12.

¹⁶ Privatiseringstrenden är även den karakteristisk för det senmoderna samhället och kan uttryckas på olika sätt. Se t.ex. *Lindblom*, Studier i processrätt, s. 84 och *Wilhelmsson*, Senmodern ansvarsrätt, s. 33–34.

¹⁷ Gällande detta, se *Wilhelmsson*, Senmodern ansvarsrätt, s. 56.

¹⁸ Rättsskipningens betydelse i olika samhällen har tidvis förts tillbaka just på välfärdsstaten, t.ex. vad gäller skillnaderna mellan Europa och USA. De moderniseringar av rättsskipningen som skett i Europa och som bidragit till att förbättra den enskildes möjligheter att förverkliga sina rättigheter anses ha starkt samband med välfärdsstatens utveckling – de facto har det anförts att *Access to Justice* är en väsentlig del av välfärdsstaten. Se *Cappelletti – Galanter* i *Access to Justice and the Welfare State*, s. 16–17. Se även *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 29. Det har även anförts att europeiska välfärdsstatsinstitutioner som socialskyddet förhindrar tvister vid domstol av den typ som förekommer i USA där ett motsvarande skyddsnät saknas. Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 93.

¹⁹ För tankar om vilka konsekvenser privatiseringen, eller marknadsorienteringen, får för privaträtten, se *Wilhelmsson*, Senmodern ansvarsrätt, s. 42–45.

²⁰ Man kan se ett tydligt samband mellan denna utlokalisering och den betoning av effektivitet och ekonomiskt tänkande som präglat slutet av 1990-talet, till följd av vilket rättsskipningens resurser skulle koncentreras till att lösa ”äka”, juridiskt svåra tvister. Gällande detta, se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 99.

²¹ Gällande detta, se t.ex. *Vindeløv*, Konflikt, tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling, s. 19–20. Det stora intresse för alternativ tvistlösning som kunnat skönjas i USA särskilt under 1980-talet hänförs tidvis just till den starka privatiseringens våg. Se *Koulu* i *Prosessioikeus*, s. 101.

²² Det har emellertid även anförts att den accelererande privatiseringen paradoxalt nog kan komma att leda till en ökning av de statliga domstolarnas roll. Då administrativa kontrollsystem skärs ned och privatiseras ersätts tidigare administrativ hantering med judiciell prövning vid allmän domstol. Se *Lindblom*, Progressiv process, s. 36.

att det sker en tydlig omfördelning av rollerna och arbetsbördan i den del av rättsskipningen som inte utlokaliseras. Som exempel kan t.ex. nämnas förslaget om att en större del av sakens förberedelse och målets utredning kunde flyttas över från domare till ombud.²³

Privatiseringen av rätten sker emellertid inte enbart i riktningen från det offentliga till det privata. Förutom en utlokalisering av rättsskipningens uppgifter till privata aktörer innebär privatiseringen av rätten också att privata tillvägagångssätt inverkar på det offentligas uppgifter. För rättsskipningens del innebär detta t.ex. att förfarandet vid domstolarna tar intryck av rättsskipningens alternativ.²⁴

1.4 FÖRRÄTTSLIGANDE

Den tredje centrala trend jag valt att lyfta fram är förrättsligandet.²⁵ Förrättsligandet innebär att juridiken får allt större betydelse i samhället.²⁶ Detta tar sig bl.a. uttryck i att normgivningen ökar. Den ökade normgivningen och den allt snabbare takt i vilken samhället förändras medför ett behov av vagare, mera elastiska normer. Dessas livslängd antas vara längre än livslängden för detaljerade normer, vilka lätt blir rättshistoria då samhället förändras.²⁷ En sådan medvetet elastisk lagstiftningsteknik medför emellertid utmaningar för rättsskipningen: domstolarna får de facto mera makt än tidigare eftersom det är domstolarna som i sista hand på ett bindande sätt tolkar de vaga normerna. Man kan därmed säga att det skett en maktförskjutning från den lagstiftande till den dömande makten.²⁸

²³ Se KB 2003:3, s. 248. Samma diskussion förs också i Sverige, se *Thorblad*, SvJT 2004, s. 281. Det är dock skäl att notera att man parallellt med dessa trender kan se en utveckling mot ökad materiell processledning och *case management* från domstolens sida. Gällande fenomenet, se *Koulu* i *Prosessioikeus*, s. 1042. Betydelsen av *case management* betonas också i det norska utkastet till ny *tvistelov*. Gällande detta, se *Schei* i *Festskrift till Per Henrik Lindblom*, s. 596–597.

²⁴ Gällande detta, se t.ex. *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 100. Se också Lindbloms tankeväckande artikel Allmän domstol som alternativt tvistlösningsorgan. *Lindblom*, *Studier i processrätt*, s. 83–112.

²⁵ I svensk litteratur påträffar man tidivs även begreppet juridifiering. På finska används termen *oikeudellistuminen*. Gällande fenomenet se t.ex. KB 2003:3, s. 59–62, *Tarasti*, DL 2002, s. 575–585, *Leskinen*, DL 2002, s. 633–635 och *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 91–92.

²⁶ På denna punkt kan även återknytas till uttalanden om att sjuttioalet var politikernas årtionde, åttioalet ekonomernas och nittioalet juristernas. Se *Magnusson*, SvJT 2004, s. 284.

²⁷ Gällande denna utveckling och dess följder för privaträtten och ansvarsrätten, se *Wilhelms-son*, *Senmodern ansvarsrätt*, s. 54.

²⁸ Gällande detta, se t.ex. *Virolainen*, *Lainkäyttö*, s. 20, samma i *Prosessioikeus*, s. 190–191, *Jo-kela*, *Oikeudenkäynti I*, s. 28, *Lindblom*, *Studier i processrätt*, s. 67–68 och samma, SvJT 2004, s. 238–240. För ett alternativt synsätt, se *Eklund*, SvJT 2004, s. 214. Maktförskjutningen innebär de facto en förskjutning av Montesquieus tredelningslära, vilket av en del uppfattas som välkom-

Förrättsligandet innebär också att domstolarna får delvis nya uppgifter och att det område på vilket rättskipningen används utvidgas. Allt fler samhällseliga fenomen blir föremål för rättslig reglering. Detta i sin tur innebär att områden där reglering tidigare saknades allt oftare blir föremål för rättskipning. Exempel på dylika områden är ansvar för tobaksskador, jämställdhetsfrågor, vårdnad av barn och umgängesrätt samt skuldsanering för privatpersoner.²⁹ Också det ökade medborgerliga rättsmedvetande som sammanhänger med förrättsligandet bidrar till att öka antalet rättegångar och därmed trycket på rättskipningen. Det ökade antalet rättegångar sammanhänger också med uppfattningen om att det t.ex. alltid måste finnas någon som är ersättningsskyldig om en skada uppkommer.³⁰ Detta ger upphov till mål gällande t.ex. ersättning till mobbningsoffer.³¹

Förrättsligandet får menliga följder för tillgången till rättsskydd, dvs. *Access to Justice*. Den ökande normgivningen samt det faktum att juridiken nästlar in sig på allt flera områden i samhället gör det i det närmaste omöjligt för den enskilde att utan att anlita juridisk expertis utreda vad som är gällande rätt och hur en viss norm skall tolkas. Detta innebär också att det är vanskligt för den enskilde att själv driva ett mål vid domstol.³² Samtidigt anlitas juridisk expertis också på områden där tvister traditionellt lösts utan inblandning av jurister, t.ex. inom skolväsendet.³³

1.5 SAMMANFATTNING

Som framgått ovan har de centrala trender i det senmoderna samhället som jag valt att granska – de stora berättelsernas död, välfärdsstatens utmaningar och

met. För en kommentar, se *Lindblom*, Studier i processrätt, s. 69. Det har även konstaterats att maktförskjutningen kan resultera i ett s.k. domarvælde. Se t.ex. *Tuori*, LM 2003, s. 915–943 och samma, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 250–253. Tuori betonar att den grundrättighetskonforma tolkning som vunnit starkt fotfäste i den finska rättskulturen de facto fungerar som katalysator för övergången till ett domarvælde. Som ytterligare exempel på faktorer som bidragit till maktförskjutningen kan nämnas EG-domstolens betydelse och den stora betydelse som rättspraxis fått också i den kontinentaleuropeiska rättskulturen.

²⁹ Se *Virolainen*, *Lainkäyttö*, s. 96. Virolainen poängterar att domstolarna inte bett om att bli tilldelade dessa nya uppgifter utan att uppgifterna skjutits över på domstolarna i brist på alternativ.

³⁰ Gällande det allt mera fantasifulla sökandet efter ansvarssubjekt (*bathub argument*), se *Wilhelmsson*, *Senmodern ansvarsrätt*, s. 204–205. Detta synsätt har analyserats mot bakgrund av det s.k. risksamhället, vilket granskats främst av Ulrich Beck. Se *Beck*, *Risikogesellschaft*. Gällande risksamhället, se även *Wilhelmsson*, *Senmodern ansvarsrätt*, s. 69–70 och *Hautamäki*, *Suomi muutosten edellä*, s. 26–27.

³¹ För en analys av det sistnämnda, se t.ex. *Wilhelmsson*, *Senmodern ansvarsrätt*, s. 64 och 285–286.

³² Detta, i sin tur, kan kopplas samman med den ökande betydelse som den alternativa tvistlösningen fått. Gällande detta, se *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 37.

³³ Det är värt att notera att denna trend går stick i stäv med en annan av det senmoderna samhällets centrala trender, nämligen föraktet för auktoriteter och expertis. Gällande detta, se *Wilhelmsson*, *Senmodern ansvarsrätt*, s. 104–105.

förrättsligandet – inte gått rättsskipningen obemärkt förbi. Rättsskipningen i det senmoderna samhället har tvärtom genomgått vissa avgörande förändringar till följd av samhällsutvecklingen och många av trenderna är starkt knutna till rättsskipningen och dess skiftande skepnad.³⁴ De stora berättelsernas död med den universella etiska erosionen i släptåg har bidragit till att öka rättsskipningens betydelse i samhället. Välfärdsstatens utmaningar med åtföljande privatisering har dels lett till en utveckling av privata alternativ till rättsskipningen – dvs. alternativ tvistlösning – dels till att rättsskipningen tagit intryck av sina alternativ.³⁵ Förrättsligandet, slutligen, har bidragit till ökad vag normgivning, vilket i sin tur accentuerat domstolarnas betydelse, dvs. givit dem mera makt. Samtidigt innebär förrättsligandet också att tillgången till rättsskydd för enskilda rättssökande försämrats.

Ur bilden ovan framträder två motsatta utvecklingslinjer. Å ena sidan ökar rättsskipningens och domstolarnas betydelse i det senmoderna samhället. Å andra sidan ökar också betydelsen av att finna alternativ till rättsskipningen till följd av bl.a. minskad Access to Justice.³⁶ Det kan förefalla paradoxalt att dessa två utvecklingslinjer föreligger samtidigt. Vid en närmare granskning framgår emellertid att paradoxen är enbart skenbar. Domstolarnas ökade betydelse framträder inte så mycket i förhållande till parterna som i förhållande till samhällets övriga makthavare, främst lagstiftaren, genom en förskjutning av tredelningläran. För lösningen av den enskilda tvisten torde domstolarnas ökade betydelse vara av underordnad betydelse och ha relevans främst i förhållande till den ökade belastning som detta medför för domstolsväsendet. Detta innebär att det kan vara svårare för domstolsväsendet att behandla enskilda mål på ett sätt som är tillfredsställande för parterna, t.ex. på grund av långa handläggningstider eller dålig sakkännedom. Detta föder ett behov av att utveckla alternativ till rättsskipningen.³⁷

Det faktum att domstolarnas makt tilltagit ökar givetvis också intresset för all verksamhet som sker vid domstolarna. Samtidigt ökar det generella intresset för tvistlösningsmetoder som är alternativa i förhållande till rättsskipningen. Dessa två faktorer sammantagna gör en granskning av domstolsanknuten medling ytterst aktuell. Den alternativa tvistlösningen utmanar nämligen rättsskipningens vedertagna systematik och struktur och kan till och med ses som ett

³⁴ Gällande detta, se t.ex. *Lindblom*, *Progressiv process*, s. 29–30.

³⁵ Diskussionen kring alternativ tvistlösning ger upphov till frågan om man kan se en utveckling mot en mera användarvänlig och social civilprocessrätt som skulle erbjuda ett jämlikt rättsskydd. Om den sociala civilprocessrätten som en parallell till den sociala civilrätten, se t.ex. *Lindblom*, *Progressiv process*, s. 33. Se även samma, SvJT 2004, s. 236.

³⁶ Gällande detta, se t.ex. *Tuori*, LM 2002, s. 912.

³⁷ Jokela konstaterar att samhällsutvecklingen medför att rättegångsförfarandet i fortsättningen borde utvecklas och förnyas med betoning av de mänskliga rättigheterna och partsautonomin. Se *Jokela*, *Oikeudenkäynti I*, s. 28 och 42.

klart felsteg i en kontext av traditionellt rättsstatstänkande som betonar rättskyddets betydelse.³⁸ Då alternativa metoder för tvistlösning sammanfogas med rättsskipningen uppkommer intressanta frågor om vilken som är dylika rättsinstituts ställning i det senmoderna rättssamhället.

³⁸ Se Nuotio, Oikeus 1999, s. 200.

2 Rättsskipningens uppgift i det senmoderna samhället

2.1 INLEDNING

De centrala samhällstrender jag beskrivit ovan avspeglas således också i rättsskipningen.³⁹ En sådan inverkan är knappast möjlig utan att även synen på rättsskipningens uppgift och civilprocessens funktion påverkas.⁴⁰ Det ligger därför nära till hands att fråga sig vilken som är rättsskipningens uppgift i det senmoderna samhället – dvs. vilken som är civilprocessens funktion.⁴¹

Jag kommer nedan att redogöra för de huvudsakliga diskurserna om civilprocessens funktion.⁴² Därefter kommer jag att granska hur diskurserna förhåller sig till de samhällstrender som jag beskrivit ovan samt slutligen granska vilken relevans diskurserna har i avhandlingens kontext.

³⁹ På finska används mera allmänt begreppet lagskipning (*lainkäyttö*). Jfr dock KB 2003:3, s. 68 där det framhålls att begreppet rättsskipning (*oikeudenkäyttö*) skulle vara mera beskrivande även på finska. Det har dock även anförts att det inte föreligger någon saklig skillnad mellan begreppen rättsskipning och lagskipning. Se *Virolainen*, *Lainkäyttö*, s. 12. I Sverige har det anförts att begreppet rättsskipning bör reserveras för sådan tvistlösande verksamhet som tar hänsyn till juridiskt relevanta faktorer, medan annan tvistlösande verksamhet (t.ex. sådan som tar hänsyn till också utomrättsliga faktorer) kunde kallas konfliktlösning. Se SOU 1982:26, s. 138. Det är ifrågasatt om en sådan indelning verkligen är ändamålsenlig och det föreligger enligt min mening inte skäl för att anamma den i finsk rätt. Tidvis talar man också om utövande av den dömande makten. Detta begrepp härrör från 3 § grundlagen, enligt vilken den dömande makten utövas av oberoende domstolar. Gällande detta, se *Virolainen*, *Lainkäyttö*, s. 13 och samma i *Prosessioikeus*, s. 44. *Virolainen* påpekar att begreppet rättsskipning omfattar enbart den verksamhet som utövas vid domstolarna, till skillnad från det finska begreppet *lainkäyttö* (lagskipning) som också anses omfatta verksamhet vid andra myndigheter som utövar juridiskt beslutsfattande (t.ex. åklagar- och exekutionsmyndigheterna). På svenska torde samma distinktion inte vara av nöden: begreppet rättsskipning anses omfatta endast verksamheten vid domstolarna och således inte vid andra myndigheter. Begreppet torde därför vara synonymt med begreppet utövande av den dömande makten. Skillnaden torde snarare ligga i det perspektiv som anläggs: då man talar om rättsskipning är perspektivet processrättsligt medan då man talar om utövande av dömande makt är perspektivet statsförfattningsrättsligt.

⁴⁰ Gällande vikten av att anpassa civilprocessen till samhällsutvecklingen, se *Lindblom*, *Progressiv process*, s. 256.

⁴¹ Begreppet funktion har tidvis kritiserats för att vara problematiskt. Se t.ex. *Ervasti*, DL 2002, s. 67. Ofta används begreppen funktion, uppgift, syfte, ändamål, domstolens roll m.fl. som synonymer – delvis medvetet. Se t.ex. *Lindblom*, *Progressiv process*, s. 45 fotnot 12. Se även *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 104.

⁴² I tillägg till de funktioner jag valt att beskriva i avhandlingen kan man tänka sig också ett antal andra, bland dessa strävan efter rättsfrid, materiellt riktiga domar, rättvisa. Se t.ex. *Lindblom*, *Progressiv process*, s. 58–66. *Lindblom* har även på annat håll framhållit att man kan skönja en viss funktionsförnyelse och nämner bl.a. integrationsfunktionen, den rättspolitiska funktionen och den kommunikativa funktionen. Se *Lindblom*, *Progressiv process*, s. 251–258.

2.2 DISKURSER OM CIVILPROCESSENS FUNKTION

2.2.1 Rättsskyddsfunktionen

Civilprocessens funktion har traditionellt ansetts vara att erbjuda rättsskydd.⁴³ Denna uppfattning härstammar från Tyskland (paradigmet om *Rechtsschutzanspruch*) där den hade starkt understöd under slutet av 1800-talet. Paradigmet kom att influera uppfattningen om civilprocessens funktion i såväl Finland som Sverige.⁴⁴ Med civilprocessens rättsskyddsfunktion avses att en samhällsmedborgare i händelse av en tvist skall kunna vända sig till domstol för att få den rätt som tillkommer honom – om inte på annat sätt så slutligen genom exekution.⁴⁵ Civilprocessen skall alltså ge rättsskydd till förmån för specifika privaträttsliga rättigheter, dvs. ge skydd åt borgenärer, den rättmätige ägaren, den skadelidande osv.⁴⁶ Man utgår således från att processen rör sig om en rättighet eller ett rättsförhållande och betonar den juridiskt definierade tvisten som bör lösas på ett materiellt riktigt sätt.⁴⁷

Rättsskyddsfunktionen har kritiserats framför allt i Sverige och det har anförts att funktionen kan betecknas som övergiven, i alla fall vad gäller de teoretiska utgångspunkterna.⁴⁸

2.2.2 Den konfliktlösande funktionen

Ur diskursen om civilprocessens rättsskyddsfunktion har sedermera tanken på civilprocessens konfliktlösande funktion vuxit fram.⁴⁹ Den konfliktlösande

⁴³ Se t.ex. *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 80, samma i Prosessioikeus, s. 61 och KB 2003:3, s. 69. Gällande motsvarande uppfattning i svensk rätt, se t.ex. *Lindell*, Partsautonomins gränser, s. 83–86.

⁴⁴ För en sammanställning av rättsskyddsfunktionens betydelse i äldre finsk rätt, se *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 80. *Virolainen* hänvisar till Wrede, Granfelt, Sjöström, Tirkkonen, Ellilä och Halila. Gällande Sverige, se *Kallenberg*, Svensk civilprocessrätt I, s. 10. För en sammanfattning, se *Lindblom*, Progressiv process, s. 58–60.

⁴⁵ Se *Lindell*, Partsautonomins gränser, s. 83.

⁴⁶ Detta har tidvis uttryckts som att civilprocessens uppgift är att förverkliga subjektiva rättigheter. Se *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 80.

⁴⁷ Utgående från detta synsätt har man i äldre svensk litteratur t.ex. ansett att skiljeförfarande inte kan karakteriseras som ett rättsskyddsförfarande, eftersom skiljemännen kan avgöra tvisten på basis av skälighetssynpunkter. Se *Kallenberg*, Svensk civilprocessrätt I, s. 25. För en kommentar, se *Lindell*, Partsautonomins gränser, s. 84.

⁴⁸ Kritik har anförts av t.ex. Olivecrona och Ekelöf. Se *Lindblom*, Progressiv process, s. 58–59.

⁴⁹ För ett referat ur finskt perspektiv, se *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 81–82 och samma i Prosessioikeus, s. 63–64. Se även KB 2003:3, s. 69. I finsk litteratur har funktionen dels benämnts konfliktlösande (*konfliktien ratkaisufunktio*, se *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 80–90 och *Leppänen*, Riitaasian valmistelu todistusaineiston osalta, s. 32–41), dels tvistlösande (*oikeusriitojen/riitojen rat-*

funktionen kan sägas röra sig mera på ett makroplan än rättsskyddsfunktionen. Civilprocessens konfliktlösande funktion kan ses som ett slags spegelbild av rättsskyddsfunktionen: bägge funktioner fokuserar på den enskilda tvisten mellan parterna men anlägger något olika perspektiv. Där rättsskyddsdiskursen betonar lösningen av tvisten på ett allmänt, ideologiskt plan betonar konfliktlösningens diskurs lösningen av tvisten på ett mera pragmatiskt plan. Civilprocessens konfliktlösande funktion framhåller att civilprocessen skall erbjuda rättsskydd på det individuella planet genom att ge enskilda medborgare en möjlighet att få sina tvister lösta, sina rättigheter fastställda och, om nödvändigt, verkställda genom tvång. Vid konfliktlösning är det fråga om att man försöker uppnå ett genomslag för värderingarna och ändamålen bakom den materiella lagstiftningen på det enskilda planet, dvs. internt.⁵⁰ Civilprocessen ses som ett verktyg för att erbjuda kompensation för den förfördelade – den är alltså reparativ och tillbakablickande.⁵¹

Utgående från detta synsätt är civilprocessens huvudsakliga uppgift att lösa en konkret tvist mellan två (eller flera) parter. Civilprocessen ses därmed alltså närmast som en tvistlösningsservice som samhället består parterna med och det är parterna, inte samhället i stort, som är civilprocessens målgrupp.⁵²

Vid första anblicken kan civilprocessens konfliktlösande funktion alltså ses som en vidareutveckling av rättsskyddsfunktionen som beskrivits ovan. Skillnaden mellan de båda ligger emellertid i huruvida man anser att domstolens avgörande bör överensstämma med materiell rätt eller inte. Som ovan nämnts utgår rättsskyddsfunktionen från att tvisten skall avgöras enligt de materiellrättsliga reglerna. Utgående från den konfliktlösande funktionen kan man däremot framhålla att domen inte behöver grunda sig uteslutande på materiellrättsliga normer och andra institutionaliserade rättskällor. I stället kan utomrättsliga faktorer, t.ex. skälighet och styrkeförhållandena mellan parterna, läggas till grund för avgörandet.⁵³

kaisufunktio, se *Lappalainen*, Siviiliprosessioikeus I, s. 5–7 och *Jokela*, Oikeudenkäynti I, s. 18). Det är oklart om skillnaderna i benämningen av funktionen bottenar i en distinktion mellan begreppen tvist och konflikt på motsvarande sätt som anförts ovan i fråga om begreppsbestämningar. Ur svenskt perspektiv, se t.ex. *Lindell*, Civilprocessen, s. 92–96 och samma, Partsautonomins gränser, s. 86.

⁵⁰ Se *Lindblom*, Progressiv process, s. 55. Se även samma, SvJT 2004, s. 240. Lindblom konstaterar att processen därmed kan ses som ett annex till lagstiftningen.

⁵¹ Civilprocessens funktion som reparativ har främst diskuterats av Lindblom. Se t.ex. *Lindblom*, Progressiv process, s. 23 och 55.

⁵² Se *Lindell*, Partsautonomins gränser, s. 86.

⁵³ Gällande detta, se t.ex. *Lindell*, Partsautonomins gränser, s. 88 och *Hov*, Retteragang i sivile saker, s. 41. Se även *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 81.

2.2.3 Den handlingsdirigerande funktionen

Med civilprocessens handlingsdirigerande funktion avses att civilprocessen skall fungera som en sanktionsmekanism för att trygga att ett handlande som överensstämmer med de privaträttsliga normerna förverkligas i samhället.⁵⁴ Civilprocessen skall alltså inte enbart lösa tvisten mellan parterna utan samtidigt statuera exempel för framtida normenligt beteende och alltså styra utomprocessuellt handlande. Detta gäller såväl parterna som gemene man: dels skall parterna fås att i fortsättningen i allmänhet handla normenligt, dels skall civilprocessen få även andra än parterna att handla normenligt. I ett fiktivt fordringsmål innebär detta således att civilprocessen dels skall få gäldenären i det ifrågavarande fallet att i fortsättningen betala sina skulder, dels få gäldenärer i allmänhet att betala sina skulder. Utgående från den handlingsdirigerande funktionen kan man således framhålla att denna i ett idealtillstånd förhindrar att konflikter alls uppstår.⁵⁵

Civilprocessens handlingsdirigerande funktion kan ses ur två olika perspektiv. Vissa framhåller att de positiva styreffekterna uppkommer till följd av rättskipningens moralbildande verkan. I det ovannämnda exemplet med det fiktiva fordringsmålet kunde man således hävda att den handlingsdirigerande effekten uppkommer genom upprätthållande av vad som tidvis kallats den allmänna betalningsmoralen. Genom att statuera exempel för framtida normenligt handlande bidrar civilprocessen till att normerna följs och att normenligt handlande blir den handlingsmodell med vilken övrigt handlande jämförs. Mot denna bakgrund har civilprocessens handlingsdirigerande funktion sagts vara den bästa garanten för rättsfrid.⁵⁶ Utgående från detta synsätt utgör civilprocessen en institutionaliserad form av social kontroll i syfte att genom en sanktionsmekanism upprätthålla en god samhällsmoral.⁵⁷ Andra, däremot, anser inte att en mo-

⁵⁴ Den handlingsdirigerande funktionen har främst förespråkats och utvecklats av Ekelöf. Se t.ex. *Ekelöf*, SvJT 1979, s. 562, samma i *Festskrift till Lars Welamson*, s. 119–135, samma i *Vänbok till Robert Boman*, s. 78–83, *Ekelöf–Boman*, Rättegång I, s. 7–21 samt *Ekelöf* m.fl., Rättegång V, s. 65. Se även *Lindblom*, SvJT 2004, s. 240. Lindblom framhåller att handlingsdirigeringen enligt hans uppfattning sker mera genom att kunskap finns och vidmakthålls om att det existerar en välfungerande sanktionsmekanism knuten till lagstiftningen än genom att kännedom om enstaka processer och domar sprids. I Finland har den handlingsdirigerande funktionen uppmärksamats av t.ex. *Jonkka*, Syttekynnys, s. 174 och *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 18 och 112. Se även *Lappalainen*, Alioikeusuudistus, s. 127, *Virolainen* i Prosessioikeus, s. 61–63 och KB 2003:3, s. 69–70.

⁵⁵ Se *Ekelöf* i *Festskrift för Jan Hellner*, s. 236. Ekelöf konstaterar att det är viktigare att civilprocessen medverkar till att förhindra att tvister uppkommer än att den avvecklar tvister. För kritik av detta s.k. processlösa samhälle, se *Lindell*, Civilprocessen, s. 96.

⁵⁶ Tanken på handlingsdirigeringen som moralbildande tillskrivs ofta Ekelöf. Jfr dock *Lindell*, Civilprocessen, s. 95. Lindell tolkar Ekelöf så att människor på grund av det exekutiva tvånget inrättar sig och handlar enligt de materiella reglerna.

⁵⁷ Se t.ex. *Ekelöf–Boman*, Rättegång I, s. 7.

ralbildande verkan är av relevans utan att handlingsdirigeringen uppkommer genom fysisk, psykisk eller ekonomisk avskräckning.⁵⁸

Civilprocessens handlingsdirigerande funktion kan ses som motsatsen till den konfliktlösande funktionen. Också här är det fråga om att verkställa ändamålen och värderingarna bakom den materiella rätten, men perspektivet är ett annat. I stället för det reparativa, tillbakablickande perspektiv som anläggs vid konfliktlösning är civilprocessens handlingsdirigerande funktion preventiv och framtidsblickande: den riktar in sig på svarandens och framför allt hans eller hennes likars framtida beteende. Det är således fråga om ett genomslag för den materiella rätten på det allmänna planet, dvs. externt.⁵⁹

2.2.4 Kontrollfunktionen

I tillägg till de ovan beskrivna funktionerna talar man också allt oftare om rättskipningens kontrollfunktion.⁶⁰ Med detta avses att civilprocessen skall fungera som kontrollmekanism för den offentliga makten. Kontrollfunktionen utövas t.ex. genom domstolsprövning av lagars grundlagsenlighet.⁶¹

Rättsskipningens kontrollfunktion aktualiserar frågor gällande förhållandet mellan lagstiftning och rättsskipning. I de nordiska länderna har lagstiftningen och rättsskipningen traditionellt ansetts vara åtskilda från varandra.⁶² Ökningen av kontrollfunktionens betydelse och därmed av växelverkan mellan lagstiftning och rättsskipning kan i Finland iaktas i den betydelse som grundrättighetstänkandet och grundlagen (inklusive särskilt dess 106 § enligt vilken domstolarna skall låta bli att tillämpa ett lagstadgande om tillämpningen uppenbart skulle strida mot grundlagen) har fått.⁶³

⁵⁸ Den ekonomiska avskräckningen brukar ofta omtalas som *cost internalization*. Med detta avses att det är företagsekonomiskt rationellt att avstå från åtgärder som kostar mer än de inbringar. Gällande detta, se Lindblom, *Progressiv process*, s. 54–55.

⁵⁹ Se Lindblom, *Progressiv process*, s. 55–56. Man kan givetvis också fråga sig om det faktum att antalet tvistemål minskar beror på att processens preventiva, handlingsdirigerande funktion fungerar som önskat. För diskussion gällande detta, se Lindblom, *Progressiv process*, s. 240.

⁶⁰ Se t.ex. Lindblom, *Progressiv process*, s. 24–25 och s. 73–82. Se även *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 79–80 och *Virolainen* i *Prosessioikeus*, s. 68.

⁶¹ Lindblom särskiljer två former av kontrollfunktionen: lagprövning (*judicial review*) och laglighetsprövning (*administrative review*), dvs. domstolskontroll av lagstiftaren respektive den verkställande makten. Se Lindblom, *SvJT* 2004, s. 241.

⁶² I många andra länder är synen på förhållandet mellan lagstiftning och rättsskipning inte lika strikt. I stället för en maktindelning (*separation of powers*) talar man på många håll om en maktbalans (*balance of powers*). Domstolarna ses då som en del av ett system av ömsesidig kontroll (*checks and controls*). Se t.ex. *Cappelletti*, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, s. 23. Se även Lindblom, *Progressiv process*, s. 24–25.

⁶³ Se KB 2003:3, s. 68. Se även *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 85.

2.2.5 Den rättsskapande funktionen

En ytterligare funktion som fått allt större betydelse är vad man brukar kalla den rättsskapande funktionen.⁶⁴ Med detta avses att domstolarna genom rättsskipningen skapar nya rättsregler.⁶⁵ Detta sker i första hand genom prejudikatsbildning.⁶⁶ Som ovan nämnts har domstolarnas uppgift på denna punkt ökat och rättspraxis betydelse som rättskälla har ökat även den. Att den rättsskapande funktionen således ökat i betydelse sammanhänger med samhällsutvecklingen och den accelererade lagstiftningstakten och verkar vara en internationell trend.

Precis som i fråga om kontrollfunktionen kan även den rättsskapande funktionen förefalla problematisk med tanke på läran om maktens tredelning.⁶⁷ Man torde dock kunna konstatera att lagstiftaren trots en strikt tillämpning av tredelningsläran alltid i viss mån överlåtit en del av normgivningsmakten på domstolarna genom att använda vaga termer i lagtexten och på detta sätt lämna vissa frågor öppna för domarens fria avgörande i fall där dessa bara kan avgöras korrekt i det konkreta fallet.⁶⁸

2.2.6 Funktionernas interaktion?

I den rättsvetenskapliga diskussionen är det främst den konfliktlösande och den handlingsdirigerande funktionen som ställts mot varandra.⁶⁹ Diskussionen har tidvis uppfattats som mycket polariserad och har fått nästan slagordsmässig karaktär.⁷⁰ De två funktionerna har ansetts utgöra varandras motpoler och vara oförenliga. Man har även gjort försök att binda handlingsdirigeringen respek-

⁶⁴ Se t.ex. *Lindblom*, *Progressiv process*, s. 66–73 och samma, *Grupptalan*, s. 460–465. Se även *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 79–80 och *Virolainen* i *Prosessioikeus*, s. 67–68.

⁶⁵ Gällande domstolarnas rättsskapande verksamhet i allmänhet, se *Eckhoff*, *Rettskildelære*, s. 164–183.

⁶⁶ Se *Lindell*, *Partsautonomins gränser*, s. 85. Lindell framför i samma verk mera allmänna synpunkter på prejudikatsintresset, se s. 100–103.

⁶⁷ För kritik av tredelningsläran i förhållande till den rättsskapande funktionen, se *Lindblom*, *Progressiv process*, s. 66–67.

⁶⁸ Civilprocessens rättsskapande funktion har emellertid kritiserats för att den inte bara förminskar förutsebarheten utan också leder till ett kringgående av förbudet mot retroaktiv lagstiftning. Den kan därmed karakteriseras som ett hot mot rättsäkerheten. Se *Lindblom*, *Progressiv process*, s. 70.

⁶⁹ Förutom uttrycken handlingsdirigering kontra konfliktlösning har även begreppsparen sanktionsteori kontra rättvisepincipen (*Ekelöf*, SvJT 1988, s. 23) och processens preventiva kontra reparativa funktion (*Lindblom*, *Grupptalan*, s. 446–460) använts.

⁷⁰ De diskurser som redogjorts för ovan härrör främst från den nordiska doktrinen. Samma frågeställning har emellertid uppmärksamats också på annat håll, t.ex. i USA, där man talar om "the behaviour modification model" och "the conflict resolution model". Se *Lindblom*, *Grupptalan*, s. 437–440 och samma, *Studier i processrätt*, s. 120.

tive konfliktlösningen till huruvida ett mål är dispositivt eller indispositivt. Det har anförts att lagstiftaren indikerat att samhällelig inblandning är av nöden enbart i indispositiva mål medan partsautonomin och dispositionsprincipen bör vara förhärskande i dispositiva mål och att civilprocessens funktion i indispositiva mål därför borde vara handlingsdirigerande medan i dispositiva mål konfliktlösande. Det har emellertid även konstaterats att en sådan gränsdragning är svår att genomföra i praktiken, eftersom det inte alltid är klart om ett mål är dispositivt eller indispositivt och eftersom det även i dispositiva mål finns ett visst samhällsintresse.⁷¹

Den handlingsdirigerande funktionen har t.ex. kritiserats för att lägga så stor vikt vid att ge värderingar om vad som anses vara bra för samhället genomslag att rättsskipningen ses endast som ett samhällspolitiskt styrinstrument där lösningen av den enskilda tvisten får ge vika för samhällsnyttohänsyn.⁷² Funktionen har också kritiserats för att i för stor utsträckning framhäva utilitaristiska mål men knappast ge processens värderingar någon betydelse.⁷³ Den konfliktlösande funktionen, i sin tur, har kritiserats för att inte beakta det faktum att det i all rättsskipning finns ett visst mått av samhälleligt intresse.⁷⁴

En närmare granskning av den handlingsdirigerande och den konfliktlösande funktionen ger emellertid vid handen att funktionerna kanske inte alls förhåller sig så antagonistiskt till varandra. Tvärtom verkar funktionerna vara olika sidor av samma mynt.⁷⁵ Båda funktionerna har som mål att trygga genomslaget för ändamålen bakom de materiella rättsreglerna. Trots att funktionerna anlägger diametralt motsatt perspektiv på hur detta skall gå till (internt – externt, reparativt – preventivt, tillbakablickande – framåtblickande) har synpunkter allt oftare anförts om att funktionerna bör kunna kombineras.⁷⁶ I det moderna rättstänkan-

⁷¹ Se *Lindell*, Partsautonomins gränser, s. 87.

⁷² Se *Lindell*, Civilprocessen, s. 95–96. Handlingsdirigeringen har också kritiserats för att innebära ett för stort mått av samhällelig inblandning i rättsskipningen. För allmän kritik av den handlingsdirigerande funktionen, se *Lindell*, Civilprocessen, s. 79–99 och 276. Se även samma, Partsautonomins gränser, s. 86–95. *Lindell* påpekar även att handlingsdirigeringen som regel inte är av relevans för parterna och deras intressen. Se samma, Civilprocessen, s. 272.

⁷³ Se *Leppänen*, Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta, s. 76.

⁷⁴ Så konstateras t.ex. öppet att det torde vara en allmän uppfattning att rättsskipningen inte finns till enbart för att lösa konflikter mellan medborgarna. Se *Lindell*, Partsautonomins gränser, s. 86.

⁷⁵ Gällande detta, se *Lindblom*, SvJT 2004, s. 241. *Lindblom* framhåller att modellerna inte är polära utan att de snarare förutsätter varandra och att det sker en interaktion eller korsbefruktning mellan de två.

⁷⁶ Se t.ex. *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 85–90 och samma i *Prosessioikeus*, s. 64–65. *Virolainen* talar om rättsskipningens dubbelfunktion och anför att handlingsdirigering och konfliktlösning inte utesluter utan kompletterar varandra. Se även *Leppänen*, Riita-asian valmistelusta todistusaineiston osalta, s. 37–38 och KB 2003:3, s. 70. För motsvarande tankar se *Lindblom*, Studier i processrätt, s. 58–60 och (gällande USA) s. 87 samt samma, Progressiv process, s. 52–53. Det har även framförts att civilprocessens funktion kan variera beroende på rättsinstans och att det kan vara skäl att göra skillnad mellan enkla och svåra fall. Se *Lindell*, Civilprocessen, s. 94–95. Det

det ligger det nära till hands att se civilprocessens funktion som en spänning mellan olika principer och strömningar snarare än som en statisk konstruktion.⁷⁷

2.3 SAMHÄLLSUTVECKLINGEN OCH CIVILPROCESSENS FUNKTION

Man kan med fog fråga sig om diskurserna om civilprocessens funktion över huvudtaget har någon plats i det senmoderna samhället. Den samhällstrend som jag ovan beskrivit under rubriken de stora berättelsernas död och som innefattar element av fragmentarisering och individualisering talar i sig emot att tillskriva civilprocessen någon övergripande, allmän funktion. Att man i det senmoderna samhället emellertid inte kan bortse från civilprocessens funktion sammanhänger paradoxalt nog med vissa av dragen i samhällsutvecklingen.⁷⁸

Då man granskar diskurserna om civilprocessens funktion utgående från trenderna i samhällsutvecklingen kan man konstatera att handlingsdirigeringsdiskursen förefaller vara passé. Att tillskriva civilprocessen en handlingsdirigerande funktion rimmar illa med de stora berättelsernas död och den nyliberalisering och individualisering som denna utveckling medfört. Tanken på något sådant som rättsskipningens allmänna moralbildande verkan förefaller också mycket främmande – tron på auktoriteter har ju fått sig en allvarlig törn i det senmoderna samhället. Även välfärdsstatens utmaningar och den privatiseringsvåg som detta medfört gör att det finns fog för att starkt ifrågasätta civilprocessens handlingsdirigerande funktion – åtminstone som allenarådande och som ett självändamål.

Om man ser till trenderna i samhällsutvecklingen talar dessa i stället för att se civilprocessens funktion som rent konfliktlösande.⁷⁹ Rättsskipningen är då en

har också anförts att den betydelse en viss funktion ges kan variera beroende på perspektiv. En viss funktion kan betonas särskilt på ett visst plan medan den kan sakna betydelse på ett annat. Detta gäller t.ex. den handlingsdirigerande funktionen, om vilken det anförts att den snarast kunde beaktas i lagstiftningsskedet. Se *Leppänen*, Riita-asian valmistelusta todistusaineiston osalta, s. 39. Se även *Lappalainen*, Siviiliprosessioikeus I, s. 6–7.

⁷⁷ Frågan är om inte samma synsätt också rätt i de flesta av diskussionsinläggen om civilprocessens funktion: att det som uppfattats som en stark forskansning i det ena eller andra läget (konfliktlösning/handlingsdirigering) i själva verket varit en fråga om vilken vikt man velat fästa vid den ena eller andra verksamheten. För dylika tankar, se *Lindblom*, Progressiv process, s. 53–54.

⁷⁸ De olika diskurserna om civilprocessens funktion har också tidigare knutits till samhällsutvecklingen på ett makroplan. Se t.ex. *Leppänen*, Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta, s. 37. Leppänen konstaterar att rättsskyddsfunktionen återspeglar en samhällssyn där rättsstatens betydelse poängteras, den handlingsdirigerande funktionen en välfärdsstatlig samhällssyn och den konfliktlösande funktionen en nyliberalistisk samhällssyn.

⁷⁹ Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 87. Ervasti konstaterar att tanken på domstolarna som konfliktlösare passar bättre samman med uppfattningen om demonteringen av väl-

konfliktlösningsservice som samhället består parterna med och som fokuserar på parternas behov och deras vilja i stället för på mål som ligger utanför parternas direkta intressesfär. Detta synsätt understöds givetvis också av den starka fokuseringen på alternativ tvistlösning i det senmoderna samhället: den alternativa tvistlösningens huvudsakliga uppgift anses vara konfliktlösning. På denna punkt är det skäl att återknyta till den diskussion om s.k. terapeutisk juridik (*therapeutic jurisprudence*) som förts bl.a. i Sverige. Terapeutisk juridik bygger på uppfattningen att domstolarnas uppgift är att lösa konflikter utgående från kunskap om vilka sociala eller psykiska effekter konflikten medför för de inblandade. Anhängarna av terapeutisk juridik förespråkar ofta användning av alternativ tvistlösning samtidigt som civilprocessens handlingsdirigerande funktion förefaller komma i bakgrunden.⁸⁰

Synen på civilprocessens funktion som antingen konfliktlösande eller handlingsdirigerande eller som en kombination av de båda ovannämnda kan emellertid även ifrågasättas i det senmoderna samhället. En av den senmoderna rättsskipningens största drivfjädrar är kostnadseffektiviteten: det får inte kosta för mycket att skipa rättvisa. Det har anförts att rättsskipningen till följd av detta har insnävats för att åstadkomma en effektiv process. Utgående från denna utveckling kan man framhålla att civilprocessens funktion i stället för konfliktlösning eller handlingsdirigering borde vara marknadsanpassning, vilket skulle passa bättre samman med tidsandan.⁸¹ Marknadsanpassningen av rättsskipningen öppnar emellertid också dörren för den alternativa tvistlösningen, vilken ses som ett snabbare och billigare alternativ till rättsskipningen. Här rör det sig givetvis om samma privatiseringsdiskussion som förts ovan i avsnittet om välfärdssamhällets utmaningar. För rättsskipningens del dras parallellen av Lindell, som konstaterar att man i andra sektorer inom samhället såsom äldreomsorg, sjukvård och skola kan skönja motsvarande utveckling där samhället inte längre förmår trygga tillgången på service på en nivå som är tillfredsställande och att det därför uppkommer privata alternativ till de statliga tjänsterna.⁸²

färdsstaten och övergången till det senmoderna samhället än tanken på domstolarna som styrmekanism i samhället.

⁸⁰ Se Lindblom, SvJT 2004, s. 256–258.

⁸¹ Se Lindell, Alternativ tvistlösning, s. 243–244. Motsvarande tankegångar har för ansvarsrättens del framförts av Wilhelmsson. Se Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt, s. 29–65. Lindell framför dock även själv kritik mot resonemanget genom att konstatera att rättsskipningen givetvis alltid i viss mening varit marknadsanpassad.

⁸² Se Lindell, Alternativ tvistlösning, s. 245–246.

2.4 CIVILPROCESSENS FUNKTION – PASSÉ ELLER AKTUELLARE ÄN NÅGONSIN?

Mot bakgrunden av samhällsutvecklingen kan man fråga sig om det alls finns utrymme för en diskussion om civilprocessens allmänna samhällsfunktion i det senmoderna samhället.⁸³ Man kunde hävda att det är totalt passé att tillskriva civilprocessen någon allmän funktion i ett samhälle som präglas av en utbredd misstro mot sådana övergripande penseldrag.

Att hävda att diskussionen om civilprocessens allmänna samhällsfunktion på denna grund vore passé vore emellertid enligt mitt förmenande förhastat. Samhällsutvecklingen pekar nämligen inte entydigt i denna riktning. Här kan särskilt nämnas det starka förrättsligandet, vilket har som följd att regleringen ökar men att den paradoxalt nog också blir mera oprecis. De normer som spottas ut med ökande hastighet är ofta vagt utformade, elastiska och flexibla och lämnar därför stort utrymme för tolkning. Detta innebär givetvis att de faktorer som påverkar tolkningen – bl.a. den enskilde domarens värden och värderingar – får ökad betydelse. Då den vaga normgivningen samtidigt innebär en maktförskjutning i riktning mot domstolarna förstärks betydelsen av den enskilde domarens värden och värderingar ytterligare i den senmoderna rättstillämpningen. Eftersom universella värden och värderingar saknas måste betraktaren själv välja vilka värden och värderingar han eller hon vill lägga till grund för sin tolkning.⁸⁴

Den enskilde domarens värden och värderingar kommer därmed att spela en stor roll i den senmoderna rättstillämpningen. Dessa värden och värderingar kan uttryckas just genom abstraktioner som civilprocessens funktion.⁸⁵

⁸³ Diskurserna om civilprocessens funktion har bl.a. kritiserats för att det inte klart framgår vad som avses med begreppet. Se t.ex. *Leppänen*, Riita-asian valmistelusta todistusaineiston osalta, s. 32–33. Leppänen anför att man med civilprocessens funktion verkar hänvisa till något slag av ideologisk metateori om civilprocessens uppgifter och inte till vilka empiriskt synliga funktioner processen i verkligheten har. För kritik av funktionsdiskurserna, se även *Lindell*, Civilprocessen, s. 82. Lindell konstaterar att diskussionen om totalfunktionen av rättsskipningen som institution i samhället försvårar såväl en beskrivning som analys av vad det är fråga om och gör det besvärligt att åstadkomma enighet om vilken den viktigaste funktionen är. Se även *Lindell*, Partsautonomins gränser, s. 86.

⁸⁴ Gällande diskurserna om civilprocessens funktion som tolkningshjälp, se *Norrgård*, JFT 2001, s. 140. Norrgård åskådliggör diskursernas betydelse som tolkningshjälp genom att utkristallisera principer, med hjälp av vilka han anser att funktionerna kan analyseras. Vilken praktisk betydelse Norrgårds ställningstagande kan tillmätas kan ifrågasättas, eftersom resonemanget företas på en relativt abstrakt nivå.

⁸⁵ Gällande detta, se t.ex. *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 87. Virolainen nämner som exempel inställningen till domarens förlikningsverksamhet, materiell processledning, möjligheterna att tillgodogöra sig sakkunskap i rättegången, ersättning av rättegångskostnader och prejudikatens bindande verkan. Se även *Lindblom*, Progressiv process, s. 57. Lindblom anför som exempel att en person som anser att civilprocessens funktion i första hand är handlingsdirigering sannolikt kommer att inta andra ståndpunkter till frågor som t.ex. betydelsen av en materiellt riktig dom, bevisbörda

Man kan därför hävda att diskurserna om civilprocessens funktion inte alls är passé i det senmoderna samhället utan att de tvärtom är mycket aktuella.

och beviskrav, materiell processledning, rättens förlikningsverksamhet, *iura novit curia*, fullföljdsrätt, talerätt, intervention m.m. än en person som ser konfliktlösning som civilprocessens primära funktion.

3 Alternativ tvistlösning: rättsskipningens alternativ

3.1 ALLMÄNT

Utvecklingen i det senmoderna samhället har inte enbart lett till att rättsskipningens betydelse ökat utan även till ett allt större tryck mot att hitta alternativ till rättsskipningen.⁸⁶ Som ovan nämnts sammanhänger detta såväl med den ökade privatiseringen som med förrättsligandet, vilka ökat behovet av alternativ för att trygga tillgången till rättsskydd. Det ökade intresset för alternativ tvistlösning hänger också samman med den ökade individualiseringen: allt färre människor är beredda att acceptera avgöranden som dikteras av andra utan vill själva kunna påverka utgången.⁸⁷ Samma trend åskådliggörs också i viljan att kunna utforma tvistlösningsmetoder enligt den enskilda individens behov, vilket utgör ett exempel på s.k. smörgåsbordstänkande.

Ur denna frågeställning har den alternativa tvistlösningen sprungit fram. Syftet med alternativ tvistlösning är att lösa en befintlig tvist. Till skillnad från vid rättsskipningen har alternativ tvistlösning inte alltid en anknytning till de materiell-rättsliga normerna – den alternativa tvistlösningen strävar inte nödvändigtvis efter att fastställa vad som är normenligt respektive normvidrigt beteende.⁸⁸

Någon allmänt vedertagen definition på vad alternativ tvistlösning är existerar inte. Som nämnts ovan i avsnittet om begrepp medför detta lätt en viss begreppsförbistring och det kan tidvis vara svårt att tillgodogöra sig litteratur på området eftersom den ena talar om gårdsgård och den andra om prästgård.⁸⁹ Det råder heller ingen konsensus om vilka tvistlösningsmetoder som skall räknas som alternativ tvistlösning.⁹⁰ Jag har valt att i avhandlingen använda en vid de-

⁸⁶ En del av kritiken mot rättsskipningen har gällt att den inte lämpar sig för lösning av alla slags tvister. Det har anförts att en av de centralaste frågorna när det gäller modern tvistlösning är att hitta rätt tvistlösningsmetod för varje tvist. Gällande denna diskussion, se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 77.

⁸⁷ Gällande detta, se *Vindeløv* i *Retlig polycentri*, s. 147.

⁸⁸ Den alternativa tvistlösningens frammarsch har givetvis lett till frågor gällande rättsskipningens framtid och huruvida den alternativa tvistlösningen utgör ett hot mot rättsskipningen. För diskussion gällande detta, se *Lindblom*, *Progressiv process*, s. 30. Lindblom konstaterar på annat håll att den alternativa tvistlösningen trots allt inte torde utgöra något hot mot rättsskipningen. Se samma, *Studier i processrätt*, s. 89–99.

⁸⁹ Se t.ex. *Ervasti*, *Käräjaoikeuksien sovintomenettely*, s. 110.

⁹⁰ Försök har gjorts att systematisera olika tvistlösningsmetoder. Ett exempel på detta är att skilja mellan tre grundformer: auktoritativ, kompromissökande och integrativ. Se *Vindeløv*, *Konflikt, tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling*, s. 448. Vindeløv använder genomgående begreppet konfliktlösning.

inition av begreppet alternativ tvistlösning och avser därmed sådan tvistlösning som inte sker inom ramen för domstolarnas verksamhet i syfte att uppnå en dom. Definitionen på alternativ tvistlösning omfattar således också tvistlösningsmetoder som är hybrider av alternativ tvistlösning och rättsskipning, t.ex. domstolsanknuten medling.

3.2 DEN ALTERNATIVA TVISTLÖSNINGENS FUNKTION

Som ovan nämnts går åsikterna i sär om vilken som är rättsskipningens – civilprocessens – funktion. De flesta verkar vara eniga om att rättsskipningen skall förverkliga de värderingar som ligger till grund för den materiella rätten. Hur detta i praktiken skall ske råder det dock stor oenighet om.

Några motsvarande svårigheter uppkommer inte då man diskuterar den alternativa tvistlösningens funktion. Den alternativa tvistlösningen bygger ofta på frivillighet och flexibilitet, varför den uppgörelse som nås i förfarandet inte nödvändigtvis behöver bygga på materiell rätt. Så är fallet också i skiljeförfarandet, där huvudregeln visserligen är att tvisten avgörs i enlighet med materiell rätt, men där parterna har möjlighet att avtala om att skiljemännen skall avgöra målet utgående från vad som är skäligt. Eftersom den uppgörelse som nås i alternativ tvistlösning inte alltid bygger på materiell rätt vore det ohållbart att tilldela den alternativa tvistlösningen en funktion som skulle motsvara rättskyddsfunktionen, den handlingsdirigerande funktionen eller kontrollfunktionen: samtliga dessa utgår från den materiella rätten som ledstjärna.⁹¹

Till den del den alternativa tvistlösningen saknar anknytning till materiell rätt måste dess funktion ses som renodlat konfliktlösande, dock i en något annan betydelse än i fråga om rättsskipningen. Där rättsskipningens konfliktlösande funktion betecknas som reparativ – att den bör återställa kändanden i det läge han eller hon tidigare var – kan man inte i den alternativa tvistlösningens konfliktlösande funktion nödvändigtvis läsa in något reparativt element. Alternativ tvistlösning som saknar anknytning till materiell rätt har inte som mål att försätta den ena parten i samma position som tidigare utan att helt enkelt sätta punkt för den tvist som råder mellan parterna. Då så sker spelar det en mycket liten roll hur reparativ uppgörelsen är så länge parterna är nöjda med den. Man kunde kanske därför säga att den alternativa tvistlösningen har en konfliktlösande men inte reparativ funktion. På denna punkt är skiljeförfarandet som en

⁹¹ Den alternativa tvistlösningen har tidvis kritiserats just för att minska det offentliga deltagande i tvistlösning och därigenom hämma tillkomsten av regler och prejudikat. Detta medför att en uppgörelse i godo leder till en *"erosion of the public realm"*. Se t.ex. Menkel-Meadow i Mediation. Theory, Policy and Practice, s. 43.

alternativ metod för tvistlösning givetvis i en särställning. Eftersom skiljeförfarandet utmynnar i en skiljedom som oftast baserar sig på materiell rätt kan förfarandet anses ha en reparativ funktion.

3.3 DEN ALTERNATIVA TVISTLÖSNINGENS FÖRDELAR

Eftersom begreppet alternativ tvistlösning som ovan nämnts används i många olika bemärkelser bör en presentation av den alternativa tvistlösningens fördelar alltid utgå från respektive definition av alternativ tvistlösning.⁹² Vilka fördelar man anser att den alternativa tvistlösningen har sammanhänger därmed med vilka tvistlösningsmetoder man anser att omfattas av begreppet alternativ tvistlösning. Det säger också sig självt att fördelarna varierar mellan olika tvistlösningsmetoder. Fördelarna vid medling är således inte nödvändigtvis desamma som vid skiljeförfarande eller domarens förlikningsverksamhet, trots att samtliga dessa kan anses vara tvistlösningsmetoder som hör till den alternativa tvistlösningen i vid bemärkelse.

Många framställningar av den alternativa tvistlösningens fördelar baserar sig på en jämförelse mellan alternativ tvistlösning och rättsskipning, vilket accentuerar metodernas alternativitet just i förhållande till rättsskipningen.⁹³ Vid sådana framställningar anses den alternativa tvistlösningen generellt ha flera fördelar än nackdelar jämfört med en dom.⁹⁴ Sådana beskrivningar baserar sig emellertid ofta på dikotomier där rättsskipningen framställs som rigid och formell och den alternativa tvistlösningen som frivillig och flexibel. Dikotomiska beskrivningar av den alternativa tvistlösningens fördelar kan dock kritiseras för att framställa rättsskipningen i en omotiverat dålig dager. En realistisk framställning av den alternativa tvistlösningens fördelar bör således basera sig på en balanserad syn på såväl alternativ tvistlösning som rättsskipning.⁹⁵ Det gäller

⁹² Många förtjänstfulla försök har gjorts att beskriva den alternativa tvistlösningens för- och nackdelar på ett uttömmande sätt. En ytterligare sådan framställning vore inte ändamålsenlig, varför jag har valt att i avhandlingen endast behandla frågan kursoriskt. För en mera ingående beskrivning, se t.ex. *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 134–147, samma, LM 2000, s. 1251–1259 och samma, DL 1999, s. 652–654. Se även *Lindblom*, Studier i processrätt, s. 99–107.

⁹³ Se t.ex. *Vindeløv*, Konflikt, tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling, s. 149–153. *Vindeløv* jämför dom, förlikning vid domstol och medling med varandra. Se även *Vindeløv*, Konfliktmægling, s. 272–273. Den alternativa tvistlösningens fördelar kan systematiseras på olika sätt. *Ervasti* har t.ex. systematiserat den alternativa tvistlösningens, främst medlingens, fördelar ur teknokratisk, social och terapeutisk synvinkel. Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 113–114 och 136–137.

⁹⁴ Se t.ex. *Lagus*, LM 1998, s. 595–601, *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 69–70 och *Norman*, Medling, s. 68. Se även *Ervasti*, LM 2000, s. 1249–1252.

⁹⁵ För kritik av dikotomiska jämförelser, se *Ervasti*, LM 2000, s. 1249–1252 och samma, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 134–139. Se även *Wolf*, ZZP 1976, s. 266. Wolf kommenterar

givetvis även att hålla i minnet att betydelsen av de enskilda fördelarna varierar bl.a. beroende på parternas ställning och vilken typ av tvist det rör sig om. Den alternativa tvistlösningens fördelar torde därför kunna granskas på ett adekvat sätt endast i förhållande till ett enskilt mål, inte på ett generellt plan.

I jämförelse med rättsskipningen är den alternativa tvistlösningen frivillig i så måtto att den baserar sig på avtal mellan parterna. Frivillighet i någon form kan sägas vara karakteristisk för lejonparten av alternativa metoder för tvistlösning och den alternativa tvistlösningens grundtanke framhålls ofta vara att ingen kan tvingas till dylika förfaranden. Frivilligheten innebär ofta också att någongdera parten när som helst ensidigt kan avsluta förfarandet utan att detta får menliga följder för honom eller henne. På denna punkt skiljer sig den alternativa tvistlösningen från rättsskipningen. Rättsskipningen är en tvångsordning och handläggningen av ett mål i rättsskipning baserar sig inte på ett avtal mellan parterna utan snarare på den ena partens rätt att få tvisten avgjord. Parternas möjligheter att ensidigt utan sanktioner dra sig ur ett mål som handläggs inför domstol är också ytterst begränsade.

Frivilligheten tar sig emellertid olika uttryck i olika alternativa metoder för tvistlösning. Medling är t.ex. genomgående frivillig medan skiljeförfarande enbart är frivilligt såtillvida att parterna själva kan välja om de vill ingå ett skiljeavtal eller inte, medan någon frivillighet inte längre existerar då ett skiljeavtal väl ingåtts: om så är fallet kan parterna tvingas underkasta sig en skiljedom i målet. Medling kan också avslutas närhelst parterna vill, medan ett skiljeförfarande inte ensidigt kan avslutas utan sanktioner då det väl påbörjats.

Den alternativa tvistlösningen framhålls ofta också vara flexibel i betydelsen att förfarandet kan utformas enligt parternas behov i det enskilda fallet. Parterna kan ofta påverka vem som skall lösa tvisten samt hur förfarandet skall utformas i praktiken. Flexibiliteten medför ofta också att tvisten kan lösas i rask takt.⁹⁶ Den alternativa tvistlösningens flexibilitet avspeglas också i det faktum att tvistlösningsmetoderna sällan är starkt reglerade. I den mån det finns normer som reglerar förfarandena är dessa ofta elastiska och lämnar därmed rum för flexibilitet i enlighet med parternas vilja. Just ett minimum av reglering framhålls ofta som en av den alternativa tvistlösningens största fördelar.⁹⁷ På denna punkt skiljer sig den alternativa tvistlösningen från rättsskipningen som trots viss flexibilitet är starkt reglerad.

terar: *"Dabei ist sicher nicht zu leugnen, dass Urteile nicht immer das Recht vollkommen verwirklichen. Aber ebensowenig führen Vergleiche immer zu einer besseren sozialen Befriedung."*

⁹⁶ Se t.ex. *Ervasti*, Kärjäoikeuksien sovintomenettely, s. 136. Det har emellertid framhållits att denna fördel är av relevans endast om rättsskipning är utesluten. Se *Lindblom*, Studier i processrätt, s. 102.

⁹⁷ Se *Lindell*, Civilprocessen, s. 688. Lindell konstaterar uttryckligen att "en styrka hos ADR är enligt min mening ett minimum av reglering eftersom parternas handlingsfrihet därigenom inte beskärs."

Frivilligheten och flexibiliteten medför också i många förfaranden en möjlighet att utarbeta en lösning som motsvarar parternas intressen. Parterna kan således själva styra utgången och bestämma innehållet i en eventuell uppgörelse så att det motsvarar deras behov och förväntningar. Detta anses tidvis göra det möjligt att behandla tvisten ur ett mera helhetsmässigt perspektiv än vid rättsskipning. Tvisten kan också lösas på ett mera innovativt sätt än vad som vore möjligt i en dom, t.ex. genom att inkludera en tredje person i uppgörelsen eller genom att inkludera sådana element i uppgörelsen som inte varit föremål för tvisten. Även på denna punkt avviker den alternativa tvistlösningen från rättsskipningen, där domen utformas enligt parternas yrkanden, utgången ofta är förknippad med viss osäkerhet och resultatet bestäms av en utomstående, inte av parterna själva. På denna punkt intar skiljeförfarandet givetvis en särställning, eftersom parterna här inte kan styra utgången och bestämma innehållet i skiljedomen. Tvärtom underkastar sig parterna skiljedomen. På denna punkt påminner skiljeförfarandet således snarare om rättsskipningen.

Den alternativa tvistlösningen är ofta också icke-offentlig. Detta gäller särskilt förfaranden som saknar anknytning till rättsskipningen, t.ex. medling och skiljeförfarande. Vid förfaranden som är anknutna till rättsskipningen, t.ex. domarens förlikningsverksamhet, är icke-offentlighet inte en lika självskriven utgångspunkt. Det faktum att ett förfarande är icke-offentligt kan vara av stor praktisk betydelse för parterna. Det ger t.ex. möjlighet att behandla känsliga frågor som parterna är måna om att inte skall bli offentliga.⁹⁸ Genom ett icke-offentligt förfarande undviker man den publicitet som kan uppkomma i samband med en rättegång och som kan vara skadlig för parternas fortsatta verksamhet. Även i fråga om offentlighet skiljer sig den alternativa tvistlösningen alltså avsevärt från rättsskipningen, som i regel är offentlig.

Något som ytterligare brukar framhållas som en fördel med alternativ tvistlösning är att kostnaderna för förfarandet ofta kan hållas relativt låga, vilket sammanhänger med att tvisten kan lösas i rask takt.⁹⁹ Vid t.ex. medling uppkommer enbart kostnader för förberedelse och ett arvode till medlaren. Jämfört med rättsskipningen spar parterna i dylika fall såväl sina egna som motpartens rättegångskostnader. Särskilt i förhållande till motpartens rättegångskostnader kan detta vara av betydelse. I en dom åläggs den förlorande parten som huvudregel att ersätta den vinnande partens skäliga rättegångskostnader. Eftersom rättsskyddsförsäkringen inte täcker motpartens rättegångskostnader riskerar en part alltså att själv få stå för motpartens rättegångskostnader om parten förlorar

⁹⁸ I tvister där tvisteföremålet är ömtåligt och där publicitet kunde förorsaka skada kan det faktum att förfarandet är icke-offentligt vara av avgörande betydelse för att tvisten alls skall bli löst. Se t.ex. *Vindeløv*, *Konflikt*, *tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling*, s. 139 och *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 281–282.

⁹⁹ Se t.ex. *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 136.

målet.¹⁰⁰ I andra förfaranden, t.ex. skiljeförfarande, uppkommer även rättegångskostnader men helhetskostnaderna kan eventuellt trots detta hållas nere eftersom förfarandet i bästa fall kan genomföras relativt snabbt. Vid skiljeförfarande avgörs en tvist slutgiltigt och någon möjlighet att överklaga skiljedomen finns inte, vilket innebär att kostnader uppkommer endast i en instans. Huruvida skiljeförfarandet emellertid verkligen utgör ett kostnadseffektivt alternativ varierar från fall till fall: skiljemännens tidvis höga arvoden samt det faktum att det på grund av parternas och skiljemännens tidtabeller kan vara svårt att genomföra förfarandet snabbt gör att denna fördel eventuellt inte i praktiken är så stor som det först kan förefalla.

Den alternativa tvistlösningen anses ha fördelar också på det psykologiska planet. Detta gäller särskilt förfaranden där man eftersträvar en uppgörelse i godo, t.ex. medling och domarens förlikningsverksamhet. Om tvisten löses i godo finns det varken vinnare eller förlorare.¹⁰¹ Genom att direkt kommunicera med varandra löser parterna tvisten på ett mera tillfredsställande sätt än domaren kan genom att avkunna en dom i målet.¹⁰² Detta medför att parterna lättare kan fortsätta att samarbeta efter tvisten. Det brukar också framhållas att parterna vid alternativ tvistlösning eventuellt bättre kan ge utlopp för sina känslor än vid rättsskipningen och på detta sätt processa den konflikt som råder dem emellan. Med detta sammanhänger givetvis också att den alternativa tvistlösningen inte nödvändigtvis varit förgäves även om ingen uppgörelse nås. Parterna har under förfarandet kunnat bilda sig en klarare uppfattning om sin egen och motpartens ställning, vilket kan vara till nytta i en eventuell framtida rättegång. En uppgörelse i godo innebär också att parterna inte längre behöver befatta sig med tvisten, vilket upplevs som positivt eftersom en anhängig tvist ofta är förknippad med ett visst mått av obehag. Även på denna punkt skiljer sig skiljeförfarandet från de alternativa metoder för tvistlösning som resulterar i en uppgörelse i godo. Eftersom skiljeförfarandet, precis som rättsskipningen, resulterar i ett avgörande som fattas av en utomstående kan ovannämnda psykologiska fördelar inte tillskrivas skiljeförfarandet.

¹⁰⁰ Gällande detta, se *Arponen*, Oikeus 1999, s. 292 och *Haavisto* i *Sovittelu ja muut vaihtoehdot* i konfliktinratkaisumenetelmät, s. 97. Se även *Brolin – Widebeck*, SvJT 1990, s. 591 och *Brolin m.fl.*, Tvistemålsprocessen I, s. 106–107.

¹⁰¹ Se t.ex. *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 137–138.

¹⁰² Just den direkta kommunikation som alternativ tvistlösning ofta medför har betonats som en av medlingens främsta fördelar. Man har till och med på denna punkt dragit paralleller mellan medlingsteori och Habermas *Theorie des kommunikativen Handelns* och *Ideale Sprechsituation*. Se *Menkel-Meadow* i *Mediation. Theory, Policy and Practice*, s. xxx.

3.4 DEN ALTERNATIVA TVISTLÖSNINGENS NACKDELAR

Den alternativa tvistlösningen har även mött kritik.¹⁰³ Precis som den alternativa tvistlösningens fördelar framställs också dess nackdelar i allmänhet i förhållande till rättsskipningen. Alternativ tvistlösning kritiseras tidvis för att tillhandahålla enbart andra klassens rättvisa jämfört med rättsskipning.¹⁰⁴ Denna kritik bygger på en uppfattning om att rättsskipningen är att föredra eftersom denna resulterar i ett verkställbart avgörande på basis av en prövning av parternas rättigheter och skyldigheter utgående från materiell rätt. I förfaranden som resulterar i en uppgörelse i godo uppkommer i regel inget verkställbart avgörande, utan uppgörelsen är i bästa fall ett avtal mellan parterna, vilket självfallet är bindande *inter partes* men som inte kan verkställas. Den alternativa tvistlösningen uppfattas då ofta som ett sämre alternativ eftersom man befärar att rättskyddet och de lika processuella möjligheterna äventyras, särskilt i informella förfaranden som inte styrs av normativa regler.¹⁰⁵

Denna kritik kan dock inte riktas mot skiljeförfarandet, eftersom detta inte resulterar i en uppgörelse i godo utan i ett verkställbart avgörande. För att råda bot på den ifrågavarande bristen har man till vissa tvistlösningsmetoder knutit en möjlighet att stadfästa uppgörelsen. Så är fallet t.ex. vid domarens förlikningsverksamhet. Den ovannämnda problematiken aktualiseras således främst i förfaranden som resulterar i en uppgörelse men där det saknas möjligheter att stadfästa densamma: uppgörelsen kan inte verkställas utan att den först fastställs genom dom i en rättegång. Denna problematik har uppmärksammats bl.a. i Stockholms handelskammars medlingsinstituts medlingsregler. Reglerna innehåller i 12 § ett stadgande om att parterna i samband med att de ingår ett avtal som slår fast resultatet av medlingen kan komma överens om att utse medlaren till skiljeman (med medlarens samtycke) och begära att denne skall fastställa avtalet genom skiljedom. Lösningen är innovativ: i allmänhet ingås först skiljeavtal, därefter löses tvisten i skiljeförfarande och till sist avkunnas skiljedom. I detta fall är det tvärtom: parterna kommer först fram till en lösning på tvisten och sluter först därefter skiljeavtalet. Skiljemannens uppgift blir inte alls att lösa tvisten utan bara att fastställa slutresultatet. Eftersom en skiljedom till

¹⁰³ Ett av de mest fundamentala kritiska inläggen om alternativ tvistlösning är Owen Fiss artikel *Against Settlement* från år 1984. Se Fiss, *The Yale Law Journal* Vol. 93 (1984), s. 1073–1090. Trots att över tjugo år gått sedan artikeln publicerades är den ännu aktuell som en sammanfattning av den alternativa tvistlösningens nackdelar. För en kommentar av Fiss kritik, se Lindell, *Alternativ tvistlösning*, s. 246–248.

¹⁰⁴ Se Boule, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 55. Boule nämner också att man ironiskt nog särskilt gällande medling har framfört samma argument men omvänt, nämligen att medling på grund av sin snabbhet och billighet erbjuder ett första klass alternativ till den andra klassens rättvisa som rättsskipningen erbjuder.

¹⁰⁵ Se *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenetely*, s. 139.

skillnad från ett avtal som resultat av medling är verkställbar elimineras därmed en av de negativa sidorna med medling.¹⁰⁶

En annan nackdel med sådana alternativa metoder för tvistlösning som bygger på frivillighet och flexibilitet är att frivilligheten och flexibiliteten kan få negativa konsekvenser i mål där parterna är olika starka. Alternativ tvistlösning anses nämligen öka möjligheterna för den starke att vinna på den svages bekostnad.¹⁰⁷ I alternativa förfaranden som saknar processuella regler och där uppgörelsen inte måste bygga på materiell rätt anses den svagare parten ofta vara betydligt mera utsatt än vid rättsskipning. Det är också möjligt att parten mer eller mindre tvingas till en lösning som han eller hon inte skulle vilja godkänna.¹⁰⁸ Den alternativa tvistlösningens frivillighet och flexibilitet medför också risker för missbruk, eftersom det är möjligt att en part utnyttjar förfarandet för att utröna motpartens argument och taktik i en kommande rättegång. På detta sätt kan den part som deltagit i förfarandet med goda avsikter försättas i en taktiskt sämre position.¹⁰⁹ Även på denna punkt intar skiljeförfarandet delvis en särställning. Eftersom förfarandet resulterar i en skiljedom uppkommer knappast någon möjlighet för den starkare att utnyttja den svagares position under förfarandets gång. Dock har den starkare givetvis vissa möjligheter att i praktiken tvinga den svagare att ingå ett skiljeavtal, vilket gör att den ifrågavarande kritiken i alla fall delvis kan tillämpas också på skiljeförfarandet.

Vidare anses alternativ tvistlösning bidra till att minska betydelsen av den offentliga makten och den enskildes rättigheter. Denna kritik hänger samman med vilken syn på civilprocessens funktion som företräds: om civilprocessens funktion i alla fall i viss utsträckning anses vara att förverkliga den materiella rätten eller de värderingar som ligger till grund för denna säger det sig självt att betydelsen av detta styrmedel avtar ju flera tvister som avgörs utanför rättsskipningen.¹¹⁰

3.5 ALTERNATIV TVISTLÖSNING OCH ACCESS TO JUSTICE

Diskussionen om *Access to Justice* kan inte förbigås vid en granskning av rättsskipningens alternativ.¹¹¹ Access to Justice är ett systematiserande samlingsbe-

¹⁰⁶ Se Lindell, Alternativ tvistlösning, s. 138–139.

¹⁰⁷ För kritik gällande detta, se särskilt Fiss, The Yale Law Journal Vol. 93 (1984), s. 1073–1090. Se även Lindell, Civilprocessen, s. 686.

¹⁰⁸ För kritik av denna typ, se Grillo i Mediation. Theory, Policy and Practice, 217–282, *Ervasti – Tala*, DL 1998, s. 319 och *Ervasti*, LM 2000, s. 1256.

¹⁰⁹ För en beskrivning av denna problematik, se Boule, Mediation: Principles, Process, Practice, s. 307.

¹¹⁰ För kritik gällande detta, se Lindblom, Studier i processrätt, s. 110–111. Se även *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 143–144.

¹¹¹ Access to Justice kan på svenska översättas med begreppet tillgång till rättsskydd. Se Lind-

grepp för en rad olika strävanden och initiativ att förbättra medborgarnas tillgång till rättsskydd.¹¹² Kungstanken är att det inte är tillräckligt att medborgarna har formella möjligheter att genomdriva sina rättigheter utan att dessa möjligheter också bör kunna förverkligas i praktiken. Man brukar särskilja tre s.k. vågor inom Access to Justice. I den första vågen koncentrerade man sig på ekonomiska hinder för tillgång till rättsskydd. I detta ingick att erbjuda rättsliga tjänster till mindre bemedlade, dvs. att t.ex. förbättra tillgången på rättshjälp. I den andra vågen låg fokus på att undanröja organisatoriska hinder. Syftet var då att förbättra splittrade intressegruppers, bl.a. konsumenters och miljöorganisationers, möjligheter att genomdriva sina rättigheter.¹¹³ Som ett exempel på åtgärder på detta område kan nämnas gruppitalan. I den tredje och sista vågen koncentrerade man sig på processuella hinder och började överväga olika alternativ till befintliga tvistlösningsmetoder.¹¹⁴

Den alternativa tvistlösningen sågs inom den tredje vågen som ett centralt sätt att förbättra tillgången till rättsskydd.¹¹⁵ Alternativ tvistlösning anses väsentligen kunna förbättra medborgarnas tillgång till rättsskydd eftersom de fördelar som presenterats ovan medför att den alternativa tvistlösningen oftast är ett snabbt och relativt billigt sätt att lösa en tvist.¹¹⁶ Även förfarandenas flexibilitet och informalitet överensstämmer med de ideal som uppställs för optimal tillgång till rättsskydd. En stor del av den alternativa tvistlösningens teoretiska grunder har utvecklats just utgående från ett Access to Justice -perspektiv.¹¹⁷

blom, Gruppitalan, s. 3. Jfr dock *Ekelöf*, SvJT 1981, s. 109, som talar om tillgång till rättsskipning.

¹¹² Gällande Access to Justice, se t.ex. *Cappelletti* (ed.), *Access to Justice and the Welfare State*. Begreppet används också för att beskriva den rörelse som uppkommit med syfte att förbättra just tillgången till rättsskydd. Access to Justice-rörelsen har varit framträdande främst i USA medan själva det systematiska begreppet Access to Justice fått fotfäste också i den europeiska rättsskulturen. För en analys ur finländskt perspektiv, se KB 2003:3, s. 86–91. Access to Justice-rörelsen har också tagit skepnaden av en forskningsinriktning som kritiserar traditionell rättsvetenskap och dess formalism. I Finland är det främst Viitanen som tagit intryck av inriktningen. Se *Viitanen*, *Lautakuntamenettely kuluttajariitojen ratkaisukeinona*. Enligt forskningsinriktningen bör rättsvetenskapen lösgöra sig från dogmatiken och i stället tillgodogöra sig även samhällsvetenskapliga och psykologiska analyser. Gällande detta, se *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 27.

¹¹³ På denna punkt kan man nämna forskningen på konsumenträttens område och den sociala civilrätten, vilka har gemensamma drag med Access to Justice-tänkandet.

¹¹⁴ För kritik av vågmetaforen ur ett europeiskt perspektiv, se *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 29.

¹¹⁵ Gällande Access to Justice och alternativ tvistlösning, se *Galanter* i *Access to Justice and the Welfare State*, s. 147–181.

¹¹⁶ Se t.ex. KB 2003:3, s. 90. I betänkandet hänvisas uttryckligen till vikten av att utveckla alternativ tvistlösning för att förbättra medborgarnas Access to Justice.

¹¹⁷ Detta framhålls av *Ervasti*. Se *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 27.

3.6 HYBRIDMODELLER: ATT KOMBINERA RÄTTSSKIPNING OCH ALTERNATIV TVISTLÖSNING

Såsom granskningen ovan visar är banden mellan rättsskipningen och den alternativa tvistlösningen starka. För det första definieras den alternativa tvistlösningen semantiskt som alternativ i förhållande till rättsskipningen. För det andra beskrivs den alternativa tvistlösningens för- och nackdelar i regel utgående från en jämförelse med rättsskipningen. För det tredje har domstolarna ofta spelat en stor roll för utvecklingen av alternativa metoder för tvistlösning.¹¹⁸ Trots att den alternativa tvistlösningen alltså utgör en motpol till rättsskipningen hänger de två oundvikligen samman.

De band som råder mellan rättsskipningen och den alternativa tvistlösningen brukar omtalas med begreppet lagens skugga (*the shadow of the law*).¹¹⁹ Med begreppet avses särskilt det faktum att man vid alternativ tvistlösning ständigt opererar med en alternativhypotes, dvs. hur den ifrågavarande tvisten skulle avgöras i rättsskipningen. Trots att alternativ tvistlösning inte nödvändigtvis innefattar någon juridisk analys av tvisten innebär alternativiteten till rättsskipningen oundvikligen att så i viss mån sker. Hur stark lagens skugga är varierar mellan olika alternativa metoder för tvistlösning.¹²⁰ Det säger sig självt att t.ex. skiljeförfarandet verkar i en relativt stark skugga av lagen eftersom det ofta resulterar i ett avgörande baserat på materiell rätt.

Med tanke på de starka band som föreligger mellan rättsskipningen och den alternativa tvistlösningen är det föga överraskande att man frestas att kombinera dessa två. Som ovan nämnts kan man som en central trend skönja strävanden att kombinera rättsskipning och alternativ tvistlösning och därmed skapa hybrider som uppvisar drag av vardera tvistlösningsgenren. Domstolsanknuten medling, som är avhandlingens huvudsakliga forskningsobjekt, utgör ett utmärkt exempel på denna trend.

Strävan att knyta element av alternativ tvistlösning till rättsskipningen förefaller hänga samman med att domstolarnas oavhängighet och opartiskhet anses skapa förtroende för tvistlösningsmetoder i anknytning till rättsskipningen. Också det faktum att en eventuell förlikning kan stadfästas och därigenom bli verkställbar kan ses som en fördel med att knyta alternativ tvistlösning till rättsskipningen.¹²¹

¹¹⁸ Så har varit fallet t.ex. i USA och Storbritannien. Se *Laukkanen – Liljenfeldt*, DL 1998, s. 951.

¹¹⁹ Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 33–34 och *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 144.

¹²⁰ Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 259.

¹²¹ Möjligheten till stadfästande nämns som en av den domstolsanknutna medlingens fördelar i förarbetena till lagen om medling i tvistemål. Se RP 114/2004, s. 18.

Att knyta element av alternativ tvistlösning till rättsskipningen är emellertid inte helt oomstritt. Det har anförts att genuin alternativ tvistlösning i anknytning till rättsskipningen är en omöjlighet och att dylika hybridmodeller därför är en chimär. Man befärar att domare och ombud förvandlar hybridmodeller till ett alternativt sätt att driva en rättegång i stället för ett alternativt sätt att lösa en tvist.¹²² Kritik har också riktats mot hur domstolarnas roll och identitet påverkas av att man kombinerar rättsskipning och alternativ tvistlösning. Det har anförts att de rättssökande kommer till domstol för att få bindande avgöranden som baserar sig på juridisk argumentation och att domstolens roll och identitet blir oklar om de rättssökande då skickas till t.ex. domstolsanknuten medling.¹²³ Att knyta alternativ tvistlösning till rättsskipningen kan nämligen urvattna såväl domstolarnas roll som rättsutvecklingen.¹²⁴

Då element av alternativ tvistlösning och rättsskipning fogas samman uppkommer frågan hur detta påverkar uppfattningen om civilprocessens funktion – metoderna är ju på ett eller annat sätt *per definitionem* anknutna till rättsskipningen. Man kan å ena sidan förfäktat åsikten att betoningen av alternativ tvistlösning och särskilt knytandet av alternativ tvistlösning till rättsskipningen innebär att rättsskipningen får allt starkare drag av konfliktlösning.¹²⁵ Å andra sidan kan man emellertid också hävda motsatsen: just det faktum att alternativ tvistlösning knyts till rättsskipningen gör det möjligt att differentiera rättsskipningens funktioner. Följaktligen kan man tilldela rättsskipningen en uttalat konfliktlösande funktion just vid hybridmodeller, medan man kan betona andra funktioner – rättsskydd, handlingsdirigering eller marknadsanpassning – vid rättsskipningen i gemen.

¹²² Se *Boulle*, Mediation: Principles, Process, Practice, s. 17.

¹²³ Se *Boulle*, Mediation: Principles, Process, Practice, s. 17. Se även *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 39. Austbø – Engebretsen konstaterar att parterna kan känna sig pressade att acceptera en förlikning som föreslås av en domare som fungerar som medlare.

¹²⁴ Detta har diskuterats bl.a. av Menkel-Meadow. Se *Menkel-Meadow* i Mediation. Theory, Policy and Practice, s. 40.

¹²⁵ Så anser t.ex. Ervasti, som hävdar att underrätsreformen medfört att konfliktlösning betonats i den finska civilprocessen på bekostnad av såväl rättsskydds- som handlingsdirigeringsfunktionerna. Andra orsaker till att konfliktlösningen fått ökad betydelse är enligt Ervasti (i) att rättsskipningen innefattar ett allt större element av prövning och att man inom rättsvetenskapen allt tydligare tagit avstånd från uppfattningen om en enda riktig lösning, (ii) att man allt mera betonar att förfarandet bör vara rättvist och (iii) att man i samband med rättsskipningen allt oftare uppfattar det som problematiskt att tala om materiell sanning och i stället talar om formell eller processuell sanning. Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 88–89. Ervasti anför också att konfliktlösningen utvecklats till en viktig uppgift för rättsskipningen vid sidan av att ge rättsskydd. Se samma verk, s. 91.

4 Förfarandegarantier

4.1 FÖRFARANDEGARANTIERNAS AVHANDLINGENS KONTEXT

De trender i den senmoderna samhällsutvecklingen som jag beskrivit ovan har även fått som följd att man inom rättsskipningen allt tydligare övergivit uppfattningen om att varje juridiskt problem skulle ha endast en riktig lösning. Detta förändrade synsätt kan anknytas till den fragmentarisering och relativisering som skett i samhället. Visserligen eftersträvar man fortfarande sanningen i rättsskipningen i så hög grad som möjligt, men denna är allt oftare en formell eller processuell sanning i stället för en materiell dito.¹²⁶ Detta har i sin tur satt själva förfarandet i fokus på ett annat sätt än tidigare: tvistlösningens legitimitet bedöms snarare utgående från förfarandet än utgående från slutresultatet. Det är därför av yttersta vikt att förfarandet upplevs som rättvist.¹²⁷ I denna kontext accentueras förfarandegarantiernas betydelse.¹²⁸

Den särskilda fråga som uppkommer då rättsskipning och alternativ tvistlösning fogas samman till domstolsanknuten medling är huruvida förfarandegarantier skall tryggas.¹²⁹ Detta är även avhandlingens frågeställning. Å ena sidan är domstolsanknuten medling ett alternativ till rättegången, vilket talar för att förfarandegarantier kunde ges mindre betydelse än i rättsskipningen. Å andra sidan är domstolsanknuten medling oundvikligen knuten till rättsskipningen, vilket i sin tur talar för att vissa förfarandegarantier skall tryggas.¹³⁰

Nedan kommer jag först att redogöra för förfarandegarantiernas betydelse i

¹²⁶ Se *Leppänen*, Riita-asian valmistelusta todistusaineiston osalta, s. 137–146, *Pölönen*, Henkilötodistelu rikosprosessissa, s. 21 och *Tolvanen*, DL 2003, s. 1015–1018. Se även *Lindblom*, Progressiv process, s. 64. Lindblom anför att eftersom parterna i enlighet med dispositionsprincipen och förhandlingsprincipen bestämmer ramarna för rättsens prövning och påverkar det sätt på vilket prövningen skall ske måste man skruva ner kravet på vad som menas med en materiellt riktig dom till att avse en riktig (rättvis) dom mot bakgrunden av processmaterialet.

¹²⁷ Se KB 2003:3, s. 190–192.

¹²⁸ I Finland understryks denna utveckling också av det faktum att mänskörättskonventionen ratificerades rätt sent och av det starka fokus på grundrättigheter som är förhärskande.

¹²⁹ Eftersom domstolsanknuten medling trots sin anknytning till rättsskipningen är en alternativ metod för tvistlösning använder jag inte begreppet garantier för en rättvis rättegång utan i stället begreppet förfarandegarantier. Detta är dock en enbart semantisk distinktion som inte utesluter att de förfarandegarantier som uppställs vid domstolsanknuten medling kunde ges samma innehåll som garantierna för en rättvis rättegång vid rättsskipningen.

¹³⁰ Till detta hänvisas bl.a. i motiveringarna till lagen om medling i tvistemål genom att man konstaterar att grundlagens bestämmelser att handläggningen skall ordnas så att den är ändamålsenlig med hänsyn till rättssäkerheten även gällande domstolsanknuten medling. Se RP 114/2004, s. 22.

förhållande till begreppet rättvisa. Därefter kommer jag att presentera de enskilda garantier som är föremål för granskning i avhandlingen. Slutligen kommer jag att tangera spänningen mellan partsautonomi och rättsskydd som ett redskap för analysen av huruvida förfarandegarantier skall tryggas vid domstolsanknuten medling.

4.2 FÖRFARANDEGARANTIER OCH RÄTTVISA

Begreppet rättvisa är mångfacetterat och man kan i olika kontexter urskilja olika element och synvinklar på vad rättvisa är.¹³¹ I en processrättslig kontext torde det mest relevanta dock vara att skilja mellan rättvisa i förhållande till utgången och rättvisa i förhållande till förfarandet. Det förstnämnda, dvs. rättvisa i förhållande till utgången, har länge betonats som det huvudsakliga perspektivet inom processrätten. Eftersom rättsskipningens uppgift är att producera en verkställbar dom har det ansetts viktigt att denna dom är rättvis. Domen skall grunda sig på gällande lagstiftning och basera sig på domarens övertäganden.

Under senare tid har man emellertid inom processrätten allt oftare börjat diskutera även ett annat rättviseperspektiv, nämligen vikten av att själva förfarandet skall vara rättvist. Detta synsätt omtalas ofta som processuell rättvisa (*Procedural Justice*).¹³² Ofta åberopas i detta sammanhang forskningsresultat som visar att individen lättare godtar avgöranden som åstadkommits genom ett förfarande som upplevts som rättvist än avgöranden som i sig är lagenliga men som åstadkommits i ett förfarande som parterna inte upplevt som rättvist.¹³³ Ett förfarande som upplevts som rättvist bidrar till en allmän känsla av rättvisa och legitimitet, oberoende av utgången.¹³⁴

Diskussionen om processuell rättvisa har även aktualiserats i förhållande till alternativ tvistlösning.¹³⁵ Det som då diskuterats är främst om parterna upplever alternativa metoder för tvistlösning som rättvisare i förhållande till rättsskipningen, eftersom dessa i huvudsak resulterar i en förlikning som parterna själva kunnat påverka. Eftersom utgången vid alternativ tvistlösning inte nödvändigtvis bygger på materiell rätt blir fokus på förfarandet mycket starkt. Samtidigt har den alternativa tvistlösningen väckt debatt just i fråga om hur rättvisa kan mätas eller uppnås i förfaranden där lagen inte utgör den slutliga måttstocken enligt vilken tvisten löses.¹³⁶

¹³¹ För en sammanställning, se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 169–179.

¹³² För kommentarer ur finskt perspektiv, se t.ex. *Virolainen* i *Prosessioikeus*, s. 42 och 104.

¹³³ Gällande detta, se KB 2003:3, s. 96.

¹³⁴ Se t.ex. *Vidmar* i *Procedural Justice*, s. 121.

¹³⁵ Se *Vidmar* i *Procedural Justice*, s. 121–136.

¹³⁶ Det är således intressant att notera att medlingsteori uppvisar samma drag av diskussioner som förts inom rättsteorin om rättspositivism, rätt och moral, naturrätt och huruvida rättvisa och

Övergången från att betona vikten av att utgången är rättvist till att snarare fokusera på förfarandet innebär självfallet att förfarandet fått större betydelse än tidigare – såväl då det gäller rättsskipning som alternativ tvistlösning. Då förfarandet tidigare setts som endast ett medel för att uppnå ett rättvist och riktigt slutresultat anses förfarandet numera även ha ett egenvärde.¹³⁷ Då förfarandet betonas ökar givetvis förfarandegarantiernas betydelse. Dessas roll är ju just att trygga att förfarandet är adekvat och rättvist – förfarandegarantier i rättsskipningen kallas ju inte för inte garantier för en rättvis rättegång. Garantierna finns till för att skydda parterna mot godtycklig rättsskipning och trygga en miniminivå på förfarandet.

4.3 NORMERNA OM FÖRFARANDEGARANTIER VID RÄTTSSKIPNINGEN

4.3.1 Mänskorättskonventionen

Artikel 6.1 i mänskorättskonventionen¹³⁸ innehåller de förfarandegarantier som anger ramarna för hur en rättegång skall anordnas.¹³⁹ Artikeln lyder:

Envar skall vara berättigad till en rättvis och offentlig rättegång inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag, när det gäller att pröva hans rättigheter och skyldigheter eller anklagelser mot honom för brott. Domen skall avkunnas offentligt, men pressen och allmänheten kan uteslutas från rättegången, helt eller delvis, av hänsyn till sedligheten, den allmänna ordningen eller den nationella säkerheten i ett demokratiskt samhälle, eller då detta krävs av hänsyn till minderåriga eller för att skydda parternas privatliv eller, i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt, i sådana fall där offentlighet på grund av särskilda omständigheter skulle skada rättvisans intresse.¹⁴⁰

skälighet kan existera utanför lagen. Gällande detta se *Menkel-Meadow* i *Mediation. Theory, Policy and Practice*, s. xiv.

¹³⁷ Den ökade uppmärksamhet som förfarandet och uppfattningen om att förfarandet är rättvist fått åskådliggörs t.ex. av att man i KB 2003:3, s. 188–192 behandlar hur man ytterligare kunde öka uppfattningen om att förfarandet är rättvist.

¹³⁸ Mänskorättskonventionen trädde i kraft i Finland 1990 (FördrS 18–19/1990) och tryggar de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna. De stater som ratificerat konventionen har förpliktat sig att se till att konventionen efterlevs. En enskild person som anser att konventionsstaten inte uppfyllt denna skyldighet kan vända sig till den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna för att få sin sak prövad.

¹³⁹ Den ifrågavarande artikeln hör till de mest svårtolkade i konventionen. Se *Pellonpää*, *Euroopan ihmisoikeussopimus*, s. 327.

¹⁴⁰ Konventionen är i kraft i Finland i sin engelsk- och franskspråkiga språkdräkt, eftersom dessa är de officiella konventionsspråken. Den engelskspråkiga artikeltexten lyder: "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribu-

Man ser ofta hänvisningar till förfarandegarantierna under samlingsbenämningen ”rätten till en rättvis rättegång” (*fair trial*).¹⁴¹ Denna beteckning är dock något inexact. Artikel 6.1 tryggar ett kluster av rättigheter av vilka rätten till en rättvis rättegång är den kanske främsta och mest övergripande.¹⁴² Utöver denna rättighet tryggar artikeln emellertid också ett antal andra rättigheter. Tolkningen av konventionen baserar sig på den praxis som utarbetats av Europarådets domstol för de mänskliga rättigheterna.

4.3.2 Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter

Förfarandegarantier vid rättsskipningen tryggas också i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, som utarbetats inom FN.¹⁴³ Konventionen innehåller i artikel 14.1 ett stadgande om rättvis rättegång, vilket lyder:

Alla skall vara lika inför domstolarna. Envar skall, när det gäller att pröva anklagelse mot honom för brott eller hans rättigheter och skyldigheter i tvistemål, vara berättigad till opartisk och offentlig rättegång inför en behörig, oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. Pressen och allmänheten kan uteslutas från rättegången eller en del därav av hänsyn till sedligheten, den allmänna ordningen (”ordre public”) eller den nationella säkerheten i ett demokratiskt samhälle eller då hänsynen till parternas privatlivs helgd det kräver eller, i den mån domstolen så finner strängt nödvändigt, i fall då på grund av särskilda omständigheter offentlighet skulle skada rättvisans intresse; dock skall domar som avkunnats i brottmål eller tvistemål offentliggöras, utom i fall då unga personers intressen kräver att så ej sker eller då rättegången gäller äktenskapsmål eller förmynderskap för barn.

De garantier som tryggas i konventionen är minimikrav som binder de ratificerande staternas myndigheter.¹⁴⁴ Med hänvisning till vad som ovan sagts om

nal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.”

¹⁴¹ Se t.ex. *Laukkanen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehdot* i konfliktinratkaisumenetelmät, s. 136–137.

¹⁴² I konventionspraxis har man ett flertal gånger även hänvisat till att rätten till en rättvis rättegång har en framträdande plats i ett demokratiskt samhälle i konventionens mening. Se t.ex. *De Cubber* (1984), punkt 30.

¹⁴³ Konventionen antogs 1966 och Finland ratificerade konventionen 1976 (FördrS 8/1976).

¹⁴⁴ På denna punkt skiljer sig konventionen alltså från den allmänna deklaration om mänskliga rättigheter som FN:s generalförsamling antog 1948, vars stadganden enbart är av rekommendationsnatur.

mänskorättskonventionens artikel 6.1 kan man alltså konstatera att de garantier som tryggas i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter till stor del motsvaras av de garantier som tryggas i mänskorättskonventionens artikel 6.1.¹⁴⁵

4.3.3 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och utkastet till EU:s grundfördrag

Förfarandegarantierna vid rättsskipningen tryggas också i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, i vars artikel 47 det ingår ett stadgande om rätten till en rättvis rättegång.

Var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol, med beaktande av de villkor som föreskrivs i denna artikel.

Var och en har rätt att inom skälig tid få sin sak prövad i en rättvis och ofientlig rättegång och inför en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag. Var och en skall ha rätt att erhålla rådgivning, låta sig försvaras och företrädas.

Stadgandet motsvarar i hög grad artikel 6.1 i mänskorättskonventionen.

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, inklusive artikel 47 om rätten till en rättvis rättegång, ingick även i det utkast till nytt grundfördrag för Europeiska unionen som godkändes i juni 2004, men som sedermera förkastats i folkomröstningar i bl.a. Frankrike och Nederländerna. En framtida utveckling som leder till ett nytt grundfördrag som innehåller artiklar om de mänskliga rättigheterna kommer möjligtvis att innebära att förfarandegarantierna för rättsskipningen blir direkt förpliktande för Finland också via EU-lagstiftningen.

4.3.4 Grundlagen

Trots att de internationella konventioner som Finland ratificerat (FN-konventionen och mänskorättskonventionen) innehöll förfarandegarantier vid rättsskipningen saknades länge motsvarande stadganden i nationell lagstiftning på

¹⁴⁵ Det är värt att notera att den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter i praktiken haft relativt liten betydelse i den finska rättsskipningen. Trots att konventionen varit i kraft i Finland sedan 1976 har man inte hänvisat till dess stadganden i rättspraxis innan mänskorättskonventionen trädde i kraft 1990. Skälet till detta torde vara att konventionen inte upplevts som förpliktande på grund av sitt ineffektiva sanktionssystem. Se *Viirolainen*, *Lainkäyttö*, s. 144 och *Jokela*, *Oikeudenkäynti I*, s. 26.

grundlagsnivå. Regeringsformen 1919 innehöll i 13 § ett snävt stadgande om rätten till laga domstol, men vidare förfarandegarantier vid rättsskipningen saknades. I samband med grundrättighetsreformen infördes därför ett skydd för förfarandegarantier vid rättsskipningen.¹⁴⁶ Garantierna intogs först i II a kapitlet regeringsformen och sedermera i grundlagen.¹⁴⁷

I 16 § regeringsformen infördes det stadgande som numera med något reviderad ordalydelse återfinns i 21 § grundlagen:¹⁴⁸

Rättsskydd. Var och en har rätt att på behörigt sätt och utan ogrundat dröjsmål få sin sak behandlad av en domstol eller någon annan myndighet som är behörig enligt lag samt att få ett beslut som gäller hans eller hennes rättigheter och skyldigheter behandlat vid domstol eller något annat oavhängigt rättsskipningsorgan.

Offentligheten vid handläggningen, rätten att bli hörd, rätten att få motiverade beslut och rätten att söka ändring samt andra garantier för en rättvis rättegång och god förvaltning skall tryggas i lag.

21 § 1 mom. grundlagen tryggar således rätten till dom, medan paragrafens 2 mom. innehåller ett krav på att rätten till offentlig förhandling, rätten till kontradiktoriskt förfarande, rätten till motiverade beslut och rätten att söka ändring samt andra garantier för en rättvis rättegång skall tryggas genom lag. De uppräknade rättigheterna anses vara de viktigaste delområdena för en rättvis rättegång, men förteckningen är inte uttömmande.¹⁴⁹ Grundlagens stadgande om rättvis rättegång bygger uttryckligen på motsvarande stadgande i mänskorättskonventionen.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Införandet av processuella grundrättigheter har föranlett att man talar inte enbart om att processrätten internationaliserats utan också att den konstitutionaliserats. Se *Virolainen* i *Prosessioikeus*, s. 73. Processrättens konstitutionalisering tangeras också av *Jokela*. Se *Jokela*, *Oikeudenkäynti I*, s. 139.

¹⁴⁷ Det gäller att notera att trots att förfarandegarantier vid rättsskipningen alltså numera också tryggas i grundlagen går de garantier som tryggas i de internationella fördragen före. De garantier som tryggas i de internationella fördragen är oinskränkbara medan grundlagens garantier i princip kan inskränkas med en undantagslag. Se *Virolainen*, *Lainkäyttö*, s. 135. Emellertid är de rättigheter som tryggas i de internationella fördragen endast minimirättigheter, medan grundlagen tryggar vars och ens rätt till en rättvis rättegång. Se *Virolainen* i *Prosessioikeus*, s. 74 och *Leppänen*, *JFT* 2001, s. 132.

¹⁴⁸ Stadgandet i 16 § regeringsformen löd: ”Var och en har rätt att på ett tillbörligt sätt och utan ogrundat dröjsmål få sin sak behandlad av en domstol eller någon annan myndighet som är behörig enligt lag samt att få ett beslut som gäller hans rättigheter och skyldigheter behandlat vid domstol eller något annat oavhängigt lagskipningsorgan. Offentligheten vid handläggningen, rätten att bli hörd, rätten att få motiverade beslut och rätten att söka ändring samt andra garantier för en rättvis rättegång och god förvaltning skall tryggas i lag.” Den revidering som utförts i samband med grundlagsreformen kan således närmast anses vara semantisk.

¹⁴⁹ Se RP 309/1993, s. 78. I propositionen konstateras också att stadgandet inte hindrar att man genom lag stadgar om smärre undantag. Som exempel nämns rättegångars offentlighet.

¹⁵⁰ I motiveringarna till paragrafen konstateras uttryckligen att man tagit fasta på artikel 6 i mänskorättskonventionen. Se RP 309/1993, s. 22–23. Se även KB 1992:3, s. 211.

I förarbetena till regeringsformen konstateras uttryckligen att begreppet rättvis rättegång är den svenska översättningen av den engelska termen fair trial i artikel 6 i mänskorättskonventionen.¹⁵¹

4.3.5 Rättegångsbalken och annan lagstiftning samt de allmänna lärorna

Det faktum att förfarandegarantier vid rättsskipningen saknade stöd på grundlagsnivå före grundrättighetsreformen innebar dock inte att rättegången före detta hade varit orättvis. Redan innan de ovannämnda internationellrättsliga åtagandena och sedermera även grundlagen ställde krav på förfarandegarantier vid rättsskipningen innehöll såväl rättegångsbalken som annan processrättslig lagstiftning stadganden vilkas syfte var att trygga enskilda förfarandegarantier vid rättsskipningen. Således ingick t.ex. redan i rättegångsbalken av år 1734 stadganden om domarjäv, vilkas syfte var att trygga rätten till opartisk handläggning. Rätten till lika behandling och rätten till kontradiktoriskt förfarande framgick även de ur ett antal stadganden i rättegångsbalken. Även rätten till offentlig förhandling har gamla anor.

Det gäller ytterligare att notera att förfarandegarantierna också redan före kodifikationen ingick i den finska processrättens allmänna läror. Detta gäller t.ex. både likhetsprincipen och den kontradiktoriska principen.¹⁵² Då principerna emellertid inte var kodifierade och därigenom saknade institutionellt stöd var de heller inte verkställbara och grundade därmed knappast några effektiva rättigheter för parterna.

Trots att förfarandegarantier vid rättsskipningen numera tryggas av både Finlands internationellrättsliga åtaganden och på grundlagsnivå finns de enskilda stadganden som i praktiken tryggar förfarandegarantierna kvar i såväl rättegångsbalken som annan lagstiftning. Det faktum att förfarandegarantier vid rättsskipningen alltså sedan grundlagsreformen fått stöd också på grundlagsnivå innebar alltså i själva verket ingen direkt ändring av rättsläget utan snarare en kodifiering på grundlagsnivå och därigenom givetvis en profilhöjning. Också ur effektivitetssynvinkel kan förfarandegarantiernas ställning sägas ha stärkts då de såväl blivit förpliktande genom mänskorättskonventionen och FN-deklarationen samt fastställts i grundlagen.

¹⁵¹ Se RP 309/1993, s. 78.

¹⁵² Den kontradiktoriska principen framgår t.ex. av Olaus Petris domarregler, enligt vilka ingen skall dömas ohörd. Gällande detta, se *Virolainen* i *Prosessioikeus*, s. 107 och *Jokela*, *Oikeudenkäynti I*, s. 47.

4.4 DE ENSKILDA FÖRFARANDEGARANTIerna

4.4.1 Allmänt

De förfarandegarantier vid rättsskipningen som framgår av de ovannämnda normerna gäller uttryckligen rättsskipningen. Emellertid är det inte rättsskipningen som står i avhandlingens fokus utan domstolsanknuten medling. Frågan uppkommer därför huruvida förfarandegarantier skall tryggas också vid domstolsanknuten medling.

Som ovan nämnts har jag valt att begränsa granskningen till tre specifika garantier, nämligen (i) rätten till opartisk handläggning, (ii) rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande och (iii) rätten till offentlig förhandling. För att kunna fastställa vilka av de ovannämnda garantierna som bör tryggas vid domstolsanknuten medling kommer jag att utgå från motsvarande förfarandegarantier som gäller rättsskipningen och som tryggas av bl.a. mänskorättskonventionen och grundlagen. Nedan presenterar jag kort innehållet i de relevanta garantierna på basis av såväl mänskorättskonventionen (inklusive konventionspraxis) och nationell lagstiftning för att senare kunna fastställa huruvida de ifrågavarande garantierna bör tryggas också vid de tvistlösningsmetoder som är föremål för granskning i avhandlingen: medling, domarens förlikningsverksamhet, skiljeförfarande samt domstolsanknuten medling.¹⁵³ Huruvida de ovannämnda normerna tillämpas på dessa tvistlösningsmetoder granskar jag i anslutning till respektive metod.

4.4.2 Rätten till opartisk handläggning

Med rätten till opartisk handläggning avser man att domstolen skall vara opartisk, dvs. ha en förmåga att handlägga och avgöra ett mål fördomsfritt och jämlikt.¹⁵⁴ En domare som brister i opartiskhet är jävig. Domarens opartiskhet är inte en strukturell fråga utan bör avgöras från fall till fall. Rätten till opartisk handläggning anses ofta vara en av de mest centrala förfarandegarantierna och denna skyddas både i artikel 6.1 i mänskorättskonventionen och av regleringen om domarjäv i 13 kapitlet rättegångsbalken.¹⁵⁵

¹⁵³ Jag utelämnar här således en närmare granskning av garantiernas innehåll enligt den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter och EUs mänskorättsstadga samt utkastet till grundfördrag. Den förstnämndas praktiska betydelse är ringa och någon nämnvärd praxis till stöd för tolkningen finns heller inte. EUs mänskorättsstadga och utkastet till grundfördrag, i sin tur, motsvarar artikel 6.1 i mänskorättskonventionen, varför jag har koncentrerat granskningen till denna.

¹⁵⁴ Se *Pellonpää*, *Euroopan ihmisoikeussopimus*, s. 352. Se även *Harris m.fl.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 234.

¹⁵⁵ Grundlagen däremot innehåller ingen uttrycklig hänvisning till rätten till opartisk handläggning.

Rätten till opartisk handläggning bör inte förväxlas med kravet på domstolarnas oavhängighet. Med domstolarnas oavhängighet avser man bl.a. frågor om hur domare utses, hur lång deras ämbetsstid är och hur påverkan utifrån utsluts. Domstolarna skall vara oavhängiga inte bara i förhållande till regering och myndigheter utan också i förhållande till parterna i målet – något som ofta är en självklar utgångspunkt i en rättsstat.¹⁵⁶ Domstolarnas oavhängighet är snarast en strukturell fråga som inte varierar avsevärt från fall till fall, varför den är av föga intresse i avhandlingens kontext. Det är dock skäl att notera att det inte alltid är lätt att skilja åt rätten till opartisk handläggning och kravet på domstolarnas oavhängighet. Rättigheterna lägger vikt vid olika aspekter av kravet på att domstolen skall handla objektivt: kravet på oavhängighet tar sikte på att utsluta möjligheten av obehörig påverkan, medan rätten till opartisk handläggning syftar på att det inte får finnas någon önskan eller benägenhet hos domstolen att gynna den ena parten.¹⁵⁷ Oavhängighet kan också anses vara en grundförutsättning för opartiskhet.

Rätten till opartisk handläggning granskas utgående från en subjektiv och en objektiv standard.¹⁵⁸ Dessa standarder tas som utgångspunkt då man avgör om domaren i ett enskilt fall brustit i opartiskhet, dvs. varit jävig. Då det gäller den subjektiva standarden bör man fråga sig om domaren har en personlig övertygelse eller attityd till det ifrågavarande fallet. Det är således fråga om huruvida domaren de facto varit opartisk i förhållande till parterna och målet. I fråga om den objektiva standarden i sin tur bör man fråga sig hur saken sett ut för en utomstående betraktare. Har parterna på basis av yttre faktorer haft grundad orsak att ifrågasätta domarens eller domstolens opartiskhet? Domaren bör alltså inte bara ha varit utan också för en objektiv betraktare verkat vara opartisk. Man talar här om att det inte får föreligga legitimt tvivel om domarens opartiskhet.

Då det gäller den subjektiva standarden är presumptionen att domaren är opartisk tills något annat visats.¹⁵⁹ För att fastställa en kränkning av den subjektiva standarden krävs bevis på verklig partiskhet: en part måste alltså kunna bevisa att domaren varit partisk. Det säger sig självt att sådan bevisning kan vara

ging. Däremot konstateras i 3 § grundlagen att den dömande makten utövas av oberoende domstolar. Detta bör anses omfatta även rätten till opartisk handläggning.

¹⁵⁶ Se *Campbell och Fell* (1984), punkt 78. Se även *Danelius*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 152 och *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 338–339.

¹⁵⁷ Se *Danelius*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 151–152.

¹⁵⁸ Se *Pellonpää*, Euroopan ihmisoikeussopimus, s. 352, *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 381 och *Lindell*, Civilprocessen, s. 48. Standarderna har utvecklats främst i konventionspraxis, där frågor om domarens opartiskhet många gånger varit föremål för prövning. Gällande detta, se t.ex. *Pellonpää*, Euroopan ihmisoikeussopimus, s. 352. Också jävsreglerna i rätttegångsbalken innehåller implicit samma uppdelning i ett subjektivt och objektivt jävselement.

¹⁵⁹ Se t.ex. *Pellonpää*, Euroopan ihmisoikeussopimus, s. 352 och *Harris m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 235. Se även *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 382 och *Lindell*, Civilprocessen, s. 48.

mycket svår att förebringa.¹⁶⁰ Den objektiva standarden, däremot, granskas inte utgående från någon presumtion utan utgående från faktiska omständigheter. Det avgörande är hur domarens handlande sett ut utåt – en kränkning kan konstateras om domarens handlande gett upphov till legitimt tvivel gällande hans eller hennes opartiskhet hos en objektiv betraktare.¹⁶¹ Det är alltså inte avgörande att domaren de facto varit opartisk utan också att hans eller hennes agerande sett opartisk ut, vilket brukar uttryckas med principen ”*Justice must not only be done, it must also be seen to be done*”. Det säger sig självt att det är betydligt lättare att kasta legitimt tvivel över domarens handlande än att leda reell partiskhet i bevis. På grund av skillnaden i beviskravet i fråga om den subjektiva och objektiva standarden har den objektiva standarden fått större betydelse i praxis än den subjektiva.¹⁶²

En grupp av fall som är av särskilt intresse då man granskar rätten till opartisk handläggning är fall där domaren tidigare befattat sig med målet i någon annan egenskap än domare, t.ex. som åklagare eller partsombud. Sådant agerande har tidvis ansetts skapa legitimt tvivel om domarens opartiskhet.¹⁶³ I sådana fall föreligger nämligen en misstanke om att domaren eventuellt inte kunnat frigöra sig från sina tidigare åsikter.

4.4.3 Rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande

Rätten till lika behandling (*equality of arms*) sammanhänger med kravet på likhet inför lagen, vilket uttrycks bl.a. i 6 § grundlagen.¹⁶⁴ I processrätten innebär rätten till lika behandling ett krav på att parterna skall vara likställda i rättegången och att den ena parten inte får gynnas procedurmässigt på den andras bekostnad.¹⁶⁵ Rätten till kontradiktoriskt förfarande (*audiatur et altera pars*), i

¹⁶⁰ Se t.ex. Werlauff i Festskrift till Per Henrik Lindblom, s. 716. Werlauff konstaterar att det är nästan omöjligt att argumentera kring den subjektiva standarden.

¹⁶¹ Se t.ex. fallet *Delcourt* (1979), punkt 31. För en analys av skillnaden mellan rättsskipningens kvalitet och det sätt på vilket förtjänster och brister rapporteras i förhållande till allmänhetens tilltro till rättsväsendet, se Lambertz i Festskrift till Per Henrik Lindblom, s. 382–385. Samma princip har också uppmärksammats i den rekommendation om domarnas oavhängighet, effektivitet och roll som Europarådets ministerkommitté godkänt 13.10.1994 (R 94 12). Gällande detta, se Rintala, DL 1996, s. 562. Se även Laukkanen, Tuomarin rooli, s. 299–300. Vidare är det inte avgörande vad parterna anser, trots att deras uppfattning tillmätts viss betydelse. Se fallet *Hauschildt* (1989), punkt 48. Se även Harris m.fl., Law of the European Convention on Human Rights, s. 235.

¹⁶² Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 152.

¹⁶³ Se t.ex. fallen *Piersack* (1982) och *Hauschildt* (1989). Se även Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 158. För synpunkter ur finskt perspektiv, se Virolainen, Lainkäyttö, s. 389.

¹⁶⁴ Se Virolainen i Prosessioikeus, s. 105.

¹⁶⁵ Se Virolainen, Lainkäyttö, s. 99 och samma i Prosessioikeus, s. 105–106. Rätten till lika be-

sin tur, förutsätter att parterna har lika tillgång till allt processmaterial, att de får tillfälle att ta ställning till detta och att de har lika möjligheter att åberopa bevisning och föra sin talan i processen.¹⁶⁶

Både rätten till lika behandling och rätten till kontradiktoriskt förfarande tryggas i artikel 6.1 i mänskorättskonventionen. Trots att rättigheterna inte uttryckligen nämns ingår de som delrättigheter i rätten till en rättvis rättegång i snäv bemärkelse.¹⁶⁷ I fråga om rätten till kontradiktoriskt förfarande har man i konventionspraxis ofta tagit fasta på parternas lika tillgång till allt processmaterial.¹⁶⁸ I fall där den ena parten inte fått se eller kommentera en handling som inverkat på slutresultatet har man i konventionspraxis ofta funnit att rätten till kontradiktoriskt förfarande inte uppfyllts.¹⁶⁹ Gränsen mellan rätten till lika behandling och rätten till kontradiktoriskt förfarande är dock flytande och det är inte alltid lätt att avgöra vilkendera som aktualiseras i ett visst fall.¹⁷⁰ Detta motiverar även att rättigheterna behandlas tillsammans.¹⁷¹

handling hänger starkt samman med det krav på förutsägbarhet, dvs. formell rättssäkerhet, som gäller för rättsskipningen. Kravet på förutsägbarhet förutsätter att lika skall behandlas lika, dvs. att likadana mål skall avgöras på samma sätt och på det sätt på vilket de avgjorts tidigare. Se *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 98–99. En utmaning i detta sammanhang är att fastställa när ett fall är tillräckligt lika ett annat för att det skall avgöras på samma sätt. Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenetelly, s. 75.

¹⁶⁶ Gällande rätten till kontradiktoriskt förfarande, se *Lappalainen*, Siviiliprosessioikeus I, s. 61, *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 212, samma i Prosessioikeus, s. 106–110, *Jokela*, Oikeudenkäynti I, s. 47 och *Ervo*, Oikeudenmukainen oikeudenkäynti, s. 62–63. Man kan tala om processmaterial aningen i vid eller inskränkt bemärkelse. Med processmaterial i vid bemärkelse avses allt sådant material som på ett eller annat sätt framlagts eller framkommit i rättegången. Med processmaterial i inskränkt bemärkelse avses enbart de fakta och den bevisning som parterna framlagt som stöd för sina yrkanden. Se *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 29. Då jag i avhandlingen använder begreppet processmaterial avser jag begreppet i vid bemärkelse.

¹⁶⁷ Enligt konventionspraxis avgörs frågan om huruvida rätten till en rättvis rättegång tryggats eller inte genom en helhetsbedömning av det aktuella fallet och rättigheten kan konstateras kränkt även om man inte kan peka på brister i fråga om någon enskild komponent. Det avgörande är alltså om rättegången som en helhet varit rättvis. Se t.ex. fallet *Barberá, Messengué och Jabbardo mot Spanien* (1988) punkt 68 och 89. Se även *Pellonpää*, Euroopan ihmisoikeussopimus, s. 370 och *Harris m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 203. Vid tolkningen av innehållet i rätten till en rättvis rättegång har det självfallet en viss betydelse vilka principer som anses vara centrala i de enskilda konventionsstaterna. Se *Danelius*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 172. Se även *Harris m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 207. Parterna torde varken kunna samtycka till en inskränkning av rätten till en rättvis rättegång eller avstå från den.

¹⁶⁸ Gällande mänskorättskonventionens tolkning, se *Danelius*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 173.

¹⁶⁹ Se t.ex. fallen *Feldbrugge* (1986), *Kamasinski* (1989), *McMichael mot Storbritannien* (1995) och *Kerojärvi mot Finland* (1995).

¹⁷⁰ Gällande den kontradiktoriska principen i finsk processrätt, se *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 212–224. Virolainen framhåller att den kontradiktoriska principen är ett uttryck för rättsstatsprincipen och att den betonar individens ställning i förhållande till den offentliga makten.

¹⁷¹ Gällande huruvida den kontradiktoriska principen är förenlig med civilprocessens funktioner, se *Lindblom*, Progressiv process, s. 285.

Rätten till lika behandling och rätten till kontradiktoriskt förfarande tryggas också i grundlagen. Rätten till kontradiktoriskt förfarande nämns uttryckligen i 21 § grundlagen (”rätten att bli hörd”).¹⁷² Rätten till lika behandling, i sin tur, kan som ovan nämnts härledas ur 6 § grundlagen, dvs. kravet på likhet inför lagen.

Rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande framgår inte explicit av något enskilt stadgande i rättegångsbalken, men framgår implicit av bl.a. stadgandena om stämning, delgivning, frånvaro av part, förberedelse, huvudförhandling och ändringssökande. Indirekt framgår rätten till kontradiktoriskt förfarande också av 31 kapitlet 1 § 2 p rättegångsbalken, enligt vilket en laga kraft vunnen dom bör undanröjas på grund av domvilla om en frånvarande som inte blivit stämd döms eller om en person som inte blivit hörd annars lider men av domen.

4.4.4 Rätten till offentlig förhandling

Rätten till offentlig förhandling innebär att allmänheten har rätt att vara närvarande vid rättegången för att på detta sätt kunna förvissa sig om att den makt domstolen utövar inte är godtycklig. Rätten till offentlig förhandling gäller således allmänheten och inte parterna och man kan fråga sig om rätten därmed är relevant i förhållandet mellan parterna och rättsväsendet. En närmare granskning visar att så är fallet: trots att rätten till offentlig förhandling alltså de facto grundar en rätt för allmänheten att närvara vid rättegångar innebär denna rättighet indirekt en garanti för parterna till skydd för rättsskipningens legitimitet.¹⁷³ Det faktum att allmänheten har rätt att närvara vid rättegången stärker nämligen parternas ställning gentemot domstolen i så måtto att det anses förhindra godtycklig rättsskipning och öka allmänhetens tilltro till rättsväsendet.¹⁷⁴

Rätten till offentlig förhandling tryggas i artikel 6.1 i mänskörättskonventionen. Offentligheten skyddar parterna mot hemlig rättsskipning och är ett viktigt medel för att upprätthålla medborgarnas tilltro till rättsväsendet.¹⁷⁵ Enligt artikeltexten får undantag från rätten till offentlig förhandling göras av hänsyn till sedligheten, den allmänna ordningen, den nationella säkerheten, minderåriga, parternas privatliv och i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt i fall

¹⁷² Rätten till kontradiktoriskt förfarande tryggas också på annat håll på grundlagsnivå. Ett exempel på detta är den tyska *Grundsatz des rechtlichen Gehörs* i 103 artikel i Grundgesetz.

¹⁷³ Se t.ex. fallet *Axen* (1983), punkt 25. Se även *Pellonpää*, Euroopan ihmisoikeussopimus, s. 364.

¹⁷⁴ Parternas rätt att närvara vid förhandlingen tryggas i sin tur av rätten till kontradiktoriskt förfarande, vilken förutsätter att parterna hörs även om allmänheten utesluts. Se *Jokela*, Oikeudenkäynti I, s. 54.

¹⁷⁵ Se t.ex. fallet *Pretto m.fl. mot Italien* (1983) punkt 21. Se även *Harris m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 218.

där offentlighet på grund av särskilda omständigheter skulle skada rättvisans intresse. Undantagen skall tolkas inskränkt.¹⁷⁶

En part kan avstå från rätten till offentlig förhandling om han eller hon är medveten om vilka implikationer detta har och om det inte finns något viktigt allmänt intresse för offentlig förhandling.¹⁷⁷

Rätten till offentlig förhandling uppmärksammas också i 21 § 2 mom. grundlagen, i vilken stadgas att denna rättighet skall tryggas genom lag. Den närmare regleringen om offentlighet vid handläggningen ingår i lagen om offentlighet vid rättegång (945/1984). Enligt lagens 3 § har allmänheten rätt att närvara vid den förberedande och egentliga muntliga förhandlingen i saken om inte annat följer av stadgandena i lagen eller i andra lagar.¹⁷⁸

4.5 SPÄNNINGEN MELLAN PARTSAUTONOMI OCH RÄTTSSKYDD

Som hjälpmedel för att besvara frågan huruvida förfarandegarantier skall tryggas vid domstolsanknuten medling har jag valt att använda begreppsparet partsautonomi och rättsskydd. Bägge principer är av betydelse i den domstolsanknutna medlingens arvlåtare – rättsskipning och alternativ tvistlösning.

Principen om partsautonomi är av central betydelse vid rättsskipning. I den rader en arbets- eller rollfördelning mellan parterna och domaren, vilken kan sammanfattas i frågan om vem det är som bär ansvaret för att driva processen framåt.¹⁷⁹ Det partsstyrda handlandet abstraheras ofta som dispositionsprincipen eller partsautonomin samt domstolens handlande som officialprincipen.¹⁸⁰ Med partsautonomi avses att parterna kan vidta processhandlingar som får bindande verkan för domstolen.¹⁸¹ Partsautonomin ger den enskilde möjlighet att avgöra om och i vilken utsträckning han eller hon vill ha rättsskydd i en viss fråga samt vilka av de tillbudsstående rättsskyddsmedlen parten vill använda

¹⁷⁶ Se t.ex. fallen *Diennet mot Frankrike* (1995), punkt 34 och *De Moor mot Belgien* (1994) punkt 56. Se även *Pellonpää*, Euroopan ihmisoikeussopimus, s. 369.

¹⁷⁷ Se fallet *Håkansson och Stureson* (1990) punkt 66. Se även *Harris m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 220. Avståndet måste inte vara explicit utan kan också vara konkludent, vilket emellertid kräver att det av fakta klart framgår att ett avstående gjorts. Se *Harris m.fl.*, Law of the European Convention on Human Rights, s. 220.

¹⁷⁸ Det är skäl att notera att domstolarna på senare tid kritiserats för att allt oftare tillåta undantag från rätten till offentlig förhandling. Se KB 2003:3, s. 211.

¹⁷⁹ Se *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 175.

¹⁸⁰ För att åskådliggöra rollfördelningen i rättsskipningen brukar man tala om dialektiska rollprinciper (*dialektiset rooliperiaatteet*). Se *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 262–267. Gällande dispositionsprincipen och officialprincipen enligt svensk rätt, se *Lindell*, Civilprocessen, s. 54–59.

¹⁸¹ Begreppet partsautonomi har använts främst i svensk litteratur. Se t.ex. *Lindell*, Partsautonomins gränser, s. 11. I finsk litteratur talar man ofta om dispositionsprincipen (*määräämisperiaate*) i stället för partsautonomi. Med begreppen avses dock samma sak. Se *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 263.

sig av. Partsautonomin har starka band till de centrala civilrättsliga principerna privatautonomi och avtalsfrihet, vilka tryggar individens rätt att själv bestämma vad som är bäst för honom eller henne i varje enskilt fall.¹⁸²

I rättsskipningen aktualiseras partsautonomin särskilt i dispositiva tvistemål.¹⁸³ Centrala frågor är då bl.a. vilken som är rollfördelningen mellan domare och parter, hur långt partsautonomin sträcker sig och vilket som är intresset av att den materiella sanningen klarläggs.¹⁸⁴ Parterna har rätt att själva avstå från att åberopa vad de vill i sitt mål och domstolen har ingen skyldighet – eller ens möjlighet – att utreda vad som vore det materiellt riktiga slutresultatet.¹⁸⁵ Trots att partsautonomin har störst betydelse i dispositiva mål kan den emellertid också få en viss betydelse i indispositiva mål.¹⁸⁶

I tillägg till partsautonomin präglas rättsskipningen också av rättsskyddet. Trots att dispositiva tvistemål i hög grad styrs av parternas handlande och partsautonomin uppställs i all rättsskipning ett starkt krav på rättsskydd. Detta krav sammanhänger med den maktutövning som domstolen utövar i rättsskipningen. Kravet på rättsskydd innebär att domstolen skall skydda parterna för att säkerställa att de får tillräckligt med skydd för sina rättigheter.

De förfarandegarantier som uppställs i rättsskipningen är ett uttryck för kravet på rättsskydd.¹⁸⁷ Genom att uppställa krav på förfarandegarantier vill man försäkra sig om att den maktutövning som sker är adekvat. Förfarandegarantierna (och de allmänna rättsprinciperna i gemen) har även ett samband med samhällets grundläggande värderingar och moralprinciper.¹⁸⁸

¹⁸² Se Virolainen, Lainkäyttö, s. 262–263. Virolainen poängterar att eftersom civilprocessen är ett av de medel som står till buds för att trygga privata intressen är det motiverat att harmonisera de processrättsliga stadgandena att motsvara civilrättsliga normer. I det samhälle som baserar sig på avtalsfrihet och privat företagande skulle civilprocessen knappast uppfylla sitt syfte om parterna inte hade rätt att bestämma också i rättegången.

¹⁸³ Gällande detta, se Jokela, Oikeudenkäynti I, s. 44.

¹⁸⁴ I dispositiva mål eftersträvas endast formell men inte materiell sanning, eftersom en part har möjlighet att göra medgivanden och erkännanden utan att rätten undersöker om underliggande rättsfakta verkligen inträffat. Om målet däremot är indispositivt kan avgörandet grundas också på sådana rättsfakta som inte åberopats och domstolen kan *ex officio* införskaffa bevisning i större utsträckning än i dispositiva mål. Detta kan ses som en indikation på att man eftersträvar materiell sanning. Se Lindell, Civilprocessen, s. 28–29.

¹⁸⁵ Gällande begränsning av dispositionsprincipen i dispositiva mål, se Virolainen, Lainkäyttö, s. 280. Gällande parternas möjligheter att disponera över själva förfarandet, se Lindblom, Progressiv process, s. 286.

¹⁸⁶ I indispositiva mål får partsautonomin betydelse t.ex. med hänsyn till parternas yrkanden. Stadgandet i 24 kapitlet 14 § 1 mom. rättegångsbalken gäller såväl dispositiva som indispositiva mål. Se Virolainen, Lainkäyttö, s. 287.

¹⁸⁷ Se Leppänen, JFT 2001, s. 138. Leppänen konstaterar att de grundläggande processrättigheterna skapar ett perspektiv där enskilda fall och parternas rättsskydd betonas. Skillnaden jämfört med traditionell processrätt ligger enligt Leppänen i att uppmärksamheten riktas mot det faktiska och inte det formella rättsskyddet. Samtidigt granskas rättsskyddet ur parternas och inte systemets synvinkel.

¹⁸⁸ Gällande detta, se t.ex. Tuori, JFT 1996, s. 493.

Partsautonomin och rättsskyddet motverkar delvis varandra. Partsautonomin betonar parternas självbestämmanderätt medan rättsskyddet delvis inskränker densamma. Man kan således hävda att rättsskipningen präglas av en konstant spänning mellan partsautonomi och rättsskydd.

Såväl principen om partsautonomi som principen om rättsskydd hör hemma i rättsskipningen. Mot denna bakgrund kan man ifrågasätta om det är lämpligt eller ens möjligt att använda begreppen partsautonomi och rättsskydd vid en granskning av alternativ tvistlösning. Att tala om partsautonomi och rättsskydd också vid en granskning av alternativ tvistlösning förefaller emellertid motive-
rat. Principernas centrala innehåll är relevant inte bara vid rättsskipning utan ådagalägger element som är gemensamma för alla tvistlösningsförfaranden, nämligen spänningen mellan parternas viljeyttring och skyddet av högre, abstraktare värden. Då man använder begreppen partsautonomi och rättsskydd i fråga om alternativ tvistlösning sker detta självfallet i överförd bemärkelse som uttryck för de centrala element principerna representerar.

Precis som i dispositiva tvistemål spelar parternas vilja en central roll vid alternativ tvistlösning. Som ovan konstaterats är frivillighet och flexibilitet den alternativa tvistlösningens honnörsord och här är det främst frivilligheten som får representera parternas självbestämmanderätt. Med användande av den vokabulär som introducerats ovan kan man alltså säga att den alternativa tvistlösningen bär en stark prägel av partsautonomi.

Med tanke på hur starkt den alternativa tvistlösningen präglas av parternas vilja kan man ifrågasätta om det alls finns något utrymme för ett skydd av högre värden utanför parternas omedelbara vilja. Så torde dock vara fallet. Trots att alltså partsautonomin ges stor betydelse vid alternativ tvistlösning bör dessa tvistlösningsmetoder också i viss mån trygga vissa helt grundläggande krav. Som exempel på detta kan nämnas att man även vid alternativ tvistlösning uppställer vissa krav på förfarandegarantier, vilket kan ses som ett uttryck för ett rättsskyddstänkande. Man kan således hävda att det, på ett allmänt plan, föreligger en spänning mellan partsautonomi och rättsskydd också vid alternativ tvistlösning.

Det ligger nära till hands att utgå från att den spänning mellan partsautonomi och rättsskydd som alltså kan skönjas i såväl rättsskipningen som den alternativa tvistlösningen också existerar i hybridmodeller som domstolsanknuten medling. En dylik spänning torde få betydelse särskilt i förhållande till eventuella förfarandegarantier: som ovan nämnts kan ett krav på förfarandegarantier ses som ett uttryck för ett rättsskyddstänkande, vilket kan kännas främmande i en kontext av alternativ tvistlösning. Granskningen av huruvida förfarandegarantier bör tryggas vid domstolsanknuten medling bör därför kompletteras med en granskning av vilken betydelse spänningen mellan partsautonomi och rättsskydd har vid domstolsanknuten medling.

5 Den teoretiska referensramens betydelse för den fortsatta granskningen

Avhandlingens rättsdogmatiska ansats till trots är det av yttersta vikt att förankra den tolkning och systematisering som följer i avhandlingens följande kapitel i vad jag kallar en teoretisk referensram. Som ovan nämnts sker tolkning och systematisering aldrig i ett vakuum utan bör granskas utgående från ett samhällsligt perspektiv.

För att åskådliggöra den fond mot vilken rättsskipningen och dess alternativ bör granskas har jag ovan presenterat tre trender som är karakteristiska för utvecklingen i det senmoderna samhället, nämligen de stora berättelsernas död, välfärdsstatens utmaningar och förrättsligandet. Dessa har inte gått rättsskipningen obemärkt förbi. Rättsskipningens och domstolarnas betydelse i det senmoderna samhället har ökat avsevärt samtidigt som medborgarnas Access to Justice minskat. En sådan förändring vore knappast möjlig utan att även synen på rättsskipningens uppgift och civilprocessens funktion påverkades. Man bör emellertid fråga sig om rättsskipningens uppgift har någon relevans i det senmoderna samhället som föraktar denna typ av stora berättelser. Jag hävdar att den fortfarande har relevans. Särskilt det starka förrättsligandet bidrar till att en allt större del av normerna är elastiska och därmed lämnar stort utrymme för tolkning. Samtidigt sker en maktförskjutning i riktning mot domstolarna. Detta innebär att den enskilde tolkarens värden och värderingar får ökad betydelse i den senmoderna rättstillämpningen. Dessa värden och värderingar kan uttryckas just genom abstraktioner som civilprocessens funktion.

Utvecklingen i det senmoderna samhället har inte enbart lett till att rättsskipningens betydelse ökat utan även till ett allt större tryck mot att hitta alternativ till densamma. Särskilt kan man skönja ett ökat intresse för att kombinera rättskipning och alternativ tvistlösning.

Samtidigt som man söker alternativ till rättsskipningen kan man skönja en stark fokusering på förfarandet och hur rättvist detta upplevs vara. I denna kontext accentueras förfarandegarantiernas betydelse. Mot den ovannämnda bakgrunden kan man konstatera att avhandlingens frågeställning verkar vara ytterst aktuell.

III
FÖRFARANDEGARANTIER VID
MEDLING, DOMARENS
FÖRLIKNINGSVERKSAMHET OCH
SKILJEFÖRFARANDE

1 Utgångspunkter för granskningen

För att kunna fastställa huruvida förfarandegarantier bör tryggas vid domstolsanknuten medling är det skäl att granska huruvida de utvalda förfarandegarantierna tryggas i ett antal rättsinstitut som på olika sätt bör anses vara alternativa i förhållande till rättsskipningen. För denna granskning har jag valt tre rättsinstitut: medling, domarens förlikningsverksamhet och skiljeförfarande. Jag redogör för de granskade rättsinstituten i den valda ordningen i ett försök att åskådliggöra den variation i graden av reglering som föreligger mellan rättsinstituten. Jag uppfattar därmed medlingen som det minst reglerade av rättsinstituten och skiljeförfarandet som det mest reglerade. Domarens förlikningsverksamhet placerar sig mellan dessa i fråga om grad av reglering. Jag kommer nedan att redogöra för vilka som är förfarandenas särdrag samt huruvida de förfarandegarantier som jag valt att granska i avhandlingen, nämligen rätten till opartisk handläggning, rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande samt rätten till offentlig förhandling, tryggas i respektive förfarande.

2 Medling

2.1 DEFINITIONER PÅ MEDLING

Medling är en alternativ metod för tvistlösning som på engelska kallas *mediation*.¹ Medlingen har utvecklats främst i USA och har starkt fotfäste i de anglosaxiska och angloamerikanska rättskulturerna.² Tvistlösningsmetoden har emellertid också vunnit allt större insteg i Europa.³ Medling har uppkommit som ett alternativ till rättsskipningen och berömmar sig av att vara en relativt oreglerad metod för tvistlösning.⁴ Avsaknaden av reglering medför emellertid svårigheter i fråga om att definiera vad medling egentligen är. Eftersom rättsinstitutet inte är lagstadgat existerar heller ingen legaldefinition och avsaknaden av reglering innebär också att utformningen av förfarandet varierar, vilket gör det svårt att ge en otvetydig beskrivning av rättsinstitutets innehåll.⁵

Rättslitteraturen innehåller ett stort antal olika definitioner på medling. Man kan t.ex. definiera medling utgående från dels ett konceptuellt och dels ett deskriptivt synsätt.⁶ En konceptuell definition utgår från medlingen i dess idealform och betonar vissa värderingar, principer och mål.⁷ Sådana definitioner av-

¹ Ordet *mediation* härstammar etymologiskt från latinets *medius* eller *medium* som betyder det som är i mitten. Se *Austbø – Engebretsen*, *Mekling i rettskonflikter*, s. 47.

² Gällande utvecklingen i USA, se t.ex. *Austbø – Engebretsen*, *Mekling i rettskonflikter*, s. 22–23. *Austbø – Engebretsen* konstaterar att medling är den avgjort mest använda formen av alternativ tvistlösning som används i USA. Gällande medling i Australien, se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*.

³ Betydelsen av medling varierar dock stort inom Europeiska unionens medlemsländer. Enligt den inventering som gjordes av Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris för kommissionens grönbok om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt KOM/2002/196/slutlig har medling haft svårt att vinna insteg i bl.a. Sverige, Portugal, Grekland, Finland, Danmark och Luxemburg. Längre har man kommit i Tyskland, Frankrike, Belgien, Österrike, Italien, England och Nederländerna. Gällande detta, se *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 688.

⁴ Se t.ex. *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 688.

⁵ Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 3.

⁶ Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 4–5.

⁷ Boulle nämner Folberg & Taylors definition på medling som ett exempel på en konceptuell definition: "[T]he process by which the participants, together with the assistance of a neutral person or persons, systematically isolate disputed issues in order to develop options, consider alternatives, and reach a consensual settlement that will accommodate their needs." Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 4. Menkel-Meadows förteckning över medlingens grundläggande funktioner kan också uppfattas som konceptuell: hon nämner att medling är en (i) konsensusbaserad process som är (ii) frivillig, (iii) som kräver deltagande, (iv) som underlättas av en utomstående, (v) som söker lösningar som baserar sig på gemensamt avtal och rättvisa mellan parterna och (vi) som strävar efter att öka förståelsen för den andra partens behov, intressen och situation. Se *Menkel-Meadow* i *Mediation. Theory, Policy and Practice*, s. xxix.

speglar inte nödvändigtvis vad som verkligen sker vid medling.⁸ En deskriptiv definition däremot utgår från vad som de facto sker vid medlingen, inte från en idealiserad teori.⁹

Enligt en relativt vedertagen definition är medling en metod för tvistlösning där en utomstående person som parterna accepterat (medlaren) och som saknar maktbefogenheter eller endast har inskränkta sådana inträder i en konflikt för att hjälpa parterna att nå en uppgörelse i godo.¹⁰ En annan ansats är att utgå från själva verksamheten och definiera medling som organiserad förhandling.¹¹

Man försöker ofta definiera medling utgående från dikotomier som baserar sig på medlingens motsatsförhållande till rättegången.¹² Detta kan göras t.ex. som en uppställning av kontrasterande principer där rättegången karakteriseras av ett syfte att genomdriva rättigheter medan medlingens syfte uppges vara att anpassa intressen, rättegången karakteriseras av processuella regler och medlingen av processuell flexibilitet samt rättegången ses som tillbakablickande medan medlingen ses som prospektiv.¹³ Sådana definitioner kan dock kritiseras för att framställa rättegången i en alltför negativ och medlingen i en alltför positiv dager.¹⁴

På basis av de olika definitioner som framförts kan man konstatera att medling kan definieras som ett konsensusbaserat förfarande som inte resulterar i något verkställbart avgörande, utan där resultatet i bästa fall blir ett avtal mellan parterna. Karakteristiskt för förfarandet är att det inte innehåller något dömande element, vilket också är utslagsgivande för hur förfarandet utformas. Eftersom medlaren – till skillnad från t.ex. domaren – inte har några befogenheter att avgöra tvisten på ett för parterna bindande sätt blir medlarens uppgift i första hand att hjälpa parterna att nå en förlikning utgående från parternas egna premisser.¹⁵

⁸ Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 4.

⁹ Boulle nämner Roberts definition på medling som ett exempel på en deskriptiv definition: "[...] a process of dispute resolution in which the disputants meet with the mediator to talk over and then attempt to settle their differences." Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 5.

¹⁰ Denna definition torde härstamma från Moore. Se *Moore*, *The Mediation Process*, s. 8. Se även *Lindell*, *Alternativ tvistlösning*, s. 70, *Vindeløv* i *Retlig polycentri* och *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 129. En motsvarande definition presenteras också av *Menkel-Meadow*. Se *Menkel-Meadow* i *Mediation. Theory, Policy and Practice*, s. xiii.

¹¹ Se *Norman*, *Medling*, s. 64. Förhandling anses vara en relativt grundläggande del av medlingen och framställningar om medling innefattar ofta också synpunkter på förhandling. Se t.ex. *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 674–675. För ytterligare definitioner på medling, se t.ex. *Brown – Marriott*, *ADR Principles and Practice*, s. 127, *Vindeløv*, *Konflikt, tvist og mægling – konfliktlösning ved forhandling*, s. 138 och *Austbø – Engebretsen*, *Mekling i rettskonflikter*, s. 47.

¹² Se *Ervasti*, *LM 2000*, s. 1249 och *Lindell*, *Alternativ tvistlösning*, s. 69–70.

¹³ Detta synsätt framträder tydligt hos Boulle. Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 34–42. Se även *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 683–684.

¹⁴ Jag har ovan redogjort för den kritik som framställts mot sådana dikotomiska framställningar. För en sammanfattning, se *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 134–139.

¹⁵ Det har framhållits att medlaren överlämnar ansvaret för att tvisten blir löst på parterna, men

Med tanke på att det saknas en enhetlig definition på medling kan man fråga sig om det finns några gränser för hur medling kan utformas, dvs. om det finns element som är oförenliga med medling. Medling har kritiserats för att ges för vid utformning och därigenom möjliggöra utformningar som är i det närmaste oförenliga med varandra.¹⁶ Det har t.ex. anförts att metoder som involverar ett värderande element inte skulle kallas medling utan i stället t.ex. skiljeförfarande eller *early neutral evaluation*. En generell utgångspunkt torde vara att metoder som innefattar ett dömande element inte kan benämnas medling.

2.2 FRIVILLIGHET SOM MEDLINGENS GRUNDTES

Medling är alltså ett konsensusbaserat förfarande som bygger på frivillighet och flexibilitet.¹⁷ Dessa drag genomsyrar hela rättsinstitutet och avspeglar sig i hur förfarandet inleds, hur det utformas och hur det avslutas.

Medling inleds på initiativ av parterna, såväl då det gäller *ad hoc* medling, dvs. medling som inte sker enligt någon organisations regler, som när det gäller institutionell medling, dvs. medling som sker i en viss organisations regi. Om initiativet kommer från enbart den ena parten kan medlingen inte inledas om inte den andra parten samtycker till medlingen – en part kan inte tvingas till medling. Ofta inleds medlingen på basis av ett avtal mellan parterna, vilket kan ha ingåtts antingen på förhand eller först då tvisten uppkommit. Enligt detta medlingsavtal förbinder sig parterna att försöka lösa en tvist genom medling.

I den anglosaxiska och angloamerikanska rättslitteraturen har man diskuterat huruvida ett sådant på förhand ingånget medlingsavtal skall kunna tvångsverkställas, dvs. huruvida den ena parten skall kunna tvinga den andra att genomgå medling på basis av ett tidigare ingånget avtal. För detta resonemang talar givetvis principen om avtalsbundenhet och det faktum att parterna tillsammans anses ha valt medlingen som tvistlösningsmetod. Mot resonemanget talar i sin tur det faktum att det knappast är ändamålsenligt att genomföra medlingen om inte parterna frivilligt går med på det: en medling där den ena parten tvingas med-

att han eller hon samtidigt bör övervaka att uppgörelsen inte blir orättvis och att den inte strider mot vad som kan anses vara etiskt godtagbart. Se *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 75. Medlingen omfattar således alltid åtminstone tre personer: vardera parten och medlaren. Inget hindrar att det utöver dessa finns ytterligare personer inblandade. Medling lämpar sig t.ex. ypperligt också för tvister med mera än bara två parter. Gällande detta, se *Moore*, The Mediation Process, s. 427. Inget hindrar heller att man använder sig av fler än en medlare. På engelska brukar man då tala om *co-mediation*. Detta kan vara ändamålsenligt t.ex. i familjetvister där såväl en medlare med juristbakgrund som en medlare med psykologbakgrund kan vara till hjälp. Det bör dock observeras att denna typ av medling ställer mycket höga krav på medlarnas samarbetsförmåga. Gällande detta, se t.ex. *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 65.

¹⁶ Se *Vindeløv*, Konfliktmægling, s. 258–259.

¹⁷ Gällande detta, se t.ex. *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 53.

verka resulterar knappast i någon uppgörelse i godo. Man kan här dra paralleller till skiljeförfarande, där ett skiljeavtal som parterna ingått är bindande och såtillvida kan tvångsverkställas att den ena parten kan hindra målet från att behandlas vid allmän domstol genom att hänvisa till skiljeavtalet. Ett påbörjat skiljeförfarande kan heller inte ensidigt avbrytas utan negativa sanktioner för den avbrytande parten. En avgörande skillnad torde dock vara att skiljeförfarandet, till skillnad från medlingen, innefattar ett dömande element och att skiljedomen blir bindande för parterna oberoende om de deltar aktivt i förfarandet eller inte. På denna grund kan man anse det motiverat att ett skiljeavtal kan tvångsverkställas, medan ett medlingsavtal inte kan det.

Eftersom resultatet av medling i bästa fall blir en uppgörelse i godo mellan parterna och inte ett verkställbart avgörande kombineras medlingsklausuler ofta med någon ytterligare alternativ metod för tvistlösning, t.ex. skiljeförfarande. På detta sätt försöker parterna trygga att en framtida tvist mellan dem blir slutgiltigt löst även om medlingen inte skulle resultera i en uppgörelse i godo eller om det inte längre skulle finnas förutsättningar för medling när tvisten väl har uppkommit.

Frivilligheten präglar också hur medlingen utformas i praktiken. Eftersom förfarandet inte är normativt saknas stadganden om hur medlingen skall gå till. Följaktligen ges parternas vilja central betydelse också på denna punkt. Då parterna själva valt att försöka bilägga sin tvist genom medling ligger det nära till hands att de också tillåts utforma förfarandet enligt eget gottfinnande. Det anförs ofta att medlingen inte kan genomföras effektivt utan båda parter aktiva medverkan. På grund av detta anses det vara ytterst viktigt att parterna själva är personligen närvarande eller att de som företräder parterna har full rätt att ingå förlikning för partens del.¹⁸

Vidare präglas också förfarandets avslutning av frivillighet. En eventuell uppgörelse i godo är i avgörande utsträckning beroende av parternas vilja.¹⁹ Vid medling eftersträvas inte ett resultat som överensstämmer med den materiella rätten utan parterna kan avtala om en lösning utgående från sina egna premisser. Parterna kan därför i det närmaste obehindrat diktera förfarandets utgång. Om förutsättningar för att nå en uppgörelse i godo verkar saknas eller om parterna annars anser det oändamålsenligt att fortsätta medlingen kan de i regel när som helst avbryta förfarandet. Eftersom medlingen är formfri kan förfarandet avbrytas på vilka grunder som helst – parterna torde knappast ens vara tvungna att uppge någon grund.

Eftersom frivilligheten således är medlingens honnörsord innebär detta också att parterna fritt kan avtala om hur förfarandet skall utformas. Således torde

¹⁸ Se t.ex. *Taivalkoski – Wallgren*, DL 2000, s. 627.

¹⁹ Om medlarens möjligheter att pressa parterna till en uppgörelse i godo, se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 135–136.

det inte föreligga några hinder för parterna att t.ex. avtala om sanktioner i det fall att den ena parten vägrar medla eller avbryter medlingen utan någon giltig orsak.

Trots att frivillighet är en av de centralaste hörnstenarna vid medling stöter man tidvis på hänvisningar till förfaranden som går under benämningen obligatorisk medling eller tvångsmedling.²⁰ Till exempel förutsätts ibland att parterna bör visa att de har genomgått medling för att de skall kunna anhängiggöra en tvist vid domstol eller för att behandlingen av tvisten skall fortskrida. Om medlingen således är en förutsättning för att parterna skall kunna föra tvisten till domstol kan den kallas obligatorisk. Denna typ av förfaranden har ofta kritiserats ur ändamålsenlighetssynvinkel. Det har ansetts att dylika obligatoriska steg för att kunna anhängiggöra en rättegång inte är i parternas intresse utan enbart fördröjer processen, eftersom parterna inte på riktigt ägnar sig åt frågan om hur tvisten skall lösas utan att medlingen i detta fall endast blir en läpparnas bekännelse för att parterna därefter skall kunna anhängiggöra tvisten. Det har tidvis till och med anförts att denna form av förfaranden kunde utgöra ett hinder för tillträdet till domstol.²¹

Det har anförts att obligatorisk medling är en motsägelsefull term: begreppet medling implicerar i sig att förfarandet är frivilligt.²² Begreppet obligatorisk medling verkar emellertid ha fått fotfäste och trycket mot olika former av icke-frivillig medling kommer sannolikt att öka ytterligare i framtiden.²³ I litteraturen har även tidvis anförts synpunkter på att det kan finnas mål där det är ändamålsenligt att tvinga någondera parten att delta i medlingen.²⁴

Eftersom förfarandet är konsensusbaserat går åsikterna i sär om huruvida medlaren skall kunna göra en värdering av tvistens sannolika utgång eller inte. Man kan framhålla att det ligger i medlingens natur att medlaren enbart skall hjälpa parterna att finna lösningen på sin tvist och att han eller hon därför inte ens på parternas begäran skall värdera tvisten och komma med något förslag till uppgörelse. Att medlaren värderar tvisten och kommer med lösningsförslag kan ur detta synsätt anses strida mot medlingens grundidé. Eftersom medlingen

²⁰ För referat av diskussionen om huruvida medling måste vara frivillig, se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 15–16. Se även *Austbø – Engebretsen*, *Mekling i rettskonflikter*, s. 53.

²¹ Detta är en fråga som uppmärksamrats t.ex. i Grönbok om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt KOM/2002/196/slutlig, s. 25.

²² Se t.ex. *Menkel-Meadow* i *Mediation. Theory, Policy and Practice*, s. xxvii. Menkel-Meadow konstaterar "In what is widely regarded as a classic misnomer, some court programmes now refer to 'mandatory mediation', seemingly robbing mediation of one of its axioms – voluntariness."

²³ Ett exempel på detta är utkastet till norsk *tvistelov*, vilket utgår från att en tvist antingen skall behandlas i *utenrettslig mekling* eller *forlikrådet* innan målet anhängiggörs vid domstol.

²⁴ Se t.ex. *Austbø – Engebretsen*, *Mekling i rettskonflikter*, s. 53. *Austbø – Engebretsen* nämner som exempel att hänsynen till den andra parten eller till andra som berörs av konflikten kan försvara ett sådant tillvägagångssätt, t.ex. vid upplösning av äktenskap eller samlevnad där tvisten också omfattar barn.

som ovan nämnts inte innefattar något dömande element kan man fråga sig om inte en värdering av tvisten i praktiken innebär att ett sådant kommer in köksvägen. Om så är fallet kan man eventuellt ifrågasätta medlingens berättigande – eftersom förfarandet har uppkommit som ett alternativ till rättsskipningen bör det inte utformas så att det i alltför hög grad påminner om densamma. Detta, i sin tur, väcker frågan om olika tvistlösningsmetoder har olika integritet, logik och moral och om således skiljemän och domare aldrig skall medla och medlare aldrig döma.²⁵ Man kan emellertid också se fördelar med att medlaren kan värdera tvisten och komma med lösningsförslag. Ofta kan det förefalla lättare att nå en uppgörelse i godo om medlaren själv kan vara aktiv och komma med förslag till hur tvisten skall lösas.

Det som ytterligare talar för att tillåta medlaren att värdera tvisten är att eftersom medlingen är konsensusbaserad och bygger på frivillighet bör parterna själva ha möjlighet att besluta om huruvida medlaren skall få värdera tvisten eller inte. Eftersom parterna har möjlighet att i övrigt utforma förfarandet utgående från sina egna önskemål skulle det förefalla överraskande att utesluta parternas möjlighet att avtala om att medlaren skulle få värdera tvisten. Man kan därför framhålla att medlaren bör kunna värdera tvisten och komma med förslag till uppgörelse om detta är i parternas intresse. Ofta brukar man då som tilläggsförutsättning uppställa att medlaren får värdera tvisten eller komma med lösningsförslag endast på parternas begäran eller med deras samtycke.

Frågan om huruvida medlaren får värdera tvisten eller inte får implikationer också för hur förfarandet utformas i praktiken. Ett drag som ofta framhävs som en av de största skillnaderna mellan medling och rättsskipning är att medling tar fasta på parternas intressen medan rättsskipningen i sin tur tar fasta på parternas rättigheter i syfte att avgöra vad som är rätt och fel. Man brukar säga att medlingen alltså anlägger ett intressebaserat perspektiv medan rättegången anlägger ett rättighetsbaserat perspektiv. Med ett intressebaserat perspektiv avser man att man vid lösningen av tvisten mellan parterna inte granskar tvisten utgående från vilken av parterna som har berättigade krav mot den andra. I stället söker man en lösning utgående från parternas intressen, vilket t.ex. kan vara att göra gemensamma affärer i framtiden eller att få ett omedelbart slut på tvisten. Ett intressebaserat perspektiv kan således sägas vara betydligt mera holistiskt än ett rättighetsbaserat perspektiv, vilket inskränker sig till att i det närmaste granska vilka rättigheter parterna har i en juridisk kontext.²⁶

Det intressebaserade perspektivet är särskilt framträdande i förfaranden där medlaren enbart strävar efter att få parterna att nå en uppgörelse i godo utgå-

²⁵ Gällande dessa frågor, se t.ex. *Menkel-Meadow* i *Mediation. Theory, Policy and Practice*, s. xxi.

²⁶ Man brukar på engelska använda begreppen *rights-based* och *interest-based*. Gällande skillnaden mellan rättighetsbaserat och intressebaserat perspektiv, se *Koulu* i *Prosessioikeus*, s. 1038.

ende från parternas egna intressen. Om medlaren däremot även får värdera tvisten förändras perspektivet något: att värdera tvisten och komma med lösningsförslag kan vara betydligt svårare utgående från ett intressebaserat perspektiv. För att kunna göra en värdering av tvisten övergår medlaren lätt till ett rättighetsbaserat perspektiv, vilket ofta i hög grad påminner om det perspektiv som domaren anlägger vid rättsskipning.²⁷ Detta förändrar eventuellt också medlingens natur så att förfarandet börjar påminna allt starkare om rättsskipningen. Man kan emellertid ifrågasätta om det är ändamålsenligt att utveckla alternativa metoder för tvistlösning mot större konformitet med rättsskipningen, eftersom den alternativa tvistlösningen får sitt berättigande just som alternativ till rättsskipningen.

Just frågan om medlingen skall innefatta ett värderande element eller inte brukar tas som utgångspunkt vid en systematisering av medling.²⁸ Man skiljer till exempel mellan facilitativ och evaluativ medling: vid facilitativ medling håller sig medlaren i bakgrunden och försöker få parterna att själva nå en förlikning, medan han eller hon vid evaluativ medling däremot har en aktivare roll och tar ställning för eller emot olika alternativ och kanske presenterar förlikningsförslag.²⁹ Man kan ytterligare systematisera medling i minimal intervention, där medlaren enbart för samman parterna och hjälper dem att kommunicera, och styrande intervention, där medlaren kan intervensera betydligt aktivare t.ex. genom att uppmana parterna att kompromissa eller genom att komma med förslag till uppgörelse.³⁰ Av de ovannämnda modellerna är facilitativ medling och minimal intervention exempel på förfaranden som ser medlarens roll som enbart att hjälpa parterna att bilägga sin tvist. Evaluativ medling och styrande intervention i sin tur tillskriver medlaren en betydligt större roll genom att han eller hon ges rätt att värdera tvisten och komma med förlikningsförslag. På grund av den flexibilitet i utformningen som präglar medlingen är det givetvis fråga om en glidande skala där olika element kan kombineras på olika sätt.

²⁷ Gällande detta, se t.ex. *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 309. Boulle konstaterar att i de fall där medlingen genomförs i en stark skugga av lagen finns det ibland ett krav på att medlingen skall vara rättighetsbaserad. Se även samma s. 75: "*Both settlement negotiation and evaluative negotiation operate under the shadow of the law, and in these models the anticipated judicial outcome can be highly influential in shaping the mediated agreements.*"

²⁸ Man använder således medlarens befogenheter i förfarandet som utgångspunkt för systematiseringen. Se t.ex. *Lindell*, *Alternativ tvistlösning*, s. 75 och *Ervasti*, LM 2000, s. 1252–1253.

²⁹ Se t.ex. *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 149–150 och *Austbø – Engebretsen*, *Mekling i rettskonflikter*, s. 51–52. En annan möjlighet är att skilja mellan avtalsmedling och evaluativ medling. Se t.ex. *Brown – Marriott*, *ADR Principles and Practice*, s. 348–362. Se även *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 658 som indelar medling i facilitativ, evaluativ och terapeutisk. En annan systematisering är att skilja mellan förlikningsmedling, facilitativ medling, terapeutisk medling och evaluativ medling. Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 28–30.

³⁰ Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 23.

2.3 PRAKTISK UTFORMNING

Det faktum att medlingen är alternativ i förhållande till rättsskipningen och ett alternativ till formalism och reglering avspeglas också i hur förfarandet utformas. Eftersom medling inte är en normativt reglerad metod för tvistlösning finns det ingen absolut modell för hur förfarandet skall genomföras. Tvärtom står det i princip medlaren och parterna fritt att tillsammans utforma medlingen på det sätt som passar bäst i det enskilda fallet.³¹

Trots avsaknaden av normativ grund verkar medlingsförfarandet ofta följa ett visst förlopp. Detta förlopp systematiseras dock på olika sätt och på denna punkt uppvisar litteraturen om medling stor variationsrikedom.³² I många försök till systematisering urskiljs dock åtminstone fem faser: det förberedande skedet, begynnelseskedet, sonderingsskedet, förhandlingsskedet och avslutningsskedet.³³ Dessa faser ingår i någon form i de allra flesta medlingar.³⁴ Medlingen börjar med det förberedande skedet, under vilket en av de första åtgärderna är att välja medlare. Under det förberedande skedet utreder medlaren parternas bakgrund och attityder, deras behov samt ofta också vissa grundläggande fakta om tvisten. Efter det förberedande skedet följer begynnelseskedet som inleder den egentliga medlingen. Ofta sker medlingen vid ett enda medlingssammanträde, vilket ofta inleds av medlarens öppningsanförande och parternas öppningsanföranden. Följande skede är sonderingsskedet, under vilket medlaren bygger upp ett förtroendefullt förhållande till parterna. I sonderingsskedet bör medlaren också låta parterna ge utlopp för sina känslor och utreda tvistiga frågor samt parternas behov och mål. Medlaren kan under sonderingsskedet också försöka se möjliga förlikningsstrategier. Då sonderingsskedet avslutas har medlaren ofta en relativt god uppfattning om vad saken gäller.

Härefter är det dags att övergå till själva förhandlingsskedet. Målet med förhandlingsskedet är att nå en uppgörelse i godo mellan parterna och att därigenom bilägga tvisten. Under förhandlingsskedet är det särskilt viktigt för medlaren att förstå parternas förhandlingsstrategier för att därigenom kunna få dem

³¹ Se *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 659. I denna kontext brukar man ofta tala om olika medlingsstrategier. För en sammanfattning av litteraturen gällande dessa, se *Ervasti*, *Käräjaoikeuksien sovintomenetelly*, s. 154–159. Se även *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 651–657. Lindells framställning stödjer sig främst på Moore. Se *Moore*, *The Mediation Process*.

³² För praktiska synpunkter på hur förfarandet kan genomföras, se *Norman*, *Medling*, s. 71–91, *Lindell*, *Alternativ tvistlösning*, s. 78–115, samma, *Civilprocessen*, s. 659–660, *Brown – Marriott*, *ADR Principles and Practice*, s. 154–188 och *Vindeløv*, *Konflikt, tvist og mægling – konfliktlösning ved forhandling*, s. 140–143. Se även *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 91–120.

³³ Denna indelning används av Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR). För referat av denna, se *Heikinheimo – Manninen*, *DL* 2002, s. 625–627.

³⁴ För en något annorlunda indelning, se *Austbø – Engebretsen*, *Mekling i rettskonflikter*, s. 60–62.

att närma sig varandra. Medlaren bör självfallet också själv använda de förhandlingstekniker han eller hon har för att få till stånd en uppgörelse i godo. Förhandlingsskedet avslutas antingen när parterna når en uppgörelse i godo eller när det är uppenbart att någon uppgörelse i godo inte kommer att nås. Därefter följer avslutningsskedet. Utformningen av detta beror självfallet på om förfarandet resulterat i en uppgörelse i godo eller inte. Om parterna nått en uppgörelse i godo uppsätter parterna med medlarens hjälp ett skriftligt och bindande avtal i avslutningsskedet. Om parterna däremot inte nått en uppgörelse i godo är syftet att i avslutningsskedet få parterna att trots allt utvärdera vilka framsteg som eventuellt gjorts trots att medlingen inte resulterat i någon uppgörelse i godo.

Vissa typer av åtgärder förknippas starkt med medling. En av dessa är s.k. *ex parte*-möten (*caucus meetings*), dvs. möten där medlaren träffar parterna var för sig utan att motparten är närvarande.³⁵ Under dessa möten kan medlaren effektivt utreda var parterna egentligen står, hur de förhåller sig till tvisten och vad de förväntar sig av en uppgörelse i godo. Det säger sig självt att om medlaren lyckats bygga upp ett förtroendefullt förhållande till parterna kan dessa eventuellt tänka sig att avslöja sina underliggande syften för medlaren då de träffar honom eller henne utan att motparten är närvarande. Om medlaren lyckas locka vardera parten att lägga sina kort på bordet under dessa möten kan han eller hon med kännedom om vardera partens underliggande intressen försöka finna gemensam mark att stå på och därmed lättare nå en uppgörelse i godo mellan parterna. Handböcker i medling utgår ofta från att *ex parte*-möten är en i det närmaste organisk beståndsdel av medlingen.³⁶ Dock har även kritik riktats mot *ex parte*-möten. Dylik kritik baserar sig ofta på att det anses strida mot medlingens natur att medlaren träffar parterna skilt för sig. Detta motiveras med att medlingen bygger på att tvisten skall lösas genom öppen kommunikation mellan parterna.³⁷

Hur förfarandet i praktiken utformas beror också delvis på hur polariserad tvisten är då medlaren träder in i bilden. Ofta genomförs medling redan innan tvisten anhängiggörs vid domstol och utgör därmed närmast en fortsättning på

³⁵ Gällande betydelsen av *ex parte*-möten vid medling, se t.ex. *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 92–98 och *Vindeløv*, Konfliktmægling, s. 207–217. I svensk litteratur kallas *ex parte*-möten ofta enskilda samtal. Se t.ex. *Lindell*, Civilprocessen, s. 671 och samma i Vänbok till Thorleif Bylund, s. 276.

³⁶ Se t.ex. *Heikinheimo – Manninen*, DL 2002, s. 626 och *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 94. Jfr dock *Lindell*, Civilprocessen, s. 671. *Lindell* konstaterar att *ex parte*-möten förekommer som ett regelmässigt inslag i vissa modeller, medan det däremot finns andra som bygger på tanken att *ex parte*-möten bör användas sparsamt.

³⁷ För referat av dylika synpunkter, se *Lindell*, Civilprocessen, s. 671, *Vindeløv*, Konfliktmægling, s. 207 och *York*, Practical ADR, s. 86. *York* nämner att kritik framförts eftersom målet med medling anses vara att uppmuntra parterna att vara öppnare gentemot varandra i fråga om olika lösningsalternativ.

parternas förhandlingar. Om så är fallet är motsatsförhållandet mellan parterna eventuellt inte ännu så starkt och parterna har kanske heller inte ännu bildat sig någon absolut uppfattning om hur målet ligger till rent juridiskt. Då kan medlingen ofta vara betydligt mindre formell än om parterna redan intagit rigida positioner som baserar sig på vad parterna uppfattar vara deras rättigheter. Det kan vara en utmaning för medlaren att få parterna att frigöra sig från intagna positioner om tvisten redan är långt framskriden. Om förhållandet mellan parterna emellertid är inflammerat avspeglas detta ofta också i hur förfarandet utformas.

2.4 MEDLAREN

Det faktum att medlingen inte är normativt reglerad och att den bygger på frivillighet och flexibilitet påverkar också synen på medlaren.³⁸ Vid *ad hoc* medling kan parterna fritt välja medlare och det ställs följaktligen ytterst få om ens några krav på medlarens kvalifikationer. I vissa institutionella förfaranden ställs specifika krav på medlaren, t.ex. att han eller hon skall ha genomgått en viss utbildning eller tillhöra en viss yrkeskår. Detta gäller t.ex. Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande, enligt vilka medlaren måste vara medlem av advokatförbundet och följaktligen advokat. Vem som lämpar sig som medlare i en viss tvist sammanhänger givetvis också med tvistens art.³⁹

Frågan om huruvida medlaren bör vara jurist eller inte är omtvistad.⁴⁰ Ofta framhålls att medlarens utbildning inte är av avgörande betydelse för om medlingen resulterar i en uppgörelse i godo eller inte. Detta talar för att medlaren alltså inte behöver vara jurist, utan att han eller hon kan vara en person som har specialkännedom om det område tvisten gäller eller en person som annars är betrodd av parterna.⁴¹ Ofta betonas att de psykologiska kvaliteter som krävs för att medlaren skall få parterna att nå en uppgörelse i godo är betydligt viktigare än hans eller hennes formella utbildning. Det finns dock de som framhåller att jurister just på grund av sin utbildning och sin vana att analysera tvister är särskilt lämpade som medlare.⁴² Just detta samma faktum har emellertid också anförts som motargument: jurister lämpar sig dåligt som medlare eftersom jurister

³⁸ För synpunkter på vad som krävs av en bra medlare, se *Norman*, Medling, s. 103.

³⁹ Om synpunkter att beakta vid val av medlare, se *Boulle*, Mediation: Principles, Process, Practice, s. 83–88.

⁴⁰ För olika synpunkter på debatten, se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 170–171. *Austbø – Engebretsen* framhåller att debatten tidvis varit inflammerad och att polariseringen ofta stått mellan psykologer och jurister.

⁴¹ Se t.ex. *Brown – Marriott*, ADR Principles and Practice, s. 142. Jfr dock *Heikinheimo – Manninen*, DL 2002, s. 622. *Heikinheimo – Manninen* framhåller att en medlare som är expert på det materiella området inte nödvändigtvis är någon god processledare.

⁴² Om juristens företrädan som medlare, se *Heikinheimo – Manninen*, DL 2002, s. 623.

tenderar att alltid granska tvisten utgående från parternas rättsliga positioner – något som eventuellt inte alls överensstämmer med medlingens intressebaserade perspektiv.⁴³ Det har framhållits att en icke-jurist har bättre förutsättningar än en jurist att fungera som medlare, eftersom juristen är utbildad i rättighetsbaserat tänkande och alltid automatiskt anlägger ett sådant perspektiv vid tvistlösning.

Oberoende av om medlaren är jurist och om han eller hon har någon substanskännedom är det av särskild vikt att medlaren behärskar den teknik förfarandet kräver.⁴⁴ En del framhåller att medlingsteknik är medfödd och baserar sig på mänskliga kvaliteter som en person antingen har eller inte har.⁴⁵ Andra i sin tur framhåller att medlingsteknik är något man kan lära sig.⁴⁶ Kurser i medlingsteknik finns att tillgå och i medlingsutbildningen ingår ofta element av förhandlingsträning. Ett centralt element i utbildningen är att medlaren skall lära sig att känna igen parternas förhandlingsstrategier och att själv använda motsvarande strategier och tekniker för att få parterna att nå en uppgörelse.⁴⁷ Vidare behandlas ofta också olika modeller för hur medlingen kan utformas, t.ex. vilka konkreta åtgärder medlaren kan vidta för att hjälpa parterna att lösa tvisten. Han eller hon kan t.ex. få parterna att börja kommunicera med varandra, förbättra kommunikationen, legitimera förfarandet, undervisa parter som är okunniga eller oförberedda eller agera syndabock.⁴⁸ Särskild vikt läggs vid hur medlaren skall komma i åtnjutande av och upprätthålla parternas förtroende.⁴⁹

Valet av medlare sammanhänger också med synen på huruvida medlaren skall värdera tvisten och ge förlikningsförslag eller inte, dvs. huruvida medlingen skall vara evaluativ. Olika synpunkter på valet mellan facilitativ och evaluativ medling anför i litteraturen. En del anser att evaluativ medling är oförenlig med medlingens grundtanke om frivillighet och flexibilitet: om medlaren tillåts värdera tvisten berövas parterna samtidigt möjligheten att själva finna en lösning som motsvarar deras intressen.⁵⁰ Andra, däremot, förhåller sig pragma-

⁴³ Se t.ex. *Wade*, SvJT 2001, s. 573.

⁴⁴ För en närmare beskrivning av medlarens uppgifter, se t.ex. *Vindeløv*, Konflikt, tvist og mægling – konfliktlösning ved forhandling, s. 137–149, *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 74–78, *Norman*, Medling, s. 71–90, *Brown – Marriott*, ADR Principles and Practice, s. 329–351, *Ervasti* i Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 26–31, samma, LM 2000, s. 1252–1255 samt *Lagus*, LM 1998, s. 595–601.

⁴⁵ Detta kallas tidvis medling enligt naturmetoden. Se t.ex. *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 168.

⁴⁶ Om behovet av utbildning för medlare, se *Boulle*, Mediation: Principles, Process, Practice, s. 227–228.

⁴⁷ Detta är av särskild vikt eftersom medlarens huvudsakliga uppgift är att hjälpa parterna att identifiera underliggande intressen. Se *Lindell*, Civilprocessen, s. 657.

⁴⁸ Se *Moore*, The Mediation Process, företrädesvis s. 166–211. Se även *Lindell*, Civilprocessen, s. 657–658.

⁴⁹ Gällande olika utbildningsprogram, se *Moore*, The Mediation Process, s. 450–462.

⁵⁰ För sådana tankar se t.ex. *Vindeløv*, Konfliktmægling, s. 202.

tiskt till frågan om värdering och utgår från att alla medel bör vara tillåtna för att få parterna att nå en förlikning. Valet mellan facilitativ eller evaluativ medling får betydelse för frågan om huruvida medlaren skall ha någon substanskännedom eller inte. Om man betonar att medlarens uppgift enbart är att hjälpa parterna att nå en förlikning är hans eller hennes sakkunskap om tvistens substans av begränsad betydelse. Om man däremot utgår från att medlaren även får värdera tvisten får hans eller hennes sakkunskap givetvis betydligt större betydelse.⁵¹ På denna punkt kan man skönja en allmän utvecklingstrend: betydelsen av medlarens sakkunskap betonas allt oftare vid valet av medlare.

2.5 FINLANDS ADVOKATFÖRBUNDS REGLER FÖR FÖRLIKNINGSFÖRFARANDE

Ett konkret exempel på medling i Finland är Finlands advokatförbunds förlikningsförfarande.⁵² Finlands advokatförbund fastställde 1998 regler för s.k. förlikningsförfarande, vilket är en form för institutionell medling.⁵³ Genom att t.ex. i ett avtal hänvisa till Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande kan parterna avtala om att en tvist mellan dem skall hänvisas till en medlare.⁵⁴ Förfarandet bygger helt och hållet på frivillighet, vilket medför att parterna tillsammans bör anhålla om att medlingen skall inledas. Om enbart den ena parten anhåller om att förfarandet skall inledas krävs den andra partens samtycke. Frivilligheten återspeglas också i det faktum att en part när som helst ensidigt kan avbryta förfarandet.

Enligt reglerna om förlikningsförfarande kan enbart advokater fungera som medlare. De medlemmar av advokatförbundet som utbildat sig till medlare och som upptagits i den förteckning över medlare som advokatförbundet upprätt-

⁵¹ Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 310.

⁵² Bland de modeller på medling som existerar i Finland har jag valt att presentera Finlands advokatförbunds förlikningsförfarande, eftersom detta förefaller ändamålsenligt. För det första gäller förfarandet privaträttsliga tvister, inte straffrättsliga, och är heller inte fokuserat på en viss typ av tvister (t.ex. familjetvister eller skoltvister). För det andra är förfarandet såtillvida normativt att Finlands advokatförbund har fastställt regler för förfarandet, vilket möjliggör en granskning av förfarandet. Att som jämförelseobjekt välja en form av medling som skulle ske enbart *ad hoc* eller som helt skulle sakna regler om förfarandet skulle vara föga givande och heller inte verifierbart. För det tredje har förfarandet blivit föremål för visst intresse i rättslitteraturen, vilket utökar tolkningsmaterialet. Se t.ex. *Taivalkoski – Wallgren*, DL 2000, s. 625–631 och *Heikinheimo – Manninen*, DL 2002, s. 618–629. Se även *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 123 och RP 114/2004, s. 10–11. För generella kommentarer om medling ur ett finländskt perspektiv, se t.ex. *Lagus*, LM 1998, s. 595–601 och *Ervasti*, LM 2000, s. 1237–1263.

⁵³ En motsvarande medlingsmodell återfinns också i Norge, där Den Norske Advokatforening uppsatt riktlinjer för medling enligt finsk modell (*Retlinjer for mekling ved advokater*). Se *Austbø – Engebretsen*, *Mekling i rettskonflikter*, s. 24 och 175–177.

⁵⁴ Dessa regler återfinns på Finlands advokatförbunds hemsida, www.asianajajat.fi (7.4.2005). Förfarandet kallas på finska *sovintomenettely*.

håller kan utses till medlare. Medlaren utses på parternas initiativ, varvid parterna således har en möjlighet att påverka vem av de personer som finns upptagna i förteckningen som skall utses till medlare. Medlaren kan också utses på förslag av advokatförbundets förlikningsnämnd som dock inte har något mandat att utse en medlare mot parternas vilja utan endast kan komma med förslag.

Eftersom medlaren alltid är advokat innehåller Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande en del regler som specifikt avspeglar förfarandets nära anknytning till advokatverksamheten. Av reglerna framgår att medlingsuppdraget betraktas som ett advokatuppdrag. Följaktligen tillämpas de regler som i allmänhet tillämpas på advokatens verksamhet också när denne fungerar som medlare.⁵⁵ Advokaten är alltså också då han eller hon fungerar som medlare skyldig att följa t.ex. de vägledande reglerna om god advokatsed.⁵⁶

Förfarandet har väckt stort intresse bland advokatförbundets medlemmar – hela 233 medlemmar av ca 1700 är kvalificerade medlare och 438 medlemmar (de ovannämnda inklusive) har fått medlingsutbildning.⁵⁷ Trots detta är antalet fall som behandlats i förfarandet fortfarande blygsamt – fram till hösten 2003 hade endast 13 medlingar rapporterats till advokatförbundet.⁵⁸ Man kan givetvis fråga sig vad detta beror på. Eftersom det oftast torde vara advokaterna som rådgör sina huvudmän i fråga om val av tvistlösningsmetod ligger det nära till hands att utgå från att advokaterna inte föreslår förfarandet för sina huvudmän i tillräcklig mån, detta trots att förfarandet torde vara välkänt bland advokatförbundets medlemmar. Varför så inte sker kan ha ett antal förklaringar. Man kan t.ex. tänka sig att advokaterna trots det stora intresset för medlarutbildningen inte blivit övertygade om förfarandet och därför inte rekommenderar detta för sina huvudmän. Det är även möjligt att huvudmännen inte är beredda att pröva en tvist-

⁵⁵ I praktiken innebär detta att också advokatens medlingsverksamhet underlyder advokatförbundets kontroll, vilket bidrar till uppfattningen om att advokater är särskilt lämpade som medlare. Se *Taivalkoski – Wallgren*, DL 2000, s. 625 och av dem refererade källor.

⁵⁶ I reglerna för förlikningsförfarande konstateras att advokaten underlyder de vägledande reglerna om god advokatsed till tillämpliga delar – denna kvalifikation baserar sig främst på att de vägledande reglerna om god advokatsed är skrivna med tanke på uppdrag där advokaten företräder endast den ena parten i en tvist. Gällande de vägledande reglerna om god advokatsed och medling, se *Taivalkoski – Wallgren*, DL 2000, s. 625–631. Det är i detta sammanhang värt att notera att det inte alls är någon självklarhet att advokater som fungerar som medlare är underställda samma etiska regler som vid övriga advokatuppdrag. Gällande detta, se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 245–246. Se även *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 676. Ur ett finländskt perspektiv ter det sig i det närmaste otänkbart att en advokat inte skulle vara underställd de vägledande reglerna om god advokatsed när han eller hon utför ett medlingsuppdrag. Detta torde givetvis delvis gå att föra tillbaka på det faktum att förfarandet i detta fall sker i Finlands advokatförbunds regi.

⁵⁷ Se Suomen Asianajajaliiton lausunto oikeusministeriölle tuomioistuinsovittelutyöryhmän mietinnöstä 2003, s. 750.

⁵⁸ Se Tuomioistuinsovittelutyöryhmän mietintö 2003:3, s. 288.

lösningssmetod som fortsättningsvis känns relativt ny. Ett skäl som tidvis framförs är även att det vore mindre lukrativt för advokater att hänvisa sina huvudmän till medling är till andra former av tvistlösning. Det mest sannolika torde emellertid vara att advokaterna trots det stora intresset för utbildningen ännu inte internaliserat förfarandet som ett alternativ på tvistlösningssmenyn – något som torde korrigeras med tiden förutsatt att advokaterna kontinuerligt påminns om förfarandets existens. Bristen på genomslag innebär emellertid inte nödvändigtvis ett misslyckande: det har framhållits att förfarandet trots detta haft betydelse för den allmänna inställningen till och kännedomen om alternativa metoder för tvistlösning på grund av att så många advokater deltagit i utbildningen.⁵⁹

2.6 FÖRFARANDEGARANTIER VID MEDLING

2.6.1 Inledning

Eftersom medling är ett konsensusbaserat förfarande kan man fråga sig om man alls kan eller bör uppställa några förfarandegarantier vid medling.⁶⁰ Man kunde anse att parterna borde tillåtas utforma förfarandet som de vill utan de begränsningar som förfarandegarantier eventuellt medför. Den formella likställdhet som är rättsskipningens ledstjärna saknas vid medling och det finns ingenting som formellt hindrar medlaren från att behandla parterna olika genom att t.ex. tillbringa mera tid i enrum med den ena parten än med den andra. Detta har tidvis kritiserats som en av medlingens nackdelar. Denna kritik har emellertid bemötts med synpunkter på att medling baserar sig på en alternativ uppsättning värderingar där rättegångens formalism ersätts med informell process och rättvisa genom parternas direkta medverkan trots att medlingen inte upprätthåller samma förfarandegarantier som rättegången.⁶¹

Frågan om förfarandegarantier vid medling är emellertid mera mångfacetterad än så. Trots att förfarandets honnörssord är frivillighet och flexibilitet framhålls allt oftare att partsautonomin inte kan vara helt obegränsad, särskilt i förhållande till förfarandegarantierna.⁶² Denna vilja att uppställa vissa kvalitativa

⁵⁹ Se *Ervasti*, Käräjaoikeuksien sovintomenettely, s. 127.

⁶⁰ Det faktum att medling är ett konsensusbaserat förfarande har ansetts medföra bl.a. att om parterna når en uppgörelse bär de själva ansvaret för denna; medlarens roll är enbart att underlätta uppkomsten av en uppgörelse. Se t.ex. *Menkel-Meadow* i *Mediation. Theory, Policy and Practice*, s. xxv.

⁶¹ Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 56.

⁶² Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 305–306. Boulle definierar strävan efter att knyta förfarandegarantier till medling som en central trend inom medlingen. Han konstaterar att man allt oftare eftersträvar evaluativ medling och det blir allt viktigare med rättvisa och förfarandegarantier. Se även *Redfern – Hunter*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, s. 42.

normer för förfarandet har delvis även uppmärksamrats i form av olika regleringsinitiativ. Särskilt i USA har regler om god medlaretik fastställts av olika organisationer, t.ex. American Arbitration Association, American Bar Association och Society of Professionals in Dispute Resolution.⁶³ Också i Europa har behovet av regler för god medlaretik uppmärksamrats, t.ex. av den europeiska advokatororganisationen CCBE och av EU-kommissionen.⁶⁴ Det är i detta sammanhang skäl att notera att strävan efter att inom ramen för olika organisationer uppställa etiska regler av det slag som nämnts ovan inte alls är specifikt för den alternativa tvistlösningen. Tvärtom är den ett utslag av tidsandan i det senmoderna samhället. Motsvarande tendenser kan skönjas t.ex. inom seriös företagsverksamhet.⁶⁵ Denna generella strävan efter att skapa kontextualiserade etiska koder kan ses som ett utslag av det faktum att de universella etiska värderingarna förlorat sin betydelse i det senmoderna samhället. Då sådana universella värderingar saknas uppkommer ett tydligt behov att skapa motsvarande regler i mindre sammanhang, t.ex. inom en viss profession eller ett visst företag.

Eftersom medlingen är ett icke-positivt rättsinstitut som saknar anknytning till rättsskipningen säger det sig självt att inga av de normer som slår fast vilka förfarandegarantier som skall tryggas i rättsskipningen blir direkt tillämpliga vid medling. Således tillämpas alltså varken artikel 6 i mänskorättskonventionen, grundlagens stadgande om en rättvis rättegång eller rättegångsbalkens stadganden om förfarandegarantier på medling.

2.6.2 Rätten till opartisk handläggning

Den förfarandegaranti som huvudsakligen brukar uppmärksammas vid medling är rätten till opartisk handläggning.⁶⁶ Med rätten till opartisk handläggning vid medling avses egentligen en tudelad förfarandegaranti: man brukar skilja mellan å ena sidan medlarens neutralitet och å andra sidan hans eller hennes opartiskhet.⁶⁷ Med neutralitet avser man relationen mellan medlaren och par-

⁶³ Gällande dessa, se *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 677.

⁶⁴ Se dokumentet Code of Conduct for Mediators på adressen www.europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_en.htm (7.4.2005). Behovet av förfarandegarantier uppmärksammas också i EU-kommissionens Grönbok om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt KOM/2002/196/slutlig, s. 27–29.

⁶⁵ Gällande detta, se *Wilhelmsson*, *Senmodern ansvarsrätt*, s. 139. Mera generellt om värderingars betydelse som grund för professionell verksamhet, se *Paarma*, DL 2000, s. 516–520.

⁶⁶ Se t.ex. *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 132. *Ervasti* konstaterar att man i allmänhet förutsätter att medlaren är neutral och opartisk, oberoende av från vilka ideologiska eller teoretiska utgångspunkter man granskar medlarens roll och uppgifter. Se även *Austbø – Engebretsen*, *Mekling i rettskonflikter*, s. 159.

⁶⁷ Se t.ex. *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 649. *Lindell* konstaterar att frågan om medlarens opartiskhet har diskuterats ingående i den amerikanska litteraturen om medling. Se även *Taivalkoski – Wallgren*, DL 2000, s. 629. Denna indelning har också anammats bl.a. i 4 § Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande.

terna, dvs. att medlaren inte får ha några ekonomiska, sociala eller psykologiska kopplingar till parterna, vilka kunde inverka på hans eller hennes inblandning i tvisten.⁶⁸ Neutraliteten kan också uttryckas som avsaknaden av ett intresse att uppnå ett visst resultat.⁶⁹ Med opartiskhet i sin tur avses att medlaren inte genom ord och handlingar får gynna den ena parten på den andras bekostnad.⁷⁰ Ett annat sätt att uttrycka detta är att opartiskhet innebär att inte tycka bättre om den ena parten än om den andra.⁷¹ Begreppen överlappar delvis varandra.⁷²

Såväl kravet på opartiskhet som kravet på neutralitet har tidvis kritiserats för att vara orealistiska och omöjliga att uppnå i praktiken: bägge begreppen innefattar ett krav på värderingsfrihet som är omöjligt att uppnå i mänsklig verksamhet.⁷³ Det man däremot kan förvänta sig är att medlaren gör klart för sig själv vilka hans eller hennes värdepremisser är och strävar efter att göra åtskillnad mellan sin uppfattning samt parternas intressen och behov.

Den främsta kritiken har anförts mot kravet på neutralitet. På denna punkt går nämligen åsikterna isär. En av orsakerna till detta är givetvis att neutralitet, precis som många andra begrepp inom den alternativa tvistlösningen, inte kan ges något fristående innehåll utan är beroende av kontextuell och kulturell förankring.⁷⁴ Många definitioner på medling innefattar ett neutralitetskrav – ett exempel på detta är definitionen på medling som ett förfarande där en neutral tredje person hjälper parterna att nå en uppgörelse i godo.⁷⁵ Utgående från en sådan definition säger det sig självt att medlaren bör vara neutral.⁷⁶ Kravet på neutralitet har emellertid också ifrågasatts.⁷⁷ Det har anförts att neutraliteten visserli-

⁶⁸ Se t.ex. *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 71 och samma, *Civilprocessen*, s. 649.

⁶⁹ Se *Vindeløv*, Konfliktmægling, s. 199.

⁷⁰ Se t.ex. *Vindeløv*, Konflikt, tvist og mægling – konfliktlösning ved forhandling, s. 202–203, *Norman*, Medling, s. 116–117, *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 71 och *Boulle*, Mediation: Principles, Process, Practice, s. 19.

⁷¹ Se *Vindeløv*, Konfliktmægling, s. 199.

⁷² Se t.ex. *Norman*, Medling, s. 116–117. Se även *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 649. Lindell konstaterar att indelningen i neutralitet och opartiskhet inte görs av alla författare utan att en del endast använder begreppet opartiskhet.

⁷³ Se *Vindeløv*, Konfliktmægling, s. 199–200. Vindeløv beskriver ett alternativt neutralitetsbegrepp som går ut på att medlaren förpliktar sig att använda sitt inflytande uteslutande till att hålla fast parternas slutliga herradöme över den förlikning de ingår vid medlingen.

⁷⁴ Detta konstateras t.ex. av Menkel-Meadow. Se *Menkel-Meadow* i Mediation. Theory, Policy and Practice, s. xxv. Se även samma verk, s. xxix–xxx, där frågan om huruvida medlaren bör vara neutral eller inte definieras som en av de centrala tvistefrågorna bland medlingsteoretiker.

⁷⁵ Se *Norman*, Medling, s. 116–117 och *Taivalkoski – Wallgren*, DL 2000, s. 627.

⁷⁶ Austbø – Engebretsen har en något annorlunda utgångspunkt och betonar neutralitetens instrumentella betydelse. De anför att neutralitet är en fundamental förutsättning för att båda parterna i konflikten skall lita på medlaren. Se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 159.

⁷⁷ Se t.ex. *Menkel-Meadow* i Mediation. Theory, Policy and Practice, s. xvi. Menkel-Meadow konstaterar att många medlingsprocesser, särskilt i historiskt perspektiv och med kulturella variationer, involverat en medlare som inte alls varit neutral utan t.ex. en stamäldste eller annan välkänd och betrodd person. I modern kontext ser man ofta också medlaren som en sakkunnig som

gen har en viktig legitimerande funktion men att kravet på neutralitet inte baserar sig på en analys av medlarens verkliga roll och uppgift vid medling.⁷⁸ Vidare har det framförts att ett strängt krav på neutralitet tidvis är kontraproduktivt med tanke på medlingens syften.⁷⁹ Det har till och med framförts att det varken är möjligt eller eftersträvansvärt att en medlare är neutral.⁸⁰ Tidvis framhålls också att kravet på neutralitet motarbetar möjligheten att nå en uppgörelse i godo. I vissa fall kunde det mest effektiva vara att utse en medlare som känner såväl parterna som tvisten sedan tidigare, men som därigenom inte uppfyller neutralitetskravet. Att utesluta en sådan persons möjligheter att verka som medlare skulle inte nödvändigtvis överensstämma med parternas intressen.

Kritiken mot neutralitetskravet sammanhänger med det faktum att medlingen inte resulterar i ett verkställbart avgörande utan i bästa fall i en förlikning mellan parterna. Eftersom medlarens uppgift därför snarast är att hjälpa parterna att nå en förlikning, inte att döma i målet, anses det inte finnas något behov av att skydda parterna mot bristande neutralitet. Kravet på neutralitet kan anses befogat i situationer där en person har makt att avgöra ett mål till den ena eller andra partens fördel. I medling saknar medlaren sådana maktbefogenheter, varför det kan anföras att neutralitet inte borde vara en absolut förutsättning.

Kravet på opartiskhet är, i sin tur, betydligt mindre omstritt. Då definitionen på kravet på opartiskhet utgår från att medlaren skall behandla parterna lika och att han eller hon inte får ta parti för någondera parten verkar de flesta vara eniga om att medlaren bör uppfylla detta krav. Det har till och med anförts att opartiskhet utgör kärnan i medlingen och att man därför under inga omständigheter kan ge avkall på denna.⁸¹

Hur kraven på neutralitet och opartiskhet skall bedömas sammanhänger också med vilken medlarens roll är i förfarandet. Eftersom medlaren inte skall avgöra tvisten utan enbart hjälpa parterna att nå en uppgörelse i godo skiljer sig bedömningen av medlarens neutralitet och opartiskhet från den jävsbedömning

garanterar opartiskhet men som de facto vet en hel del om parterna och tvisten. I vissa kulturer, t.ex. Kina och Japan, utgår man från att medlaren inte är neutral utan han eller hon kan vara en överordnad, granne eller någon annan person som hör till ett socialt nätverk. Om detta, se *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 649 och av honom refererade källor.

⁷⁸ Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 18–19 och av honom refererade källor.

⁷⁹ Se t.ex. *Austbø – Engebretsen*, *Mekling i rettskonflikter*, s. 48. *Austbø – Engebretsen* framhåller att medlarens rädsla för att parterna skall uppfatta honom eller henne som partisk kan medföra större försiktighet och tillbakadragenhet än vad som strängt taget hade varit ändamålsenligt i förhållande till målsättningen att hjälpa parterna att komma fram till bästa möjliga lösning på konflikten.

⁸⁰ Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 19 och av honom refererade källor. Se även *Menkel-Meadow* i *Mediation. Theory, Policy and Practice*, s. xxv. *Menkel-Meadow* konstaterar med hänvisning till *Gadlin* och *Pino* i samma verk att medlarens neutralitet måste revärdas utgående från det faktum att medlaren aldrig är fri från värderingar.

⁸¹ Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 21.

som görs vid en rättegång.⁸² Man kan därför hävda att sådana omständigheter som skulle innebära jäv för domaren inte nödvändigtvis innebär att medlaren är icke-neutral eller partisk. Det säger sig självt att eftersom medlarens uppgift inte är att döma i målet är hans eller hennes position inte lika utsatt som domarens.⁸³

Vad som i praktiken kan utgöra hot mot medlarens neutralitet och opartiskhet är svårt att definiera på ett allmänt plan.⁸⁴ Medlarens huvudsakliga uppgift är som ovan nämnts att hjälpa parterna att nå en förlikning. Hur medlaren går tillväga i sitt värv får han eller hon i hög grad bestämma själv. För att nå en förlikning kan det tidvis vara nödvändigt för medlaren att sätta press på parterna och det ligger nära till hands att tänka sig att det åtminstone i teorin föreligger en risk för att medlaren sätter så hård press på parterna att de upplever sig bli tvingade till en förlikning. Ett dylikt förfarande är inte acceptabelt utan strider mot medlingens natur – medlingen är ett förfarande som bygger på konsensus mellan parterna och där det uttryckliga målet är att nå en förlikning som baserar sig på parternas egen vilja. Om medlaren således alltför hårt eftersträvar en förlikning med ett visst innehåll kan detta uppfattas så att han eller hon tar parti för den ena parten. Vidare hör det till medlarens uppgifter att försöka omformulera parternas ståndpunkter under medlingen och delvis ikläda sig rollen som djävulens advokat. Ett sådant förfarande kan givetvis lätt leda till att medlarens neutralitet och opartiskhet ifrågasätts.⁸⁵

Problem i förhållande till kravet på opartiskhet kan också uppkomma om man ålägger medlaren en skyldighet att tillvarata den svagare partens intressen. Det är möjligt att parterna i medlingen är olika starka och att det är uppenbart att det föreligger en risk för att den svagare parten tvingas pruta på sina intressen – precis den situation som beskrevs ovan som en nackdel med medlingen. En dylik situation kan paradoxalt nog vara svår med tanke på kravet på opartiskhet. Dels finns kravet på opartiskhet givetvis till just för att trygga särskilt den svagare partens rättsskydd i förfarandet. Dels kan medlarens opartiskhet emellertid lätt ifrågasättas om han eller hon åtar sig rollen att stöda den svagare parten och se till att dennes intressen tillgodoses. Motsvarande problematik uppkommer om man ålägger medlaren en skyldighet att garantera att uppgörel-

⁸² Se *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 72.

⁸³ Det generella krav på opartiskhet som hänför sig till domstolens verksamhet saknas vid medling. Se *Vindeløv*, Konflikt, tvist og mægling – konfliktlösning ved forhandling, s. 202.

⁸⁴ Se *Taivalkoski – Wallgren*, DL 2000, s. 629. Taivalkoski – Wallgren framför att bedömningen av en medlares opartiskhet skulle göras enligt samma måttstock som bedömningen av skiljemanens opartiskhet. I särskilda medlingsregler har man ofta försökt slå fast förfarandet för avgörande av medlarens opartiskhet. Se också t.ex. i 4 § 5 mom. Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande varav framgår att medlaren under förfarandets gång måste uppmärksamma parterna på brister i sin opartiskhet.

⁸⁵ Se *Norman*, Medling, s. 116.

sen är rättvis.⁸⁶ På denna punkt frågar man sig dock vad som avses med en rättvis uppgörelse. Eftersom medlaren särskilt vid facilitativ medling inte skall göra någon bedömning av tvisten utan endast hjälpa parterna att finna varandra kan man knappast tänka sig att medlarens bedömning av vad som vore en rättvis uppgörelse skulle basera sig på en juridisk eller substansmässig bedömning av tvisten. Det torde därför snarare bli fråga om en allmän skälighetsbedömning. Att ålägga medlaren en sådan skyldighet eller ens ge honom eller henne rätt att utföra en sådan bedömning kan starkt ifrågasättas.

Som ovan nämnts går uppfattningarna om huruvida *ex parte*-möten är acceptabla i sär. De som anser att dylika möten hör organiskt samman med medlingen finner sällan *ex parte*-möten problematiska i förhållande till medlarens opartiskhet. Eftersom medlaren inte kan övergå till att döma i målet om en förlikning inte nås anses hans eller hennes agerande vid *ex parte*-möten inte utgöra något problem. Det finns emellertid även de som kritiserar *ex parte*-möten för att vara olämpliga, eftersom dylika möten resulterar i att medlaren blir den ende som sitter inne med all den information som förmedlats i förfarandet. Detta leder till risk för manipulation och till att medlarens neutralitet försätts i vågskålen.⁸⁷

Med tanke på *ex parte*-mötenas utformning är det viktigt att medlaren försäkrar sig om att parternas förtroende för honom eller henne inte rubbas av att medlaren träffar parterna var för sig. Medlingen bygger ju på att parterna har förtroende för medlaren och medlaren bör se till att detta förtroende byggs upp på ett sådant sätt att parterna litar på att medlaren inte missbrukar parternas förtroende under *ex parte*-mötena. Detta gör medlaren lämpligast genom att noga förklara för parterna hur förfarandet går till och vad som är syftet med *ex parte*-mötena.

Många av synpunkterna på kravet på neutralitet kan föras tillbaka på det faktum att medlaren inte dömer i målet utan att hans eller hennes uppgift endast är att hjälpa parterna att nå en förlikning. Detta gäller för facilitativ medling. Vid evaluativ medling är utgångspunkten dock givetvis något annorlunda och det är därför skäl att närmare granska kravet på neutralitet i förhållande till evaluativ medling.⁸⁸ Som ovan nämnts innebär evaluativ medling att medlaren inte enbart hjälper parterna att nå en förlikning utan också värderar tvisten, t.ex. genom att uttala sin uppfattning om de lösningsförslag som parterna lagt fram.⁸⁹ Detta innebär således ett steg i riktning mot dömande, vilket bör få återverkningar också för bedömningen av kraven på neutralitet och opartiskhet. Tidvis fram-

⁸⁶ Se Norman, Medling, s. 117.

⁸⁷ För dylika synpunkter, se Vindeløv, Konfliktmægling, s. 210–211.

⁸⁸ Gällande detta, se Ervasti, LM 2000, s. 1252–1253.

⁸⁹ Ett dylikt förfarande är relativt vanligt förekommande vid medling och kallas realitetstestning (*reality testing*).

hålls att evaluativ medling kan äventyra medlarens neutralitet och opartiskhet.⁹⁰ Det säger sig självt att man bör ställa högre krav på en medlare som värderar tvisten än på en medlare som enbart försöker få parterna att själva nå fram till en förlikning.

Ytterligare ett steg i riktning mot dömande tar man i det fall att man accepterar att medlaren inte enbart kan värdera parternas ståndpunkter utan även avge förlikningsförslag. Om så är fallet värderar ju medlaren inte enbart tvisten på ett allmänt plan utan kommer också med ett konkret förslag till hur tvisten skall biläggas. I dylika fall bör kraven på medlarens opartiskhet ställas ännu högre. Ett förlikningsförslag medför särskilda risker för medlarens opartiskhet. Medlarens förlikningsförslag kan lätt uppfattas som partiskt och särskilt i det fall att förslaget förkastas kan man fråga sig om det finns förutsättningar för medlaren att fortsätta medlingen eller om hans eller hennes opartiskhet rubbats på ett så grundläggande sätt att medlaren inte längre kan anses vara lämplig för uppdraget. Vid bedömningen av kravet på opartiskhet i förhållande till medlarens förslag till uppgörelse bör man hålla i minnet vilken betydelse förslaget har *vis à vis* den fortsatta behandlingen. Även om parterna förkastar medlarens förslag till uppgörelse kommer denne ju inte att döma i målet, varför det förkastade förslaget knappast kan innebära några faktiska risker för parternas rättsskydd. Om medlaren varit neutral och opartisk då han eller hon avgett förslaget innebär det inte nödvändigtvis att medlaren skulle bli jävig att fortsätta medlingen om parterna förkastar förslaget.

Kravet på neutralitet och opartiskhet är dubbelsidigt vid medling. Dels innebär kravet en förfarandegaranti: legitimiteten i förfarandet kräver att medlaren är objektiv och att han eller hon inte gynnar den ena parten på den andres bekostnad. Dels uttrycker kravet emellertid också en pragmatisk förutsättning för att förfarandet skall kunna genomföras – om inte medlaren förhåller sig objektivt till parterna har dessa knappast förtroende för honom eller henne, vilket i sin tur sannolikt medför att medlingen inte resulterar i någon uppgörelse i godo.⁹¹ Eftersom det de facto är så att frågan om huruvida medlingen resulterar i en uppgörelse i godo eller inte ofta är beroende av parternas förtroende för medlaren innebär kravet på neutralitet och opartiskhet i själva verket en grundförutsättning för förfarandet.

Medlarens opartiskhet anses vara en så central förfarandegaranti att parterna

⁹⁰ Se t.ex. *Taivalkoski – Wallgren*, DL 2000, s. 627. Taivalkoski – Wallgren framför att medlaren inte kan ta ställning till substansfrågor utan att sätta sin oavhängighet på spel. Se även *Norman*, Medling, s. 66 och *Vindeløv*, Konfliktmægling, s. 202–203. Vindeløv förhåller sig negativ till evaluativ medling men konstaterar att det inte heller är realistiskt att utgå från att medlaren alltid saknar uppfattning om det sätt på vilket tvisten bäst kunde lösas. Vindeløv framlägger synpunkter på hur medlaren i praktiken skall gå tillväga när han eller hon t.ex. realitetstestar och konstaterar att skillnaden mellan öppna frågor och hot ofta kan ligga enbart i tonfallet.

⁹¹ Se *Boulle*, Mediation: Principles, Process, Practice, s. 179.

inte kan tillåtas samtycka till en inskränkning av denna. Det har ansetts otänkbart att parterna skulle kunna godkänna att medlaren uppträder partiskt.⁹² Trots att parterna inte ges någon rätt att samtycka till att medlaren är partisk torde parterna de facto delvis kunna göra så. Eftersom brister i medlarens opartiskhet i de flesta fall uppdagas endast om parterna reagerar på dessa torde parterna genom att inte göra någon invändning om medlarens opartiskhet i praktiken kunna samtycka till brister i denna. Däremot har det anförts att parterna bör kunna samtycka till att medlaren inte är neutral.⁹³

Rätten till opartisk handläggning uppmärksammas också i Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande. Enligt 7 § Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande skall kravet på opartiskhet respekteras. Medlaren skall vara såväl neutral som opartisk. Detta anses dock inte hindra att medlaren träffar parterna var för sig vid ex parte-möten, om parterna inte avtalat om annat. Däremot anses rätten till neutral och opartisk handläggning uppställa hinder för att medlaren evaluerar tvisten och kommer med lösningsförslag. I reglerna konstateras uttryckligen att medlaren inte får ta ställning till substansfrågor.⁹⁴ Förlikningsförfarandet är således renodlat facilitativt – medlarens enda uppgift är att hjälpa parterna att nå en uppgörelse i godo.

Rätten till neutral och opartisk handläggning medför också särskild reglering gällande intressekonflikter: Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande utesluter uttryckligen advokatens möjligheter att vara ombud för någondera parten i en tvist som eventuellt anhängiggörs på grund av att förfarandet inte resulterat i en uppgörelse. På denna punkt kan det emellertid vara skäl att notera att det delvis kan vara svårt att avgöra om en tvist där medlaren blir anlitad som ombud är samma tvist i vilken han eller hon tidigare medlat och som anhängiggörs på grund av att ett förlikningsförfarande inte resulterat i en uppgörelse i godo. Det torde således finnas skäl för medlaren att förhålla sig mycket försiktig i situationer där han eller hon blir kontaktad av parter för vilka han eller hon fungerat som medlare och noga utreda att medlingen inte uppställer hinder för att ta emot uppdraget. Vidare är det skäl att notera att det ifrågasvarande stadgandet uttryckligen gäller enbart det fall att samma tvist som varit föremål för förlikningsförfarande anhängiggörs på nytt. Stadgandet hindrar således inte *per se* medlaren från att företräda någon av parterna i ett senare skede. På denna frågeställning tillämpas självfallet vedertagna regler för när advokaten bör anses vara förhindrad att ta emot ett uppdrag.

⁹² Se Taivalkoski – Wallgren, DL 2000, s. 629.

⁹³ Se Boule, Mediation: Principles, Process, Practice, s. 20–21.

⁹⁴ Gällande denna problematik, se Taivalkoski – Wallgren, DL 2000, s. 627–628.

2.6.3 Rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande

En förfarandegaranti som sammanhänger med rätten till opartisk handläggning är rätten till lika behandling. I fråga om rättsskipning brukar man hänvisa till rätten till lika behandling som principen om *equality of arms*. Man avser då att parterna skall ges lika möjlighet att föra sin talan. Vid medling utformas rätten till lika behandling dock något annorlunda. Med tanke på att medlingen är ett konsensusbaserat förfarande som strävar efter att fjärma parterna från det för rättsskipningen så karakteristiska motsatsförhållandet mellan parterna kan man fråga sig om man alls i fråga om medling kan tala om *arms*, dvs. vapen. Eftersom det är parterna själva som med medlarens bistånd skall utarbeta uppgörelsen verkar en syn på parterna som beväpnade ge fel signaler. Detta innebär dock inte att inte rätten till lika behandling skulle gälla vid medling. Vid medling kan rätten till lika behandling härledas ur rätten till opartisk handläggning, vilket ansetts medföra att medlaren bör behandla parterna lika och rättvist.⁹⁵ Rätten till opartisk handläggning och rätten till lika behandling förefaller så starkt knutna till varandra att det är svårt att föreställa sig hur dessa kunde skiljas åt. Ur denna synvinkel kan man också fråga sig huruvida det är lämpligt att hänföra rättigheterna till två olika förfarandegarantier.⁹⁶

Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande uppmärksammar också rätten till lika behandling. Enligt reglerna bör medlaren ta hänsyn till vardera partens intressen i lika hög grad. Medlingsuppdraget avviker på en väsentlig punkt från vedertagna advokatuppdrag. I dylika är advokatens uppgift att ta tillvara sin huvudmans intressen på bästa sätt. Då advokaten fungerar som medlare har han eller hon samma skyldighet, men skillnaden är att medlaren inte har bara en huvudman utan minst två: advokaten står i uppdragsförhållande till båda parterna vid medling. Dessa parter har dessutom motstridiga intressen, vilket gör att advokatens skyldighet att bevaka huvudmannens intressen på bästa sätt ställs i en intressant dager. Enligt 14 § de vägledande reglerna om god advokatsed kan en advokat företräda flera än en part vid slutande av ett avtal, om båda parter ber advokaten företräda dem. Advokaten måste då i lika mån beakta båda parternas intressen. Förlikningsförfarandet betraktas i denna kontext som en avtalsförhandling där medlaren företräder båda parterna.⁹⁷

Rätten till kontradiktoriskt förfarande är inte lika självskriven som förfaran-

⁹⁵ Se Lindell, Alternativ tvistlösning, s. 71 och samma, Civilprocessen, s. 649. Se även Taivalkoski – Wallgren, DL 2000, s. 627–628. Taivalkoski – Wallgren framhåller att en advokat som utövar medling i enlighet med Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande är skyldig att ta hänsyn till båda parternas intressen i lika mått.

⁹⁶ Som ovan nämnts har medlarens opartiskhet ansetts vara en så central förfarandegaranti att parterna inte kan tillåtas samtycka till en inskränkning av denna. Se Boulle, Mediation: Principles, Process, Practice, s. 20–21.

⁹⁷ Gällande denna problematik, se Taivalkoski – Wallgren, DL 2000, s. 627–628.

degaranti vid medling. Rätten till kontradiktoriskt förfarande innebär att parterna skall ges möjlighet att uttala sig om vad den andra parten anfört. Trots att rätten till kontradiktoriskt förfarande i alla fall delvis kan härledas från rätten till lika behandling föreligger ingen lika organisk förbindelse till rätten till opartisk handläggning som i fråga om rätten till lika behandling. En rätt till kontradiktoriskt förfarande skulle för medlingens del innebära att parterna alltid borde ges en möjlighet att uttala sig om vad motparten anfört. Detta rimmar illa med medlingens natur. Eftersom förfarandet präglas av frivillighet och parternas vilja kan man anse att någon rätt att uttala sig om vad motparten anfört inte kan existera.⁹⁸

Rätten till kontradiktoriskt förfarande skulle också vara problematisk med tanke på *ex parte*-möten, vilka utgör ett centralt element vid medling. Om man uppställde ett krav på kontradiktion vid medling skulle detta utesluta att medlaren träffar parterna var för sig.⁹⁹ Om någon rätt till kontradiktoriskt förfarande däremot inte uppställs kan parterna inte göra anspråk på att vara närvarande då medlaren träffar motparten vid *ex parte*-möten.

Medlingens natur medför att det knappast finns något egentligt behov av en rätt till kontradiktoriskt förfarande. Även här är medlingens frivillighet och anknytning till partsautonomin av avgörande betydelse. Eftersom medlaren inte kan döma i målet och eftersom förfarandet snarare präglas av ett intressebaserat perspektiv än av ett rättighetsbaserat perspektiv är det svårt att tänka sig att det skulle innebära någon risk för parternas rättsskydd om de inte har möjlighet att kommentera vad den andra parten fört fram. Möjligheten att kommentera vad den andra parten framfört är därmed av underordnad betydelse vid medling.

Det faktum att *ex parte*-möten alltså inte är uteslutna vid medling medför emellertid också ett behov att reglera medlarens tystnadsplikt i fråga om *ex parte*-mötena.¹⁰⁰ Syftet med *ex parte*-möten uppfylls endast om parterna till fullo kan lita på att medlaren hemlighåller vad de anförtror honom eller henne under *ex parte*-möten. I Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande regleras medlarens tystnadsplikt i förhållande till parterna separat genom ett stadgande om att medlaren får träffa parterna vid *ex parte*-möten enbart på villkor att han eller hon inte avslöjar för den andra parten vad som framkommit under sådana möten.¹⁰¹

⁹⁸ Se *York*, Practical ADR, s. 82. York framför att ingen rättighet att uttala sig om vad motparten sagt existerar i ett förfarande som helt och hållet baserar sig på konsensus.

⁹⁹ Gällande rätten till kontradiktoriskt förfarande och *ex parte*-möten, se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 93. *Austbø – Engebretsen* poängterar att rätten till kontradiktoriskt förfarande är en grundläggande princip som fungerar väl i rättssalen men att det inte finns fog för att på denna grund utesluta *ex parte*-möten vid medling.

¹⁰⁰ Se t.ex. *Vindeløv*, Konfliktmægling, s. 214–215.

¹⁰¹ Gällande detta, se *Taivalkoski – Wallgren*, DL 2000, s. 628–629.

2.6.4 Rätten till offentlig förhandling

Som ovan nämnts brukar det faktum att medling inte är anknuten till rättsskipningen och följaktligen inte heller underställd offentlighetslagstiftningen ses som en av medlingens största fördelar.¹⁰² Någon rätt till offentlig förhandling existerar således inte vid medling. Medlingen sker antingen *ad hoc* eller i någon institutions regi men är alltid privat och därmed konfidentiell. Detta innebär att endast parterna har tillträde till medlingssammanträdena. Frågan om parternas rätt att närvara vid medlingssammanträdena regleras som ovan nämnts inte av rätten till offentlig handläggning utan av rätten till kontradiktoriskt förfarande.

Medlingens icke-offentlighet vore lätt en chimär om den inte kombinerades med en strikt tystnadsplikt i förhållande till utomstående. Tystnadsplikten gäller såväl medlare som parter. Det faktum att medling inte är knuten till rättsskipningen och att förfarandet således inte är underkastat offentlighetslagstiftningen medför att en sådan tystnadsplikt inte är problematisk.¹⁰³ Eftersom medlingen präglas av partsautonomi kan både medlarens och parternas tystnadsplikt regleras genom avtal. Vid institutionell medling ingår ofta stadganden om tystnadsplikt i medlingsreglerna. Så är fallet t.ex. i fråga om Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande. Reglerna utgår från att förfarandet är icke-offentligt och att medlaren är bunden av tystnadsplikt (9 §). I detta fall baserar sig medlarens tystnadsplikt inte enbart på reglerna utan också på det faktum att endast advokater kan utses till medlare. Advokatmedlaren är därmed bunden också av advokatens tystnadsplikt enligt 5 c § 1 mom. lagen om advokater. Denna tystnadsplikt gäller givetvis också då advokaten fungerar som medlare. Medlaren måste följaktligen hemlighålla allt som under förfarandet framkommit om parterna och deras förhållanden.¹⁰⁴

En intressant fråga i förhållande till medlarens tystnadsplikt är huruvida medlaren kan återopas som vittne i en rättegång och därmed bli tvungen att vittna om sådant som kommit till hans eller hennes kännedom under medlingen.¹⁰⁵ Medlaren omfattas inte av något av de i rättegångsbalken nämnda vittnesprivilegierna, vilket således gör det möjligt att kalla medlaren som vittne. För att undvika sådana situationer kan parterna givetvis avtala om att ingen av dem

¹⁰² Se t.ex. *Vindeløv*, Konfliktmægling, s. 193. Vindeløv konstaterar att icke-offentlighet är en av medlingens grundförutsättningar.

¹⁰³ Se dock *Vindeløv*, Konfliktmægling, s. 194. Vindeløv närmar sig frågan om parternas tystnadsplikt pragmatiskt och konstaterar att det kan vara skäl att i samband med tystnadsplikten avtala om att det naturligtvis är legitimt att tala om hur medlingen avlöp med en av sina närmaste, en vän eller make.

¹⁰⁴ Samma reglering gäller också enligt de riktlinjer för advokatmedling som Det Norske Advokatsamfund fastställt. Se *Austbø – Engebretsen*, Meking i rettskonflikter, s. 166.

¹⁰⁵ Gällande medlaren som vittne, se *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 135 och *Vindeløv*, Konfliktmægling, s. 195–196.

kommer att kalla medlaren som vittne i ett senare skede.¹⁰⁶ Ett dylikt avtal vore givetvis bindande *inter partes* men det är oklart vilken betydelse det skulle ha i praktiken om en av parterna kallade medlaren som vittne i strid med avtalet. Det förefaller föga troligt att medlaren kunde vägra vittne med hänvisning till avtalet mellan parterna. Motsvarande problematik uppkommer också om det är någon annan än parterna som kallar medlaren att vittna om sådant som framkommit under medlingen.

Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande reglerar också parternas tystnadsplikt. Parterna är skyldiga att hålla förlikningsförfarandet konfidentiellt och får inte utanför förlikningsförfarandet hänvisa till något förslag till förlikning, till en parts medgivande eller till ett ställningstagande av medlaren.

¹⁰⁶ En dylik regel ingår också t.ex. i Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande. Se 9 § Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande. Motsvarande regel återfinns också i 3 § medlingsreglerna för Stockholms Handelskammares Medlingsinstitut. I fråga om medling i enlighet med Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande skyddas medlaren också delvis av sin ställning som advokat. Advokater omfattas i begränsad utsträckning av rättegångsbalkens vittnesprivilegier.

3 Domarens förlikningsverksamhet

3.1 RÄTTEGÅNGSBALKENS STADGANDEN OM DOMARENS FÖRLIKNINGSVERKSAMHET

Före underrättsreformen innehöll rättegångsbalken i 20 kapitlet 2 § ett stadgande om att domaren skulle uppmana parterna att ingå förlikning.¹⁰⁷ Detta stadgande uppfattades dock inte som förpliktande i praktiken och domarens förlikningsverksamhet i det då härskande muntligt-protokollariska systemet var därför ytterst begränsad.¹⁰⁸ Denna situation ändrades i samband med underrättsreformen. Då rättegångsbalken reviderades 1993 gavs domarens förlikningsverksamhet i praktiken en betydligt starkare ställning än tidigare: samtidigt som rättegångsförfarandet delades upp i förberedelse och huvudförhandling underströks också förlikningens betydelse.¹⁰⁹

Domarens förlikningsverksamhet baserar sig på två stadganden i 5 kapitlet rättegångsbalken.¹¹⁰ Dels skall domstolen enligt 5 kapitlet 19 § 4 p. rättegångsbalken klarlägga om det finns förutsättningar för förlikning.¹¹¹ Detta stadgande gäller alla tvistemål, såväl dispositiva som indispositiva.¹¹² Dels skall domstolen enligt 5 kapitlet 26 § 1 mom. rättegångsbalken i mål där förlikning är tillå-

¹⁰⁷ Stadgandet om förlikning härstammade från 1734 års lag och var i kraft i det närmaste i oförändrad form fram till underrättsreformen 1993. Såväl Wredes som Granfelts reformförslag innehöll stadganden om förlikning, vilka dock aldrig genomfördes. Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 217–226.

¹⁰⁸ Se härom närmare *Lappalainen*, Alioikeusuudistus, s. 95, *Tirkkonen*, Suomen siviiliprosessioikeus II, s. 69, *Virolainen*, Alioikeusuudistus I, s. 110–112 och *Jokela*, Oikeudenkäynti II, s. 331.

¹⁰⁹ Syftet med förberedelsen är förutom att säkerställa en koncentrerad huvudförhandling också att försöka få parterna att ingå förlikning. Se RP 15/1990, s. 63 och *Lappalainen*, Alioikeusuudistus, s. 96. Gällande Sverige, se *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 63.

¹¹⁰ De finska stadgandena om förlikning har sin motsvarighet i den svenska rättegångsbalken, vars motsvarande stadganden varit i kraft sedan 1948. På vissa punkter skiljer sig stadgandena dock: i den svenska rättegångsbalken saknas ett uttryckligt konstaterande om att domaren kan ge parterna ett förlikningsförslag.

¹¹¹ Stadgandet lyder: ”Vid förberedelsen skall klarläggas 1) parternas yrkanden och grunderna för dem, 2) vad parterna är oense om, 3) vilka bevis som kommer att läggas fram och vad som skall styrkas med varje bevis, samt 4) om det finns förutsättningar för förlikning.”

¹¹² Det kan förefalla paradoxalt att det ifrågavarande stadgandet gäller också indispositiva mål, trots att förlikning i sådana mål är utesluten. I litteraturen har dock betonats att det i indispositiva mål också kan finnas ett behov av förlikning av t.ex. delfrågor. Se härom närmare RP 15/1990, s. 63, *Lappalainen*, Alioikeusuudistus, s. 126, *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 296, *Virolainen*, Alioikeusuudistus, s. 163, *Aaltonen*, LM 2000, s. 1320 och *Aaltonen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 354–355. Gällande Sverige, se prop. 1986/87:89, s. 193, *Brolin m.fl.*, Tvistemålsprocessen I, s. 135 och *Lindell*, Civilprocessen, s. 271.

ten försöka få parterna att ingå förlikning.¹¹³ Detta stadgande gäller således enbart dispositiva mål. Domstolen kan också enligt 2 mom. i samma paragraf förelägga parterna sitt förslag till förlikning om domstolen anser att det är befogat för att främja en förlikning.¹¹⁴

Stadgandet i 5 kapitlet 26 § rättegångsbalken fick sin slutliga form först i slutskedet av lagstiftningsprocessen. I regeringens proposition var stadgandet placerat i 5 kapitlet 20 § som en uppföljning till 5 kapitlet 19 § 4 p.¹¹⁵ Lagutskottet ville betona vikten av domarens förlikningsverksamhet och flyttade det föreslagna stadgandet till 5 kapitlet 26 § samt gav det en egen rubrik (Förlikning).

Det är i viss mån oklart vilken som är skillnaden mellan domarens skyldighet att enligt 5 kapitlet 19 § rättegångsbalken klarlägga om det finns förutsättningar för förlikning och domarens skyldighet att enligt 5 kapitlet 26 § 1 mom. rättegångsbalken försöka få parterna att ingå förlikning.¹¹⁶ Av lagtexten framgår att stadgandena har olika tillämpningsområde: skyldigheten att klarlägga om det finns förutsättningar för förlikning föreligger i såväl dispositiva som indispositiva mål, medan skyldigheten att försöka få parterna att ingå förlikning föreligger i enbart dispositiva mål.¹¹⁷ I dispositiva mål, där således båda stadgandena är tillämpliga, torde skyldigheten att klarlägga om det finns förutsättningar för förlikning och skyldigheten att försöka få parterna att ingå förlikning sammanfalla i praktiken.¹¹⁸

Enligt 5 kapitlet 26 § 2 mom. rättegångsbalken kan domstolen alltså förelägga parterna sitt förslag till förlikning om domstolen anser att det är befogat för att främja en förlikning. Då bör domstolen beakta parternas vilja, målets art och övriga omständigheter. Ifrågavarande stadgande tillkom i ett sent skede av lagstiftningsprocessen. I regeringens proposition till revidering av rättegångsbalken ingick inte något dylikt stadgande, utan detta lades till av lagutskottet.¹¹⁹ Senare specificerades stadgandet ytterligare så att domstolen då den gör sin ändamålsenlighetsbedömning i fråga om förlikningsförslaget bör ta hänsyn också till parternas vilja, målets art och övriga omständigheter.¹²⁰ Detta har i litteratu-

¹¹³ Första momentet i stadgandet, som finns under rubriken ”Förlikning”, lyder: ”I mål där förlikning är tillåten skall domstolen försöka få parterna att ingå förlikning.”

¹¹⁴ Andra momentet i stadgandet lyder: ”Då domstolen anser att det för att främja en förlikning är befogat, kan den med beaktande av parternas vilja, målets art och övriga omständigheter också förelägga parterna sitt förslag till förlikning.”

¹¹⁵ Se RP 15/1990, s. 63.

¹¹⁶ Domaren kan klarlägga om det finns förutsättningar för förlikning genom att låta parterna förhandla sinsemellan. Det har anförts att ett dylikt förfarande uppfyller de krav som uppställs i 5 kapitlet 19 § rättegångsbalken, men däremot inte de krav som uppställs i 5 kapitlet 26 § rättegångsbalken. Se *Peltonen*, DL 1995, s. 423.

¹¹⁷ Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenetely, s. 231–232.

¹¹⁸ Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenetely, s. 235.

¹¹⁹ Se LaUB 16/1990, s. 5.

¹²⁰ Se RP 79/1993, s. 19.

ren tolkats så att domstolen kan ge ett förlikningsförslag i mål som verkar klara och där man redan under förberedelsen kan avgöra i stort sett hur målet enligt materiell rätt skulle avgöras.¹²¹

Stadgandena om domarens skyldighet att klarlägga förutsättningarna för förlikning och skyldigheten att försöka få parterna att ingå förlikning är relativt njuget utformade och rättegångsbalken tiger om hur domarens förlikningsverksamhet skall utformas i praktiken. Vilka åtgärder domaren skall eller kan vidta i sin förlikningsverksamhet framgår således varken av lagen eller av förarbetena. I litteraturen har framförts att domarens förlikningsverksamhet bör utövas genom aktiv materiell processledning.¹²² Domaren kan t.ex. redogöra för om målet gäller bedömning av rätts- eller bevisfrågor samt vilka rättsfrågor som blir aktuella.¹²³ Också svåra bevisbörde- eller lagtolkningsfrågor kan tas upp och förlikningens fördelar framom en dom kan betonas.¹²⁴ Det exakta innehållet i den materiella processledningen bestäms naturligtvis av det enskilda fallet och varierar från domare till domare.¹²⁵ Hur domarens förlikningsverksamhet utformas i praktiken blir således till stor del beroende av domarens syn på rättsinstitutet.

Stadgandena ger heller inget svar på frågan huruvida parterna kan förhindra domarens förlikningsverksamhet. Betydelsen av parternas vilja behandlades under lagberedningen men uteslöts uttryckligen i lagstiftningsskedet.¹²⁶ Man kan därför dra slutsatsen att domarens skyldighet att försöka få parterna att ingå förlikning är oberoende av parternas vilja. I förarbetena till 5 kapitlet 26 § rättegångsbalken betonas dock att en part alltid har rätt att få sitt mål avgjort genom dom.¹²⁷ I litteraturen har det faktum att en part motsätter sig förlikning ofta ansetts innebära att domstolen inte bör fortsätta sin förlikningsverksamhet.¹²⁸

¹²¹ Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 238.

¹²² Se *Jokela*, Oikeudenkäynti II, s. 333 och *Lappalainen*, Alioikeusuudistus, s. 96. Den verksamhet som domaren utför för att utreda om det finns förutsättningar för förlikning kan närmast klassificeras som s.k. informatorisk materiell processledning. Se *Lappalainen*, Alioikeusuudistus, s. 125. Se även *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 234 och 236.

¹²³ Se *Lappalainen*, Alioikeusuudistus, s. 126.

¹²⁴ Se *Lappalainen*, Alioikeusuudistus, s. 126–127. Gällande Sverige se *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 65–66. Gällande Sverige, se *Brolin – Widebeck*, SvJT 1990, s. 592–593.

¹²⁵ För synpunkter på detta, se *Aaltonen*, LM 2000, s. 1323 och *Brolin – Widebeck*, SvJT 1990, s. 591–592.

¹²⁶ Vid den översyn av lagförslaget som genomfördes i samband med övergångsstadgandena föreslogs att domarens förlikningsverksamhet skulle utövas med beaktande av bl.a. parternas vilja. Se RP 79/1993, s. 38. Den föreslagna ändringen förkastades dock i riksdagsbehandlingen på förslag av lagutskottet och lagtexten återfick till denna del sin ursprungliga form. Lagutskottet betonade att det förelåg en risk för att den föreslagna ändringen skulle ha minskat domstolarnas möjligheter att få till stånd en förlikning. Se LaUB 11/1993, s. 3. Parternas vilja nämns dock uttryckligen som en förutsättning för domarens förlikningsförslag.

¹²⁷ Se RP 15/1990, s. 63 och RP 79/1993, s. 19. Gällande Sverige, se SOU 1982:26, s. 147 och 153 samt prop. 1986/87:89, s. 112.

¹²⁸ Se bl.a. *Koulu*, Oikeus 1995, s. 25–26, *Virolainen*, Alioikeusuudistus, s. 164, *Lappalainen*,

Till denna del kan parterna alltså åsidosätta domarens förlikningsverksamhet. Även domarens förlikningsförslag anses förutsätta parternas samtycke.¹²⁹

Man kan fråga sig om det egentligen är någon skillnad mellan att domarens förlikningsverksamhet är beroende av parternas vilja och att domarens skyldighet till förlikningsverksamhet är absolut men att parterna kan motsätta sig den – skillnaden kan förefalla enbart semantisk. Det föreligger dock en avgörande skillnad i fråga om vem som bör vara aktiv i frågan: *de lege lata* är det parten som har ansvar för att uttryckligen meddela att han eller hon inte önskar att domaren fortsätter sin förlikningsverksamhet. Domaren behöver alltså inte inhämta partens samtycke för att utöva sin förlikningsverksamhet. Man kan emellertid också anföra att en central del av domarens förlikningsverksamhet utgörs just av att sondera hur parterna ställer sig till förlikning.¹³⁰ Detta, i sin tur, gör att skillnaden till att domaren skulle vara tvungen att inhämta parternas samtycke för förlikningsverksamheten i praktiken blir hårfin.

Inte heller framgår av lagen eller förarbetena i vilken typ av mål förlikning skulle vara lämplig eller olämplig. Utgångspunkten är att domarens förlikningsverksamhet bör utövas i lejonparten av alla dispositiva mål.¹³¹

3.2 FÖRLIKNINGSVERKSAMHETENS TIDPUNKT

3.2.1 Under förberedelsen

Tidpunkten för domarens förlikningsverksamhet framgår inte direkt av rättegångsbalkens stadganden. Stadgandet i 5 kapitlet 26 § rättegångsbalken är dock placerat i rättegångsbalkens kapitel om förberedelse och man kan därför ta som utgångspunkt att domstolen skall verka för förlikning främst under förberedelsen.¹³²

Alioikeusuudistus, s. 127, *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 296 och 301 samt *Peltonen*, DL 1995, s. 424. Se även *Kiesiläinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 156. Gällande Sverige, se *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 67 och *Brolin m.fl.*, Tvistemålsprocessen I, s. 125. Se även *Vollmond* i *Proceduren*, s. 77. Gällande partsautonomin som ledstjärna för domarens förlikningsverksamhet, se *Stürner*, DRiZ 1976, s. 203–204 och *Vindeløv*, Konflikt, twist og mægling – konfliktløsning ved forhandling, s. 191–192. Motsatt åsikt företräds av *Laukkanen*, Tuomarin rooli, s. 288 fotnot 19.

¹²⁹ I stadgandet i 5 kapitlet 26 § rättegångsbalken konstateras uttryckligen att domaren då han eller hon avger sitt förlikningsförslag skall beakta bl.a. parternas vilja. Detsamma framgår också av förarbetena. Se RP 79/1993, s. 19 och LaUB 11/1993, s. 3. Se även *Koulu*, Oikeus 1995, s. 26 och *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 301. Jfr dock *Virolainen*, Alioikeusuudistus, s. 384 och *Laukkanen*, Tuomarin rooli, s. 292 som framför att domaren kan avge ett förlikningsförslag också om den ena parten motsätter sig detta. Se även *Leskinen*, DL 2001, s. 1074.

¹³⁰ Se t.ex. LaUB 11/1993, s. 3.

¹³¹ Se t.ex. *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 67 och *Lindell*, Civilprocessen, s. 272–273.

¹³² I Sverige, där motsvarande stadgande (42 kapitlet 17 § svenska rättegångsbalken) också är

Mycket diskussion har ägnats åt i vilket skede av förberedelsen förlikningssträvandena skall ske.¹³³ Det har konstaterats att den muntliga förberedelsen lämpar sig betydligt bättre för domarens förlikningsverksamhet än den skriftliga förberedelsen.¹³⁴ Det har även ofta framhållits att slutet av den muntliga förberedelsen skulle vara den bästa tidpunkten.¹³⁵ Då har parterna och domaren haft en möjlighet att bilda sig en relativt god uppfattning om målet.¹³⁶ Parterna kan därmed utvärdera både sin egen och motpartens position.¹³⁷ Det är därför inte ovanligt med förlikningar som sker i ett rätt sent skede av förberedelsen, till och med på tröskeln till huvudförhandlingen.¹³⁸ Motsatta åsikter har dock också framförts: det finns de som tycker att domaren borde ta upp frågan om förlikning på ett allmänt plan redan i början av förberedelsen.¹³⁹ Detta har till och med framförts vara den riktiga tidpunkten utgående från rättegångsbalken.¹⁴⁰

3.2.2 Efter förberedelsen

Den uttryckliga skyldighet att försöka få parterna att ingå förlikning som åligger domstolen gäller enbart förberedelsen. Därmed har domstolen ingen lag-

placerat i samband med stadgandena om förberedelsen har det konstaterats att stadgandets placering indikerar att förlikningsverksamheten i första hand förutsätts äga rum under förberedelsen. Se SOU 2001:103, s. 291.

¹³³ För ett referat av diskussionen, se *Kiesiläinen* i Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 153–154.

¹³⁴ Se t.ex. *Laukkanen* i Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 140 och *Koulu*, Oikeus 1995, s. 28.

¹³⁵ Se bl.a. *Lappalainen*, Alioikeusuudistus, s. 126, *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 295–296, *Pelttonen*, DL 1995, s. 422 och *Hellman*, JFT 2002, s. 34. Empiriskt understöd för detta ger *Ervasti – Tala*, DL 1998, s. 317. Detsamma anses också gälla förlikningsförslag. Se *Virolainen*, Alioikeusuudistus, s. 164. Jfr dock *Virolainen*, DL 1995, s. 350–351. Gällande Sverige, se SOU 1982:26, s. 151–152, *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 67, *Brolin m.fl.*, Tvistemålsprocessen I, s. 120 och *Brolin – Widebeck*, SvJT 1990, s. 587. Jfr dock prop. 1986/87:89, s. 110–114.

¹³⁶ Se *Koulu*, Oikeus 1995, s. 28 och *Arponen*, Oikeus 1999, s. 290. Se även *von Koch*, SvJT 1981, s. 33. *von Koch* konstaterar att domarens förlikningsverksamhet ofta är bortkastad om den sätts in i ett för tidigt skede. Se även *Laukkanen* i Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 140 och *Ervasti*, Riitaprosessi uudistuksen arviointi, s. 66–68.

¹³⁷ Se *Ekelöf* i Festskrift till Lars Welamson, s. 133. Till detta hör också att parterna kanske först i domstolen hör riktigt noga på motpartens argument och upplever dem delvis som lika övertygande som sina egna. Se *Haavisto*, LM 1999, s. 28.

¹³⁸ Se t.ex. *Virolainen*, DL 1995, s. 351. *Virolainen* kritiserar att förlikningar ingås i ett så sent skede och framhåller att om domaren avger ett förlikningsförslag precis innan huvudförhandlingen kan detta medverka till att parterna antar ett förslag som de senare kommer att ångra.

¹³⁹ Se bl.a. *Jokela*, LM 1994, s. 155. Också i Sverige har man framhållit att förlikningsverksamheten i en del mål bör påbörjas redan tidigare. Se bl.a. prop. 1986/87:89, s. 110–114 och *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 68. Se även *Brolin – Widebeck*, SvJT 1990, s. 587 och *Brolin m.fl.*, Tvistemålsprocessen I, s. 120.

¹⁴⁰ Se *Koulu*, Oikeus 1995, s. 27. *Koulu* tolkar att 5 kapitlet 19 § 4 p. rättegångsbalken innebär att domarens förlikningsverksamhet skall koncentreras till början av förberedelsen.

stadgad skyldighet att försöka få parterna att förlikas i huvudförhandlingen.¹⁴¹ En del förhåller sig avvisande till domstolens förlikningsverksamhet efter förberedelsen.¹⁴² Andra igen anser att man inte bör begränsa förlikningsverksamheten enbart till förberedelsen, utan att domaren bör försöka få parterna att förlikas under hela rättegången.¹⁴³ Det finns till och med de som anser att domaren har en skyldighet att försöka få parterna att ingå förlikning också i huvudförhandlingen och att domaren inte behöver ge upp sina förlikningssträvanden bara för att förberedelsen avslutas.¹⁴⁴ I praktiken torde förlikningssträvanden ofta också förekomma i början av huvudförhandlingen.

3.3 FÖRLIKNINGENS INNEHÅLL

Olika synpunkter har anförts på vilket innehåll en förlikning som uppkommer till följd av domarens förlikningsverksamhet bör ha. En central fråga är om den förlikning som eftersträvas i domarens förlikningsverksamhet bör överensstämma med materiell rätt, dvs. motsvara en presumtiv dom i målet. Detta verkar ha varit lagstiftarens utgångspunkt.¹⁴⁵ Denna inställning har också fått starkt stöd i rättslitteraturen.¹⁴⁶ På motsvarande sätt har också uppfattningen om att ett

¹⁴¹ Se *Koulu*, Oikeus 1995, s. 27. Detsamma gäller också Sverige, se t.ex. *Brolin m.fl.*, Tvistemålsprocessen II, s. 83. Gällande förlikning i huvudförhandlingen, se *Virolainen*, Alioikeusuudistus, s. 231–232.

¹⁴² Se t.ex. *Hellman*, JFT 2002, s. 36. Se även *Virolainen*, DL 1995, s. 351 fotnot 34. *Virolainen* anser att domstolen i huvudförhandlingen inte längre har någon skyldighet att försöka få parterna att ingå förlikning. Han föreslår dock att man i kallelsen till huvudförhandling ännu kan framhålla att den domare som lett förberedelsen står till parternas förfogande om dessa vill fortsätta förlikningsförhandlingarna med hans eller hennes bistånd. Samma tankegång framförs av *Brolin m.fl.* som konstaterar att det faktum att aktiva förlikningsförsök gjorts vid den muntliga förberedelsen inte hindrar att förlikningsfrågan väcks inför huvudförhandlingen. Se *Brolin m.fl.*, Tvistemålsprocessen I, s. 124.

¹⁴³ Se t.ex. *Laukkanen – Liljenfeldt*, DL 1998, s. 953 och *Kiesiläinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 154. I både Norge och Danmark har domarens förlikningssträvanden inte begränsats till att gälla enbart förberedelsen. Se härom *Gomard*, Civilprocessen, s. 404, *Vollmond* i *Proceduren*, s. 77–80 och SOU 2001:103, s. 300–301.

¹⁴⁴ Se *Koulu*, Oikeus 1995, s. 27, *Laukkanen – Liljenfeldt*, DL 1998, s. 953 fotnot 35, *Liljenfeldt*, DL 1995, s. 466 och *Kiesiläinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 155. Gällande Sverige, se *Brolin m.fl.*, Tvistemålsprocessen II, s. 83. Gällande domarens förlikningsverksamhet i överrätten, se *Virolainen*, DL 1995, s. 351–352, fotnot 34, *Laukkanen – Liljenfeldt*, DL 1998, s. 953, *Liljenfeldt*, JFT 2000, s. 603 och *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 295–296. I Danmark är domarens förlikningsverksamhet i överrätten överlämnad till domstolens prövning. Se *Gomard*, Civilprocessen, s. 402.

¹⁴⁵ Se RP 15/1990, s. 28. Se även RP 114/2004, s. 17. Detsamma gäller även svensk rätt. Enligt de svenska förarbetena skall domstolen tydligt och huvudsakligen eftersträva sådana förlikningar som motsvarar den dom som skulle ges i målet om parterna inte förliktes. Se SOU 1982:26, s. 147–148 och *Brolin m.fl.*, Tvistemålsprocessen I, s. 123–125.

¹⁴⁶ Se t.ex. *Lappalainen*, Alioikeusuudistus, s. 127, *Virolainen*, DL 1995, s. 351 och *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 303. *Koulu* konstaterar att i idealfallet är förlikningen en dom klädd

eventuellt förlikningsförslag i så hög grad som möjligt skall basera sig på materiell rätt och inte på skälighet och kompromisstänkande vunnit starkt stöd.¹⁴⁷

Att domaren borde eftersträva enbart förlikningar som överensstämmer med materiell rätt har dock även kritiserats. Man har framhållit att domaren bör kunna försöka få parterna att ingå också förlikningar som inte motsvarar en presumtiv dom.¹⁴⁸ Kritiken har för det första baserat sig på det faktum att det ofta är omöjligt för domaren att förutse den presumtiva domens innehåll i det skede då förlikningen ingås.¹⁴⁹ Domarens förlikningsverksamhet förläggs ju huvudsakligen till förberedelsen, dvs. innan bevisupptagningen skett. Vid denna tidpunkt har domaren sannolikt inte ännu kunnat bilda sig en uppfattning om hur den slutliga domen i målet skall se ut. För att domaren skall kunna bilda sig en uppfattning om detta måste förlikningsverksamheten förläggas till ett relativt sent skede av förberedelsen, vilket i sin tur gör att en del av förlikningens fördelar inte aktualiseras. Detta minskar förlikningsverksamhetens effektivitet.¹⁵⁰ Det har till och med framhållits att en strävan efter en förlikning som motsvarar en presumtiv dom kan fördröja rättegången och minska förutsättningarna för att nå förlikning.¹⁵¹

som förlikning. Se *Koulu*, Oikeus 1995, s. 30. Se även *Stürner*, JR 1979, s. 136. Stürner talar om en ”*Urteil in Vergleichsform*”. Se också *Nuotio*, Oikeus 1999, s. 207–208. Nuotio framhåller att man i den finska diskussionen varit förvånansvärt försiktig när det har gällt att ta ställning till i hur hög grad en förlikning kan lösgöra sig från ett juridiskt riktigt slutresultat. Se även *Arponen*, Oikeus 1999, s. 293 som diskuterar vilka implikationer kravet på överensstämmelse med materiell rätt får för hur rättegångskostnaderna fördelas mellan parterna. Gällande Sverige, se SOU 1982:26, s. 147, *Ekelöf*, SvJT 1979, s. 562–563, *von Koch*, SvJT 1981, s. 32–34 och *Lindell*, Civilprocessen, s. 272. Se även *Vollmond* i *Proceduren*, s. 76 och *Wolf*, ZJP 1976, s. 271–275.

¹⁴⁷ Se *Virolainen*, Alioikeusuudistus, s. 165, *Jokela*, LM 1994, s. 156, *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 301–302, *Laukkanen*, Tuomarin rooli, s. 294, *Leskinen*, DL 2001, s. 1075 och *Arponen*, Oikeus 1999, s. 293. Se även *Wolf* i *Der Prozessvergleich*, s. 153–156.

¹⁴⁸ Se t.ex. *Arponen*, Oikeus 1999, s. 290. Arponen framhåller att det faktum att man länge betonat att förlikningens innehåll måste motsvara domens har lett till att många domare intagit en mycket passiv inställning till förlikningsverksamheten. Se även *Kiesiläinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 163 och *Laukkanen* i samma verk, s. 129–130.

¹⁴⁹ Se t.ex. *Kiesiläinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 163. Gällande Sverige, se prop. 1986/87:89, s. 113–114 och *Lindell*, Civilprocessen, s. 272.

¹⁵⁰ De flesta av förlikningens fördelar har ansetts vara kostnadsmässiga, varför de förverkligas maximalt ju tidigare under rättegången förlikningen ingås. Detta framhåller t.ex. *Liljenfeldt och Liljenfeldt*. Se *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 302.

¹⁵¹ För att råda bot på detta missförhållande har man föreslagit att göra avkall på koncentrationsprincipen och tillåta bevisupptagning redan under förberedelsen. Se *Virolainen*, DL 1995, s. 352, *Heuman* i *Vänbok till Robert Boman*, s. 139–143 och *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 241–242. Motsvarande diskussion har förts också i Tyskland gällande vad man kallar *informatorische Beweisaufnahme*. Se *Stürner*, DRiZ 1976, s. 203–204, samma, JR 1979, s. 137, samma i *Der Prozessvergleich*, s. 150–151 och *Wolf* i samma verk, s. 159–160. Eftersom det dock skulle vara fråga om ett vittgående ingrepp i de civilprocessuella grundprinciperna har det också betonats att det är viktigt att en eventuell bevisupptagning under förberedelsen kunde ske enbart för att underlätta förlikning, inte av andra orsaker. Se *Virolainen*, DL 1995, s. 352–353. Se även *Ekelöf* i *Festschrift till Lars Welamson*, s. 131. Ekelöf betonar koncentrationsprincipens betydelse för bevisvärderingen.

För det andra har den kritik som framställts mot att domaren skall eftersträva förlikningar som överensstämmer med materiell rätt baserat sig på dispositionsprincipen. I dispositiva mål har parterna ju rätt att ingå en förlikning med det innehåll de själva finner bäst och det har därför ansetts ohållbart att domstolen i dispositiva mål skulle vara tvungen att eftersträva enbart förlikningar som till sitt innehåll överensstämmer med materiell rätt.¹⁵²

Diskussionen om s.k. utomrättsliga faktorer hänger starkt samman med frågan om förlikningens innehåll.¹⁵³ Med utomrättsliga faktorer avses faktorer som inte hör till processmaterialet. Den traditionella uppfattningen är att domaren i sin förlikningsverksamhet (precis som då han eller hon dömer) endast skall ta hänsyn till faktorer som lagts fram under rättegången.¹⁵⁴ Man har dock på senare tid anført att domaren i sin förlikningsverksamhet också bör kunna beakta utomrättsliga faktorer.¹⁵⁵ I praktiken torde syntesen ofta bli en medelväg där man konstaterar att en förlikning inte kan byggas enbart på utomrättsliga faktorer utan att utgångspunkten bör vara den materiella rätten men att utomrättsliga faktorer kan beaktas i viss mån.¹⁵⁶

¹⁵² Se t.ex. *Laukkanen*, Tuomarin rooli, s. 294. Laukkanen hävdar att det bör vara möjligt för domaren att föreslå en förlikning som på basis av processmaterialet verkar vara i enlighet med parternas vilja trots att den inte skulle uppfylla lagens materiellrättsliga syfte. Se även samma i Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 129–130, *Juutilainen*, Tuomarin toiminta sovinnon aikaansaamiseksi, s. 86–96 och *Haavisto*, LM 1999, s. 27. Gällande Sverige, se prop. 1986/87:89, s. 113–114 och *Lindell*, Civilprocessen, s. 272. Med detta sammanhänger också vad Leskinen kallar parternas rätt att göra dåliga val i processen. Se *Leskinen*, DL 2001, s. 1993. Stürner talar om ”die Freiheit, Rechte nicht wahrzunehmen”. Se *Stürner*, DRiZ 1976, s. 204 (betoning i originalet). I dispositiva mål bör det också vara av central betydelse vad parterna förväntar sig av förlikningen: ett juridiskt motiverat avgörande eller en kompromiss som förhandlats fram. Se *Haavisto* i Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 101. Se även *Haavisto*, LM 1999, s. 33–38.

¹⁵³ Se t.ex. *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 303. Gällande utomrättsliga faktorer vid förlikningsförslag, se *Leskinen*, DL 2001, s. 1075–1076. Gällande Sverige, se t.ex. *Ekelöf*, SvJT 1979, s. 554–567.

¹⁵⁴ Se t.ex. *Lappalainen*, Alioikeusuudistus, s. 127. Lappalainen framhåller att domaren skall undvika att betona utomrättsliga faktorer. Se även *Jokela*, LM 1994, s. 156. Jokela poängterar att domaren i fråga om sitt förlikningsförslag inte får utnyttja att den ena parten verkar ha större förlikningsvilja än den andra. Se även *Ekelöf*, SvJT 1979, s. 563 och samma, SvJT 1981, s. 382–385 samt *Wolf*, ZZP 1976, s. 271–275. Lindell har dock påpekat att det i praktiken är mycket svårt att fastställa vad som egentligen är utomrättsliga faktorer. Se *Lindell*, Civilprocessen, s. 273.

¹⁵⁵ Se t.ex. *Virolainen*, DL 1995, s. 351. Se även *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 303–304, *Kiesiläinen* i Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 162 och *Koulu* i Näkökulmia oikeustaloustieteseen, osa 2, s. 189. Gällande Sverige, se prop. 1986/87:89, s. 110–114, varav framgår att förhållanden utanför tvisten kan beaktas. Se även *Brolin m.fl.*, Tvistemålsprocessen I, s. 129, *Sterner*, SvJT 1980, s. 382–384, *von Koch*, SvJT 1981, s. 32–35 och *Lindell*, Civilprocessen, s. 273. I Sverige rädde tidigare en uppfattning om att domstolen skulle beakta enbart förhållanden utanför tvisten. Se *Lindstedt*, SvJT 1950, s. 692. För diskussion om detta, se *Ekelöf*, SvJT 1979, s. 555–563. Se även *Ekelöf* i Festskrift till Lars Welamson, s. 129. Gällande Danmark, se *Vollmond* i Proceduren, s. 76–77. Vollmond konstaterar att domaren inom lagstiftningens ramar bör kunna verka för en förlikning *ex aequi et bono*.

¹⁵⁶ Se *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 304. Ur praktisk synvinkel, se *Kiesiläinen* i Sovittelu

Frågan om förlikningens innehåll anknyter också till frågor om förlikningens verkställbarhet. Kan domarens förlikningsverksamhet resultera i en förlikning som inte är verkställbar och är domaren tvungen att stadfästa en förlikning oberoende av dess innehåll? En uppfattning som vunnit starkt understöd i rättslitteraturen är att domstolen när den fastställer en förlikning bör beakta att denna skall vara verkställbar. I princip skall domstolen stadfästa förlikningen endast till den del den gäller frågor som varit föremål för rättegången.¹⁵⁷ Det har dock ansetts att det i vissa fall kan finnas skäl att verkställa också en förlikning som inte beaktar den materiella rätten till alla delar utan som är en helhetsuppgörelse mellan parterna, där utomrättsliga faktorer delvis beaktas och där det inte spelar någon roll vem som har rätt och fel.¹⁵⁸

Inställningen till vilket innehåll förlikningen skall ha korrelerar med uppfattningen om förlikningens funktion. Förlikningens funktion definieras ofta i förhållande till domen genom att beskriva domen som rättsskipning och förlikningen som antingen tvistlösning eller konfliktlösning.¹⁵⁹ Man gör alltså en åtskillnad mellan förlikningen som tvistlösning och förlikningen som konfliktlösning.¹⁶⁰ Om förlikningens funktion anses vara tvistlösande bör förlikningen till sitt innehåll motsvara en presumtiv dom i målet. Om förlikningens funktion däremot anses vara konfliktlösande bör förlikningen i så hög grad som möjligt motsvara parternas vilja oberoende av det materiella rättsläget.

Uppfattningen om att förlikningen till sitt innehåll skall överensstämma med materiell rätt och att utomrättsliga faktorer skall beaktas endast i liten utsträckning har traditionellt varit stark. Av detta kan man dra slutsatsen att förlikning-

ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 162. Kiesiläinen konstaterar att domarnas förhållningssätt till att beakta utomrättsliga faktorer varierar från tillåtande till strängt avogt inställda.

¹⁵⁷ Se *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 304, *Kiesiläinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 162 och *Leskinen*, DL 2001, s. 1077. *Leskinen* hänvisar till avgöranden från Åbo hovrätt.

¹⁵⁸ Se *Hellman*, JFT 2002, s. 34. Se även *Aaltonen*, LM 2000, s. 1322. Gällande Sverige, se prop. 1986/87:89, s. 110–114. Här betonas att domstolen måste fastställa även förlikningar som inte är i enlighet med materiell rätt och att detta inte hindrar den materiella rättens genomslagskraft i samhället. Se även *Brolin m.fl.*, *Twistemålsprocessen I*, s. 121.

¹⁵⁹ Se *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 303, *Virolainen*, DL 1995, s. 351 och *Arponen*, *Oikeus* 1999, s. 291. Gällande Sverige, se *Ekelöf*, SvJT 1979, s. 554–567, *von Koch*, SvJT 1981, s. 32–33 och SOU 1982:26, s. 138. Gällande detta, se även *Alsterstad m.fl.*, JT 1994–1995, s. 821. Se även *Koulu* i *Näkökultmia oikeustaloustieteeseen*, osa 2, s. 187. Det gäller ytterligare att observera att åtskillnaden mellan begreppen tvistlösning och konfliktlösning (*riidanratkaisu* och *konfliktinratkaisu*) på finska inte är alldeles klar och att en viss begreppsförbistring skett då begreppet konfliktlösning på vissa håll översatts till finska som *riidanratkaisu* i stället för *konfliktinratkaisu* (se t.ex. *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 303 och *Arponen*, *Oikeus* 1999, s. 290, jfr t.ex. *Virolainen*, DL 1995, s. 351).

¹⁶⁰ Se t.ex. *Koulu*, *Oikeus* 1995, s. 27–30, *Leskinen*, DL 2001, s. 1069 och *Nuotio*, *Oikeus* 1999, s. 207–209.

ens funktion *de lege lata* har ansetts vara tvistlösande.¹⁶¹ Det har dock ifrågasatts om denna funktion är optimal: genom att eftersträva en förlikning som inte nödvändigtvis överensstämmer med materiell rätt utan snarare motsvarar parternas vilja och beaktar också utomrättsliga faktorer – i enlighet med förlikningens konfliktlösande funktion – kunde man eventuellt öka möjligheterna till förlikning i praktiken.¹⁶² Både processekonomiska skäl och rättssäkerhetsskäl talar för detta. Under sådana omständigheter skulle domarens förlikningsverksamhet i det närmaste stöda parternas förlikningsvilja inom ramen för partsautonomin och dispositionsprincipen och domstolen skulle förse parterna med de yttre ramarna men inte dra upp några riktlinjer för förlikningens innehåll.

3.4 FÖRFARANDEGARANTIER VID DOMARENS FÖRLIKNINGSVERKSAMHET

3.4.1 Inledning

Domarens förlikningsverksamhet är starkt knuten till rättsskipningen och utgör de facto en fas i rättegången. Förlikningsverksamheten är – till skillnad från medling – ett normativt förfarande som regleras i rättegångsbalken. Frågan blir därmed om de normer om förfarandegarantierna vid rättsskipningen – artikel 6.1 i mänskorättskonventionen, grundlagens stadgande om en rättvis rättegång samt t.ex. rättegångsbalkens jävsregler – blir direkt tillämpliga också på domarens förlikningsverksamhet.

Enligt mänskorättskonventionen tillämpas artikel 6.1 vid ”prövningen av [en enskilds] rättigheter och skyldigheter”.¹⁶³ Detta omfattar rättegången i tvistemål. Frågan är emellertid om domarens förlikningsverksamhet kan anses utgöra en prövning av en enskilds rättigheter och skyldigheter. Frågan måste besvaras jakande. Det är omöjligt att bortse från det faktum att förlikningsverksamheten är en fas i rättegången och inte en fristående tvistlösningsmetod: domarens förlikningsverksamhet utgör alltid en del av behandlingen av ett anhängigt mål. Domarens förlikningsverksamhet är därför en del av den prövning av en

¹⁶¹ Se *Koulu*, Oikeus 1995, s. 29–30. Koulu framhåller att förlikning med konfliktlösande funktion begränsas till fall där det är viktigt att upprätthålla parternas förhållanden i fortsättningen, främst familje- och bolagsrättsliga tvister samt meningsskiljaktigheter i långvariga avtalsförhållanden. Jfr dock *Leskinen*, DL 2001, s. 1069. Leskinen tar uppenbart avstånd från att förlikningen alltid skulle vara tvistlösning.

¹⁶² Se *Koulu*, Oikeus 1995, s. 32. Se även *Leskinen*, DL 2001, s. 1071 och *Haavisto* i *Sovittelu ja muut vaihtoehdot konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 100. Se även *Haavisto*, *Court Work in Transition*, s. 260–262 och samma, LM 1999, s. 30.

¹⁶³ Gällande tolkningen av begreppet rättigheter och skyldigheter, se t.ex. *Pellonpää*, *Euroopan ihmisoikeussopimus*, s. 340–349. I förhållande till finsk processrätt, se även *Virolainen*, *Lainkäyttö*, s. 138.

enskilda rättigheter och skyldigheter som rättegången utgör och kan inte särskiljas från denna. Domarens förlikningsverksamhet måste därför ses som en del av rättegången i tvistemål på ett sådant sätt att artikel 6.1 i mänskorättskonventionen blir tillämplig. Motsatt resonemang vore också ohållbart av den anledningen att skiljelinjen mellan domarens förlikningsverksamhet och den övriga rättegången inte nödvändigtvis är lätt att dra. Det vore således otänkbart att mänskorättskonventionen vore tillämplig så länge domaren ägnade sig åt den ”traditionella” rättegången men att mänskorättskonventionen skulle upphöra att tillämpas så snart domaren skulle övergå till att idka förlikningsverksamhet.

Det faktum att förlikningsverksamheten är en fas i rättegången innebär också att såväl grundlagens stadgande om en rättvis rättegång som vissa andra stadganden som gäller rättegången – både i rättegångsbalken och utanför – blir tillämpliga också på domarens förlikningsverksamhet. Detta gäller t.ex. rättegångsbalkens stadganden om domarjäv och den offentlighetslagstiftning som gäller rättegången. Man bör därför fråga sig hur domarens förlikningsverksamhet skall utformas för att trygga garantierna. Eftersom normerna om domarens förlikningsverksamhet är mycket vaga varierar utformningen av förfarandet i praxis. Såväl domarnas inställning till förlikningsverksamheten på ett generellt plan som inställningen till enskilda frågor, t.ex. vilka åtgärder domaren kan vidta inom ramen för förlikningsverksamheten och hurdana förlikningar han eller hon bör eftersträva, varierar. Man bör fråga sig hur mycket praxis får variera utan att variationen uppfattas som problematisk. Starkt varierande praxis medför ett antal nackdelar. För det första är det en fråga om rättsskydd: om förlikningsverksamheten varierar starkt från domare till domare medför detta att förfarandet i viss mån blir godtyckligt: om någon förlikningsverksamhet utövas eller inte beror på till vilken domare målet fördelas. För det andra är det en fråga om minsta gemensamma nämnare: som en fas i rättegången bör domarens förlikningsverksamhet trygga samma förfarandegarantier som rättsskipningen. Man bör dock samtidigt hålla i minnet att förlikningsverksamheten till sin natur är sådan att det torde vara omöjligt att normera den så starkt att man skulle uppnå helt enhetlig praxis.¹⁶⁴

3.4.2 Rätten till opartisk handläggning

Rätten till opartisk handläggning har i litteraturen ofta ansetts vara den förfarandegaranti som är mest utsatt vid domarens förlikningsverksamhet.¹⁶⁵ Doma-

¹⁶⁴ Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 249.

¹⁶⁵ Se t.ex. *Isohanni-Niiranen*, DL 1999, s. 436–457, *Vindeløv*, Konflikt, tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling, s. 202–207, *Stürner*, JR 1979, s. 136 och *Wolf*, ZZP 1976, s. 273–274. Jfr dock *Brolin m.fl.*, Tvistemålsprocessen I, s. 134–135. Brolin m.fl. konstaterar att den

ren bör självfallet utöva sin förlikningsverksamhet så att hans eller hennes opartiskhet inte äventyras i parternas eller allmänhetens ögon. Då man bedömer domarens opartiskhet räcker det inte att domaren de facto är opartisk i förhållande till parterna och målet – han eller hon måste också objektivt sett verka opartisk.¹⁶⁶ Domarens opartiskhet och parternas uppfattning om denna är alltså skilda saker.¹⁶⁷ Detta innebär att domaren inte bara bör utöva sin förlikningsverksamhet så att han eller hon förblir objektiv i förhållande till målet utan också så att hans eller hennes opartiskhet i parternas ögon inte äventyras.¹⁶⁸ Då domarens förlikningsverksamhet sker vid den muntliga förberedelsen där båda parter är samtidigt närvarande anses heller ingen större risk föreligga för att domarens opartiskhet äventyras.¹⁶⁹ Emellertid kan det uppkomma ett antal situationer i domarens förlikningsverksamhet i vilka rätten till opartisk handläggning kan vara utsatt.¹⁷⁰

För det första kan s.k. tvångsförlikning aktualisera frågan om domarens opartiskhet. Med tvångsförlikning avses att domaren genom sin auktoritetsställning pressar parterna till förlikning. Detta är självfallet inte en acceptabel form för förlikningsverksamhet.¹⁷¹ Domaren kan genom att utöva påtryckning och tvång mot den ena parten ge sken av att vara på den andra partens sida och därigenom förskjuta balansen mellan parterna så mycket att rätten till opartisk handläggning äventyras. Detta gäller speciellt om domaren utövat påtryckningar mot den ena parten för att få honom eller henne att ge upp sin ståndpunkt, men någon förlikning likväl inte uppkommer. Ett sådant förfarande kan minska parternas tilltro till rättsväsendet.¹⁷² Det är emellertid inte alltid lätt att avgöra hurdant agerande som kan uppfattas som tvång. Domaren kan t.ex. vara övertygad om att hans eller hennes handlande är helt berättigat, t.ex. med tanke på för-

omedelbara effekten av parternas bristande förtroende för domaren knappast är en jävsinvändning utan i stället att en förlikning inte uppkommer.

¹⁶⁶ Se *Laukkanen*, Tuomarin rooli, s. 299–300.

¹⁶⁷ Detta framgår bl.a. av principen att ”*Justice must not only be done, it must also be seen to be done*”. Principen härrör från målet *Delcourt mot Belgien*, A 11 punkt 31 (1970).

¹⁶⁸ Se *Kiesiläinen* i Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 158. Samma problematik har också diskuterats i fråga om materiell processledning, se *Lindell*, Partsautonomins gränser, s. 22–23.

¹⁶⁹ Se *Koulu*, Oikeus 1995, s. 27.

¹⁷⁰ Också empiriskt material visar att så upplevs vara fallet. Se *Ervasti – Tala*, DL 1998, s. 318. Se även Riksdagens justitieombudsmans berättelse över sin verksamhet 1999, s. 129–130 där domarens förlikningsverksamhet gett upphov till tvivel gällande domarens opartiskhet samt *Laukkanen* kommentar gällande det ifrågakvarande fallet. Se *Laukkanen* i Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 136.

¹⁷¹ Se bl.a. *Virolainen*, Alioikeusuudistus, s. 165, samma, DL 1995, s. 351, *Jokela*, LM 1994, s. 155–156, *Leppänen*, Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta, s. 113, *Peltonen*, DL 1995, s. 424, *Laukkanen*, Tuomarin rooli, s. 299 och *Leskinen*, DL 2001, s. 1076. Se även *Lappalainen*, Alioikeusuudistus, s. 127 och samma, Siviiliprosessioikeus I, s. 5–7. Gällande Sverige, se SOU 1982:26, s. 141 och 154–155.

¹⁷² Se *Kiesiläinen* i Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 156.

hållandet mellan tvistens intresse och rättegångskostnaderna.¹⁷³

För det andra kan domarens opartiskhet äventyras om han eller hon träffar parterna var för sig vid s.k. *ex parte*-möten. Denna form av förlikningsverksamhet har utvecklats i praxis och följaktligen innehåller varken rättegångsbalken eller dess förarbeten några stadganden gällande *ex parte*-möten.¹⁷⁴ I rättslitteraturen går åsikterna i sär angående huruvida *ex parte*-möten är en tillåten form av förlikningsverksamhet eller inte.¹⁷⁵ *Ex parte*-möten anses dels fylla en viktig funktion som katalysator för förlikning men anses även kunna motverka förlikning genom att det uppkommer asymmetri i fråga om informationsgången mellan parterna.¹⁷⁶ *Ex parte*-möten anses dock ofta vara ett effektivt led i förlikningsverksamheten – domaren kan effektivare utreda parternas vilja och intressen än vad som är möjligt vid gemensamma sessioner.¹⁷⁷ Det faktum att åsikterna om *ex parte*-möten går i sär bekräftas också av empiriska studier.¹⁷⁸ Om domaren träffar parterna var för sig kan han eller hon lätt uppfattas som partisk. Särskilt problematisk anses situationen vara i det fall att förlikningsverksamheten inte resulterar i en förlikning. Domaren har då kanske under *ex parte*-möten fått kännedom om förhållanden som han eller hon inte får lägga till grund för domen, men som kan vara svåra att bortse från. Domaren kan t.ex. ha svårt att frigöra sig från anbuds-nivån om han eller hon mottagit hemliga förlikningsanbud av vardera parten men någon förlikning inte nåtts.¹⁷⁹ Om domen avspeglar information som domaren mottagit under *ex parte*-möten kan detta ge upphov till anklagelser om bristande opartiskhet.¹⁸⁰

För det tredje kan också domarens förlikningsförslag enligt 5 kapitlet 26 § 2 mom. rättegångsbalken utgöra ett hot mot domarens opartiskhet.¹⁸¹ Detta be-

¹⁷³ Se *Leskinen*, DL 2001, s. 1076. Se även *Widebeck*, TSA 1976, s. 393. Widebeck konstaterar att ”en blandning av hot, smicker och böner [...] är ett led i all förlikningsverksamhet”.

¹⁷⁴ *Kiesiläinen* anför detta som en indikation på att rättegångsbalkens stadganden om förlikning inte har följt med sin tid. Se *Kiesiläinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 158.

¹⁷⁵ För synpunkter på vilka risker *ex parte*-möten medför, se bl.a. *Jokela*, DL 1995, s. 772, *Lappalainen*, Alioikeusuudistus, s. 85 och *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 206. Gällande Sverige, se *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 69 och *Lindell*, Civilprocessen, s. 274. Se även *Stürner*, JR 1979, s. 137. För synpunkter på vilka fördelar *ex parte*-möten medför, jfr t.ex. *Peltonen*, DL 1995, s. 423–424, *Aaltonen*, LM 2000, s. 1323, *Arponen*, Oikeus 1995, s. 41, samma, Oikeus 1999, s. 293, *Kiesiläinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 157–158 och *Juutilainen*, Tuomarin toiminta sovinnon aikaansaamiseksi, s. 73–74.

¹⁷⁶ Gällande detta, se *Koulu*, Oikeus 1995, s. 28 och *Roos*, JT 1994–95, s. 482.

¹⁷⁷ Se t.ex. *Wirilander – Järvensivu*, DL 1996, s. 84. Gällande Sverige, se t.ex. *Brolin m.fl.*, Tvis-temålsprocessen I, s. 128, *Brolin – Widebeck*, SvJT 1990, s. 593 och *Hyllengren* i *Advokaten* 7/1997, s. 11.

¹⁷⁸ Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 313–314 och 368–372.

¹⁷⁹ Se t.ex. *Rantanen*, DL 1993, s. 798 och *Peltonen*, DL 1995, s. 424.

¹⁸⁰ I praktiken torde jävsinvändningar till följd av *ex parte*-möten vara sällsynta. Se *Kiesiläinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 158 och *Peltonen*, DL 1995, s. 424.

¹⁸¹ För referat av sådana tankegångar, se t.ex. *Peltonen*, DL 1995, s. 425, *Leskinen*, DL 2001,

kräftas även av empiriska studier.¹⁸² Förslaget baserar sig i allmänhet på ofullständigt processmaterial och ges därmed i en situation då domaren ännu inte besitter all den information som den presumtiva domen kommer att grunda sig på.¹⁸³ Förlikningsförslaget får därför lätt karaktären av en förhandsdom – parterna kan se förlikningsförslaget som domarens uppfattning om hur målet kommer att avgöras.¹⁸⁴ Förlikningsförslaget är särskilt problematiskt om det förkastas och domarens förlikningsverksamhet inte leder till önskat resultat.¹⁸⁵ Då måste domaren döma i målet trots att han eller hon alltså redan gett parterna ett konkret förlikningsförslag.¹⁸⁶ Parterna kan då uppfatta att domaren har bildat sig en förutfattad mening om målet i samband med förslaget och att han eller hon inte lyckas lösgöra sig från denna förutfattade mening under rättegången.¹⁸⁷ Parterna kan lätt uppfatta ett sådant förslag som partiskt och det kräver stor skicklighet av domaren att framlägga förslaget så att parterna inte har något skäl att betvivla hans eller hennes opartiskhet.¹⁸⁸

Då man prövar om domarens opartiskhet äventyrats i samband med domarens förlikningsverksamhet bör man tillämpa de i konventionspraxis utvecklade subjektiva och objektiva standarderna.¹⁸⁹ Man bör alltså granska huruvida de åtgärder domaren vidtagit utgör ett bevis för att domaren är partisk (den subjek-

s. 1074, *Laukkanen*, Tuomarin rooli, s. 299–300 och *Virolainen*, *Alioikeusuudistus*, s. 165. Gällande Sverige, se *Larsson*, *Förlikning i tvistemål*, s. 88. Jfr dock *Virolainen*, *Alioikeusuudistus*, s. 384, *Kiesiläinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 159 samt *Jokela*, LM 1994, s. 156.

¹⁸² Se *Ervasti*, *Käräjäoikeuksien sovintomenettely*, s. 315–316 och 377–378.

¹⁸³ *Kiesiläinen* skriver uttryckligen att han anser att domaren har lyckats bäst i sin förlikningsverksamhet om han eller hon får parterna att ingå förlikning utan att avge ett förlikningsförslag. Se *Kiesiläinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 159.

¹⁸⁴ Se *Peltonen*, DL 1995, s. 425.

¹⁸⁵ Gällande detta, se *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 301, *Kiesiläinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 159, *Laukkanen*, Tuomarin rooli, s. 299 och *Jokela*, LM 1994, s. 156.

¹⁸⁶ På grund av detta ansågs länge i Sverige att domaren inte skall ge något förlikningsförslag (se t.ex. *Gärde m.fl.*, Kommentar till nya rättegångsbalken, s. 600 och *Hassler*, *Svensk civilprocess*, s. 148). Den svenska rättegångsbalken innehåller heller inte – till skillnad från den finska – något stadgande om förlikningsförslag. Den avoga inställningen i svensk doktrin har dock sedan slutet av 1970-talet mattats av under ledning av *Ekelöf* (se *Ekelöf*, SvJT 1979, s. 560 och 557, *Sterner*, SvJT 1980, s. 382 och *Ekelöf*, SvJT 1981, s. 383). Numera anser man i Sverige allmänt att domaren kan och i vissa fall bör ge förlikningsförslag. Se t.ex. prop. 1986/87:89, s. 114, *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 271, samma i *Vänbok till Thorleif Bylund*, s. 277 och SOU 2001:103, s. 297. Risken för att förlikningsförslaget skulle äventyra domarens opartiskhet uppmärksammas dock fortfarande. Se *Lindell* i *Vänbok till Thorleif Bylund*, s. 264.

¹⁸⁷ Se *Rantanen*, DL 1993, s. 798 och *Peltonen*, DL 1995, s. 425. Se även gällande Sverige SOU 1982:26, s. 141, *Heuman*, SvJT 1991, s. 122 och *Alsterstad m.fl.*, JT 1994–95, s. 831.

¹⁸⁸ Se LaUB 11/1993, s. 3–4. Se även *Laukkanen*, Tuomarin rooli, s. 300 och Se *Rantanen*, DL 1993, s. 798. Gällande svenska rättegångsbalken, se *Processlagberedningen*, s. 437. Se även *Lindstedt*, SvJT 1950, s. 691–692.

¹⁸⁹ Se *Kiesiläinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 160 och *Portin*, LM 1998, s. 1361.

tiva standarden) och om det ger upphov till legitima tvivel hos utomstående gällande domarens opartiskhet (den objektiva standarden). Det avgörande är inte bara att domaren de facto varit opartisk utan också att domarens agerande inte gett upphov till tvivel angående hans eller hennes opartiskhet.¹⁹⁰ Det säger sig självt att det är omöjligt att på ett generellt plan ta ställning till om domarens opartiskhet äventyras. Detta bör avgöras från fall till fall.

Rätten till opartisk handläggning verkar särskilt utsatt i det fall att förlikningsverksamheten inte resulterar i någon förlikning och domaren måste övergå till att döma i målet.¹⁹¹ Denna frågeställning är särskilt aktuell i mänskorättskonventionens kontext. I konventionspraxis har åtskilliga gånger konstaterats att konventionen kränkts då domaren i ett tidigare skede av processen handlagt målet i någon annan egenskap än som domare. Frågan är således om domarens förlikningsverksamhet kan anses utgöra en sådan tidigare handläggning av målet som skulle kränka rätten till opartisk handläggning.

I de fall där en kränkning av domarens opartiskhet konstaterats på grund av att domaren tidigare handlagt målet i någon annan ställning än som domare har det ofta varit fråga om situationer där domaren tidigare fattat ett beslut som förutsatt ett ställningstagande i själva sakfrågan.¹⁹² I sådana fall har man i konventionspraxis ansett att domaren varit tvungen att bilda sig en motiverad uppfattning om målet, vilket i vissa fall har gjort honom eller henne inhabil att handlägga målet som domare.¹⁹³

Domarens förlikningsverksamhet innebär inte att han eller hon fattar något beslut i målet eller tar ställning till någon sakfråga. Förlikningsverksamheten torde därför inte *per se* kunna klassificeras som en sådan tidigare handläggning av målet som skulle äventyra domarens opartiskhet. Man bör emellertid fråga sig om domarens förlikningsförslag uppfyller kriterierna för en sådan tidigare handläggning. Förlikningsförslaget innebär visserligen inte att domaren skulle

¹⁹⁰ Gällande detta, se *Rintala*, DL 1996, s. 562.

¹⁹¹ Se *Laukkanen* i Sovittelu ja muut vaihtoehdot konfliktinratkaisumenetelmät, s. 138. Laukkanen anför att man borde överväga en försöksordning där den domare som utövat förlikningsverksamhet inte skulle övergå till att döma i målet för det fall att parterna inte ingår någon förlikning. Denna problematik tangeras också av *Haavisto* i Sovittelu ja muut vaihtoehdot konfliktinratkaisumenetelmät, s. 99 och *Lindstedt*, SvJT 1950, s. 692. Jfr dock *Vollmond* i *Proceduren*, s. 86–87.

¹⁹² Konventionspraxis har främst gällt straffrättsliga frågor där domaren t.ex. tidigare fungerat som åklagare i målet eller annars på statens sida deltagit i beredningen av målet. Detta har ansetts vara oacceptabelt, eftersom domaren under sin tidigare befattning med målet kunnat bilda sig en uppfattning som han eller hon inte kan lösgöra sig från. Se t.ex. fallet *Piersack mot Belgien*, A 53 (1982). Se även *Danielius*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 154. Praxis på denna punkt omfattar bl.a. häkttningsbeslut. Se t.ex. fallet *Hauschildt mot Danmark*, A 154 (1989).

¹⁹³ Motsvarande tankar men ur motsatt perspektiv framförs också av Lindell som konstaterar att domaren bör avhålla sig från att verka för förlikning då det förs talan om skadestånd i ett brottmål. Orsaken till detta är att förlikningsverksamheten kunde ses som ett ställningstagande i skuldfrågan. Se *Lindell*, Civilprocessen, s. 273. Se även *Hellman*, JFT 2002, s. 29.

fatta något beslut i målet, men domaren tar oundvikligen ställning till tvisten då han eller hon avger förslaget. Att ett förlikningsförslag skulle kunna utgöra tidigare handläggning förefaller emellertid inte förenligt med konventionspraxis. Trots att förslaget innebär ett visst ställningstagande från domarens sida är denne inte bunden av förlikningsförslaget om parterna inte antar förslaget och handläggningen av målet fortsätter. Ofta baserar sig förlikningsförslaget dessutom inte på vad domaren anser vara den sannolika utgången i målet utan på en kompromiss mellan parterna. Även det faktum att förlikningsförslaget ges endast med parternas samtycke och att det ligger i parternas makt att besluta om de accepterar förlikningsförslaget eller inte talar för att inte anse att förlikningsförslaget inte kan jämföras med tidigare handläggning i konventionens mening.

3.4.3 Rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande

Som ovan nämnts bör rätten till opartisk handläggning tryggas vid domarens förlikningsverksamhet. Av detta följer även ett krav på att parterna skall behandlas lika, dvs. det som brukar kallas rätten till lika behandling (*equality of arms*). Rätten till opartisk handläggning och rätten till lika behandling kan ses som olika sidor av samma mynt: båda förutsätter att domaren inte skall favorisera den ena parten framom den andra.

Då det gäller rätten till lika behandling kan man långt framföra samma synpunkter som i fråga om rätten till opartisk handläggning ovan. Det ligger nära till hands att utgå från att de situationer där domarens opartiskhet kan vara utsatt också kan vara problematiska i förhållande till rätten till lika behandling. Gällande tvångsförlikning, *ex parte*-möten och domarens förlikningsförslag gäller att rätten till lika behandling kan kränkas om domaren favoriserar den ena parten. Några allmänna riktlinjer gällande detta kan dock inte dras utan det bör avgöras från fall till fall huruvida en kränkning skett. Då det t.ex. gäller *ex parte* -möten kan man visserligen utgå från att rätten till lika behandling i regel tryggas vid domarens förlikningsverksamhet. Eftersom avsikten med *ex parte*-möten är att utreda hur båda parterna ställer sig till förlikning är det av avgörande betydelse att domaren träffar vardera parten i enrum – inte endast en av dem. Detta utesluter dock inte att rätten till lika behandling ändå kan kränkas i det enskilda fallet: när domaren träffar båda parterna skilt för sig kan han eller hon givetvis under dessa möten behandla parterna olika på ett sätt som kränker rätten till lika behandling.

Då det i sin tur gäller rätten till kontradiktoriskt förfarande kan man konstatera att problem sällan uppkommer vid domarens förlikningsverksamhet.¹⁹⁴ Do-

¹⁹⁴ Gällande rätten till kontradiktoriskt förfarande vid domarens förlikningsverksamhet, se Laukkanen i Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 137.

marens förlikningsverksamhet utövas för det mesta i den muntliga förberedelsen, då parterna är samtidigt närvarande. Parterna hör vad motparten lägger fram och har möjlighet att bemöta detta. Ett dylikt förfarande uppfyller kraven på kontradiktion.

Situationen är emellertid mera komplicerad vid *ex parte*-möten. Åsikterna om huruvida *ex parte*-möten är lämpliga med tanke på rätten till kontradiktoriskt förfarande divergerar.¹⁹⁵ Den part som inte är närvarande har ingen möjlighet att bemöta det som framförs under mötena, vare sig under själva mötet eller efteråt. Vad som har sagts under mötena förblir nämligen hemligt eftersom domaren inte utan den ena partens samtycke kan avslöja innehållet i *ex parte*-diskussioner för motparten. Ur denna synvinkel innebär *ex parte*-möten en tydlig inskränkning av rätten till kontradiktoriskt förfarande. Som försvar för *ex parte*-möten brukar emellertid anföras att rätten till kontradiktoriskt förfarande omfattar enbart en rätt för parten att ta del av och bemöta processmaterialet i målet. De diskussioner som domaren för med parterna under *ex parte*-möten utökar inte processmaterialet utan tjänar enbart till att klargöra parternas positioner i förhållande till en eventuell förlikning.¹⁹⁶ Utgående från detta synsätt har det faktum att den ena parten alltså inte är närvarande och inte har möjlighet att bemöta vad som framförs under mötet ringa betydelse för rätten till kontradiktoriskt förfarande. Ytterligare det faktum att domaren inte får avslöja vad han eller hon fått kännedom om under *ex parte*-mötena har ansetts minska risken för kränkning av rätten till kontradiktoriskt förfarande.¹⁹⁷

3.4.4 Rätten till offentlig förhandling

Det muntliga förberedelsesammanträdet, under vilket domarens förlikningsverksamhet huvudsakligen utövas, är som regel offentligt, vilket innebär att rätten till offentlig förhandling tryggas.¹⁹⁸ Vid *ex parte*-möten åsidosätts emellertid rätten till offentlig förhandling, eftersom allmänhetens rätt att närvara utesluts.¹⁹⁹

Frågan är då om en sådan inskränkning av rätten till offentlig förhandling

¹⁹⁵ För diskussion kring detta se *Koulu*, Oikeus 1995, s. 27 och 34, *Arponen*, Oikeus 1999, s. 293, *Juutilainen*, Tuomarin toiminta sovinnon aikaansaamiseksi, s. 73–74 och *Laukkanen*, Tuomarin rooli, s. 295.

¹⁹⁶ Se *Arponen*, Oikeus 1999, s. 293 och *Juutilainen*, Tuomarin toiminta sovinnon aikaansaamiseksi, s. 74.

¹⁹⁷ Se *Juutilainen*, Tuomarin toiminta sovinnon aikaansaamiseksi, s. 74.

¹⁹⁸ Gällande rätten till offentlig förhandling i förhållande till domarens förlikningsverksamhet, se *Laukkanen* i Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 137.

¹⁹⁹ Se *Jokela*, DL 1995, s. 772, *Lappalainen*, Alioikeusuudistus, s. 85, *Koulu*, Oikeus 1995, s. 27 och *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 206. Jfr dock *Kiesiläinen* i Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 158 och *Peltonen*, DL 1995, s. 423–424.

som ex parte-möten innebär är godtagbar. På det nationella planet medger lagen om offentlighet vid rättegång vissa möjligheter till undantag från offentligheten. Enligt lagen om offentlighet vid rättegång kan offentligheten inskränkas t.ex. i mål där det framförs sådana omständigheter om någons privatliv som är av synnerligen ömtålig natur eller då en sekretessbelagd handling företes eller en omständighet yppas om vilken det stadgats tystnadsplikt. Dessa två undantagsgrunder kan bli direkt tillämpliga vid domarens förlikningsverksamhet, den första i familjerättsliga mål och den andra i mål där det framförs affärshemligheter.

De undantagsgrunder som framgår av lagen om offentlighet vid rättegång är strängare än de undantag som mänskorättskonventionen medger.²⁰⁰ Enligt mänskorättskonventionen får undantag från rätten till offentlig förhandling göras bl.a. i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt i fall där offentlighet på grund av särskilda omständigheter skulle skada rättvisans intresse. Man bör således fråga sig vad som i undantaget avses med särskilda skäl, om offentlighet vid ex parte-möten skulle skada rättvisans intresse och om man kan anse att det är strängt nödvändigt att begränsa offentligheten vid ex parte-möten. Tolkningen av undantaget hänger till stor del på hur viktig del av domarens förlikningsverksamhet ex parte-möten anses vara: om ex parte-möten anses vara oundgängliga kan inskränkningen motiveras med hänvisning till t.ex. rättvisans intresse, vilket då tolkas extensivt.

Vad gäller möjligheterna att inskränka rätten till offentlig förhandling kan man utgående från konventionspraxis konstatera att rätten kan inskränkas förutsatt att det inte finns något viktigt allmänt intresse för offentlig förhandling. Frågan om det föreligger ett sådant viktigt allmänt intresse måste avgöras från fall till fall. Man kan visserligen på ett allmänt plan fastställa att rätten till offentlig förhandling är viktig för både rättssäkerheten och tilltron till rättsväsendet, men hur stor vikt detta ges i det enskilda fallet är beroende av den föreliggande situationen. Det är alltså omöjligt att ge ett allmänt svar på till vilken grad parternas samtycke till ex parte-möten kan tillåtas godkänna en inskränkning av rätten till offentlig förhandling.

²⁰⁰ Se *Laukkanen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 137.

4 Skiljeförfarande

4.1 SKILJEFÖRFARANDETS SÄRDRAG

Skiljeförfarande är en tvistlösningsmetod som huvudsakligen används i affärstvister.²⁰¹ I Finland regleras skiljeförfarandet i lagen om skiljeförfarande (967/92), enligt vilken en privaträttslig tvistefråga om vilken förlikning är tillåten genom ett avtal mellan parterna får lämnas till slutligt avgörande av skiljemän (2 § lagen om skiljeförfarande).

Skiljeförfarandet är en internationellt vedertagen tvistlösningsmetod. Någon övernationell reglering gällande skiljeförfarande existerar inte, men trots detta är tvistlösningsmetoden till sin utformning relativt likartad i olika länder. I Sverige, till exempel, regleras skiljeförfarandet i lagen om skiljeförfarande (SFS 1999:116, hädanefter benämnd svenska lagen om skiljeförfarande), vilken inte avsevärt avviker från den finska lagen.²⁰²

Skiljeförfarandet har en klar beställning i tvister inom internationell affärsverksamhet. Detta gäller såväl i Finland som utomlands. Dylika tvister har ofta anknytning till flera länders rättssystem och lagstiftning, vilket kan göra det i det närmaste oöverkomligt att fastställa – för att inte tala om avtala om – forum och tillämplig lag sedan tvisten väl uppkommit. I dylika tvister upplevs skiljeförfarande ofta som överlägset, eftersom det saknar anknytning till en specifik nationell rättsordning. Många skiljeförfaranden avgörs inom ramen för välrenommerade skiljedomsinstitut som utarbetat regler för hur förfarandet skall genomföras.²⁰³ Vidare är regleringen gällande skiljeförfarande relativt likriktad i olika länder, något som understryks av det faktum att Förenta Nationernas kommission för internationell handelsrätt (UNCITRAL) utarbetat en modell för lagar om skiljeförfarande (den s.k. Model Law). Detta underlättar gränsöverskridande tvistlösning: parterna vet ofta ungefär vad de kan förvänta sig om de avtalar om skiljeförfarande, även i det fall att förfarandet genomförs i ett främmande land.

Skiljeförfarandet anses ofta vara en effektiv tvistlösningsmetod eftersom det

²⁰¹ Gällande detta, se t.ex. *Möller*, Välimiesmenettelyn peruteet, s. 6 och *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 1. Affärstvister som det huvudsakliga användningsområdet framgår också bl.a. av det faktum att användningen av skiljeförfarande delvis är begränsad i konsumenttvister.

²⁰² Gällande skiljeförfarande ur svenskt perspektiv, se t.ex. *Heuman*, Skiljemannarätt, *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 140–240 och samma, Civilprocessen, s. 611–648.

²⁰³ Exempel på skiljedomsinstitut är Internationella handelskammarens (ICC) skiljedomsinstitut, LCIA (London Court of International Arbitration) och Stockholms handelskammarens (SCC) skiljedomsinstitut. I Finland erbjuds institutionellt skiljeförfarande bl.a. av Centralhandelskammarens skiljedomsinstitut.

resulterar i en skiljedom. Denna motsvarar på många sätt resultatet av rättsskipning, dvs. en dom. Skiljedomen skall som huvudregel grunda sig på lag, men enligt bl.a. 31 § 3 mom. lagen om skiljeförfarande får skiljemännen grunda domen på vad de anser skäligt om parterna avtalat om detta. Detta benämns att skiljemännen avgör tvisten *ex aequi et bono*, och är i praktiken mycket sällsynt.

Skiljedomen är inte enbart exigibel utan den är också slutlig, vilket innebär att den vinner laga kraft då den ges. En skiljedom kan inte överklagas utan en part som underkastar sig skiljeförfarandet avstår samtidigt från sin rätt till sedvanliga rättsmedel. En part kan dock enligt 41 § lagen om skiljeförfarande föra talan om att skiljedomen skall upphävas. Grunderna för när en skiljedom kan upphävas är mycket begränsade och omfattar situationer där skiljemännen har överskridit sina befogenheter, där en skiljeman inte blivit utsedd i behörig ordning, där en skiljeman varit jävig och där skiljemannen inte berett parterna erforderlig möjlighet att föra sin talan. En skiljedom kan således inte upphävas på grund av att den är materiellt felaktig eller att förfarandet belastats av andra processuella fel än de som uttryckligen nämns i paragrafen.

Av stor praktisk betydelse är också de goda möjligheterna att verkställa en skiljedom internationellt.²⁰⁴ Internationell verkställighet av skiljedomar sker på basis av konventionen om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar (New York-konventionen 1958), vilken ratificerats av hela 133 stater och enligt vilken en skiljedom som givits i en konventionsstat kan verkställas i en annan konventionsstat.²⁰⁵

4.2 SKILJEFÖRFARANDET SOM ALTERNATIV TVISTLÖSNING

Åsikterna om huruvida skiljeförfarandet som tvistlösningsmetod skall hänföras till den alternativa tvistlösningen eller inte går i sär. Om man betonar det faktum

²⁰⁴ Se t.ex. *Brown – Marriott*, ADR Principles and Practice, s. 68 och *Norman*, Medling, s. 47.

²⁰⁵ Just möjligheterna till internationell verkställighet är en av de stora skillnaderna mellan skiljeförfarande och rättsskipning. På rättsskipningens område saknas en motsvarande global konvention gällande verkställighet av domar, och bilaterala avtal har slutits enbart i begränsad utsträckning. Detta inskränker i praktiken möjligheterna att verkställa domar internationellt. Om avgörandet i en internationell tvist t.ex. skall verkställas i USA kan det således vara fördelaktigt att välja skiljeförfarande som tvistlösningsmetod: eftersom USA har ratificerat New York-konventionen kan en finsk skiljedom verkställas i USA efter att ha genomgått det lokala exekvaturförfarandet. USA och Finland har däremot inte ingått något bilateralt avtal om verkställighet av domar, vilket innebär att en finsk domstols dom inte kan verkställas i USA. Inom Europa är skillnaden i möjligheterna till internationell verkställighet mellan domar och skiljedomar inte markant, eftersom verkställigheten av europeiska domar inom EU och EES möjliggörs av Bryssel förordningen och Luganokonventionen (och Brysselkonventionen, till den del denna fortfarande är tillämplig). På basis av dessa kan en dom på privaträttens område som givits i en medlems- eller konventionsstat verkställas i en annan medlems- eller konventionsstat på motsvarande sätt som en skiljedom enligt New York-konventionen, dvs. utan att domens riktighet prövas materiellt.

att skiljeförfarandet utgör ett alternativ till rättsskipningen faller det sig naturligt att se skiljeförfarandet som en del av den alternativa tvistlösningen.²⁰⁶ Om man emellertid betonar det faktum att skiljeförfarandet resulterar i en exigibel skiljedom ligger det nära till hands att anse att skiljeförfarandet inte är en alternativ metod för tvistlösning.²⁰⁷

Frågan om huruvida skiljeförfarandet skall hänföras till den alternativa tvistlösningen eller inte kan i mångt och mycket föras tillbaka på huruvida man generellt anlägger ett ideologiskt eller pragmatiskt perspektiv på alternativ tvistlösning. Den alternativa tvistlösningen förknippas tidvis med ett mycket starkt konfliktteoretiskt perspektiv som betonar vikten av att konflikten mellan parterna löses på ett hållbart sätt och utgående från parternas egna premisser. Utgående från ett sådant starkt ideologiskt färgat perspektiv kan skiljeförfarandet lätt ses som ett rött skynke som strider mot alla den alternativa tvistlösningens ideologiska utgångspunkter. Vid skiljeförfarandet förfogar ju parterna inte själva över tvisten utan denna avgörs av utomstående. Om man däremot anlägger ett pragmatiskt perspektiv på alternativ tvistlösning ligger det nära att betona att det enda viktiga är att tvisten löses på ett sätt som är alternativt i förhållande till rättsskipningen. Från en sådan utgångspunkt utgör det inget problem att skiljeförfarandet inte resulterar i någon kompromiss eller lösning av tvisten genom parternas egen medverkan.

Som ovan nämnts hänför jag skiljeförfarandet till alternativ tvistlösning, eftersom jag definierar alternativ tvistlösning som all sådan tvistlösning som inte sker inom ramen för domstolarnas verksamhet med syfte att uppnå en dom. I en vidare kontext torde det emellertid sakna praktisk betydelse huruvida skiljeförfarandet anses vara alternativ tvistlösning eller inte. Syftet med systematiseringen är ju inte att i begreppsjurisprudentisk anda härleda egenskaper utgående från definitionen utan enbart att underlätta framställningen.²⁰⁸

²⁰⁶ Se t.ex. *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 22 och *Koulu* i *Prosessioikeus*, s. 1037. Se även *Lindell*, Alternativ tvistlösning, där redan verkets fulla titel "[...] särskilt medling och skiljeförfarande" implicerar en dylik systematisering. Samma systematisering kan iaktas också i *Lindells* övriga produktion. Se t.ex. *Lindell*, Civilprocessen, s. 611. *Lindell* skriver: "I detta avslutande kapitel behandlas alternativ tvistlösning. Framställningen är begränsad till skiljeförfarande och medling [...]".

²⁰⁷ Gällande detta, se *Redfern – Hunter*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, s. 10. *Redfern – Hunter* framhäver just förmågan att fatta bindande avgöranden som det drag som skiljer skiljeförfarandet från medling och förlikningsförfarande.

²⁰⁸ Se t.ex. *Redfern – Hunter*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, s. 32–33. *Redfern – Hunter* karakteriserar alternativ tvistlösning som frivillig (*non-compulsory*) medan rättsskipning och skiljeförfarande karakteriseras som obligatoriska (*compulsory*). De framhåller emellertid att man kan ifrågasätta om det går att upprätthålla en distinktion mellan frivilliga, dvs. konsensusbaserade, och obligatoriska förfaranden med hänvisning till att det finns förfaranden som också enligt en snävare definition av alternativ tvistlösning anses falla innanför denna men som är obligatoriska och som resulterar i ett bindande avgörande som kan verkställas. Utgående från detta föreslår de en definition där alternativ tvistlösning beskrivs som en metod för att lösa eller försöka lösa tvister utan att vända sig till domstol eller skiljeförfarande och genom proces-

4.3 FRIVILLIGHET OCH PARTSAUTONOMI VID SKILJEFÖRFARANDE

Skiljeförfarandet baserar sig på parternas vilja. För att ett skiljeförfarande skall kunna inledas krävs att parterna avtalar om att en tvist skall lösas genom skiljeförfarande.²⁰⁹ Till denna del präglas förfarandet av avtalsfrihet – parterna kan själva välja om de vill ingå ett skiljeavtal eller inte.²¹⁰ Ett skiljeavtal kan emellertid ingås enbart i mål där förlikning är tillåten.²¹¹ I 2 § lagen om skiljeförfarande uttrycks detta så att skiljeförfarande är möjligt endast i en privaträttslig tvistefråga om vilken parterna kan ingå förlikning.²¹² Till denna del har skiljeförfarandet alltså samma tillämpningsområde som domarens förlikningsverksamhet, vilken enligt 5 kapitlet 26 § rättegångsbalken endast kan genomföras i mål där förlikning är tillåten.

Trots att skiljeförfarandet således grundar sig på ett avtal mellan parterna kan man inte hävda att det är konsensusbaserat. Den frivillighet som präglar skiljeförfarandet gäller enbart då skiljeavtalet ingås. När parterna emellertid väl ingått ett skiljeavtal är detta bindande: parterna kan inte ensidigt dra sig ur och åberopa sin rätt att få tvisten löst vid rättsskipning.²¹³ Genom att ingå ett skiljeavtal har parterna nämligen slutgiltigt avstått från denna rätt.²¹⁴ Det faktum att ett skiljeavtal existerar innebär en brist i de dispositiva processföresättningsreglerna. Om en tvist gällande vilken ett skiljeavtal ingåtts anhängiggörs vid en allmän domstol måste domstolen avvisa målet om svaranden gör en invändning om skiljeavtalets existens.²¹⁵

Eftersom skiljeavtalet är bindande kan det också verkställas trots att den ena parten motsätter sig detta. En part kan således tvingas underkasta sig skiljeförfarande på basis av ett skiljeavtal trots att parten senare ändrat sig i fråga om

ser som är informella. En dylik definition förefaller föga övertygande.

²⁰⁹ Gällande detta, se t.ex. *Möller*; Välimiesmenettelyn perusteet, s. 2. Se även *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 4.

²¹⁰ Se RP 202/1991, s. 3.

²¹¹ Se RP 202/1991, s. 3.

²¹² Gällande detta, se *Möller*; Välimiesmenettelyn perusteet, s. 15–18.

²¹³ Gällande detta, se *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 7. Redfern – Hunter framhåller att skiljeavtalet mellan parterna förblir gällande trots att det huvudavtal i vilket skiljeavtalet ingår (i form av en skiljeklausul) upphävs. Denna utgångspunkt brukar benämnas separabilitet (*Doctrine of Separability*).

²¹⁴ Gällande detta, se *Möller*; Välimiesmenettelyn perusteet, s. 31–34. I den svenska litteraturen har man diskuterat huruvida båda parter bör ha rätt att inleda skiljeförfarande. Den svenska lagen om skiljeförfarande förutsätter inte att så skulle vara fallet och följaktligen är det inte uteslutet att parterna kan avtala om att den ena parten inte får inleda förfarandet under en viss tid. Avtal som helt utesluter den ena partens rätt att få målet rättsligt prövat anses dock inte ha någon verkan. Se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 311.

²¹⁵ Gällande detta, se *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 7.

vad som vore den lämpligaste metoden att lösa den föreliggande tvisten. Detta innebär dock inte att en part kan tvingas delta i ett skiljeförfarande, utan enbart att den skiljedom som ges i förfarandet blir bindande för parten oberoende om han eller hon deltagit eller inte. Det tål dock att framhållas att parterna givetvis gemensamt kan avstå från att åberopa skiljeavtalet och i stället avtala om någon annan tvistlösningsmetod förutsatt att bägge parter anser detta vara det mest ändamålsenliga. I ett dylikt fall kan tvisten givetvis lösas genom rättsskipning.

Det faktum att skiljeförfarandet baserar sig på ett avtal mellan parterna innebär att parterna har stora möjligheter att påverka hur skiljeförfarandet utformas i praktiken.²¹⁶ Partsautonomin har således stor betydelse för förfarandet.²¹⁷ Partsautonomin gör det möjligt att t.ex. välja språk och ort för förfarandet enligt parternas gottfinnande. I 23 § lagen om skiljeförfarande stadgas uttryckligen att man, om något annat inte följer av lagen om skiljeförfarande, vid behandlingen av saken skall iaktta vad parterna kommit överens om med avseende på förfarandet. Parterna lämnas således rätt fria händer då det gäller den praktiska utformningen av förfarandet i det enskilda fallet. Denna möjlighet för parterna att i relativt hög grad själva utforma förfarandet i det enskilda fallet utgående från sina egna behov understryker den flexibilitet som skiljeförfarandet berömmar sig av.²¹⁸

Med stöd av partsautonomin anføres tidvis att skiljeförfarande i internationella affärstvister helt borde frigöras från nationell rätt och i stället behandlas som utomnationell och delokaliserad.²¹⁹ Så är dock inte fallet utan skiljeförfarande är underställt nationell rätt och har i det fall att det gäller gränsöverskridande tvister ofta anknytning till ett antal olika nationella rättsordningar. Detta komplicerar ofta förfarandet avsevärt.

Som ovan nämnts baserar sig skiljeförfarandet alltså på ett avtal mellan parterna. Ett undantag från detta är legalt, dvs. lagstadgat, skiljeförfarande.²²⁰ Legalt skiljeförfarande bygger inte på avtalsfrihet utan på ett stadgande i lag som förpliktar eventuella tvister att lösas i skiljeförfarande vare sig parterna vill det

²¹⁶ Just parternas möjligheter att själva påverka förfarandet framhålls ofta som en av de huvudsakliga skillnaderna mellan skiljemannens och domarens roller. Gällande detta, se *Mikkola – Puhakka*, DL 2002, s. 90. Parterna kan visserligen ha avtalat om att t.ex. ett visst skiljedomsinstituts regler skall tillämpas på förfarandet och därmed överlåtit på skiljedomstolen att bestämma om förfarandet. Detta till trots bör man hålla i minnet att skiljedomstolen till syvende och sist skall tjäna parterna. Gällande detta, se *Redfern – Hunter*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, s. 277.

²¹⁷ Gällande partsautonomins betydelse vid skiljeförfarande, se *Heuman*, *Skiljemannarätt*, s. 266–271.

²¹⁸ Just flexibiliteten i förfarandet framhålls ofta som en av de centrala fördelarna med skiljeförfarande. Se t.ex. *Redfern – Hunter*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, s. 23.

²¹⁹ För synpunkter på detta, se *Redfern – Hunter*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, s. 7 och kapitel 2.

²²⁰ Gällande detta, se *Möller*, *Välimiesmenettelyn perusteet*, s. 3–4.

eller inte.²²¹ Man kan givetvis fråga sig om legalt skiljeförfarande kan anses vara en alternativ metod för tvistlösning.

4.4 SKILJEMÄNNEN

Vid skiljeförfarande löses tvisten av en eller flera skiljemän. Enligt 7 § lagen om skiljeförfarande skall skiljemännen till antalet vara tre, om inte parterna har bestämt något annat.²²² I mindre tvister är det vanligt med endast en skiljeman. Eftersom parterna står för skiljemännens kostnader blir förfarandet som regel dyrare ju flera skiljemännen är. Om skiljemännen är flera till antalet innebär detta också vanligen att det är betydligt svårare att avtala om datum för muntlig handläggning, vilket kan göra att förfarandet drar ut på tiden. Bland annat dessa orsaker antas ha bidragit till att olika skiljedomsinstitut utarbetat separata regler för skiljeförfarande med endast en skiljeman.²²³

Det är parterna som har ansvaret för att utse skiljemännen, vilket oftast sker sedan tvisten uppkommit.²²⁴ Ett vanligt tillvägagångssätt är att skiljemännen är tre till antalet och att vardera parten utser en skiljeman, vilka sedan tillsammans utser en tredje skiljeman som ordförande. Detta är också utgångspunkten i lagen om skiljeförfarande för det fall att parterna inte kommit överens om skiljemännen eller hur dessa skall utses. Parterna kan emellertid också delegera ansvaret för att utse skiljemän till någon utomstående, t.ex. ett skiljedomsinstitut.²²⁵

Skiljemännen behöver inte ha juridisk utbildning utan kan väljas på grund av att de t.ex. har ett specialkunnande som är av vikt i den ifrågavarande tvisten.²²⁶

²²¹ Exempel på legalt skiljeförfarande återfinns t.ex. i 16 kapitlet aktiebolagslagen där man stadgar om skiljeförfarande i samband med inlösen av minoritetsaktier. Motsvarande reglering finns också t.ex. i 14 kapitlet 9–13 § svenska aktiebolagslagen.

²²² Gällande skiljemännens antal, se *Möller*; Välimiesmenettelyn perusteet, s. 39–40.

²²³ Ett exempel på dylika regler är Centralhandelskammarens skiljedomsinstituts regler för förenklat skiljeförfarande, som trädde i kraft 1.6.2004.

²²⁴ Det finns inga hinder för att parterna utser skiljemännen i ett skiljeavtal som ingås för framtida tvisters skull, men detta torde i praktiken vara relativt ovanligt på grund av de praktiska svårigheter ett dylikt arrangemang lätt medför. Om parterna t.ex. ingår ett långvarigt leveransavtal och i detta inkluderar en skiljeklausul i vilken skiljemännen utses kan detta förorsaka problem om en tvist uppkommer tio år senare, eftersom de skiljemän som utsetts i avtalet eventuellt inte längre kan åta sig uppdraget (t.ex. om skiljemannen avlidit eller om han eller hon blivit jävig). Dylika situationer kan medföra svåra tolkningsproblem.

²²⁵ Gällande detta, se t.ex. *Redfern – Hunter*; Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 8. Parterna kan avtala om att skiljemännen skall utses av ett skiljedomsinstitut, trots att förfarandet inte annars genomförs i det ifrågavarande institutets regi utan är ett *ad hoc*-förfarande. Denna möjlighet erkänns t.ex. i 1 § 2 p. reglerna för Centralhandelskammarens skiljedomsinstitut.

²²⁶ Gällande detta, se *Möller*; Välimiesmenettelyn perusteet, s. 38. Möller konstaterar att det ligger inom ramen för parternas avtalsfrihet att avtala om att skiljemännen skall uppfylla vissa behörighetskrav.

I vissa typer av tvister, t.ex. byggnadstvister, är specialkännedom av särskild betydelse, eftersom det kan vara svårt att ge ett materiellt riktigt avgörande utan att känna till den ifrågavarande branschen. Det faktum att parterna kan välja skiljemän med specialkännedom anses därmed öka chanserna för att få ett materiellt riktigt avgörande. Just möjligheten att utse skiljemän med relevant kunskande brukar framhållas som en av skiljeförfarandets centrala fördelar.²²⁷ Det har emellertid även konstaterats att utvecklingen globalt gått i den riktning att skiljemän på samma sätt som domare skall grunda sitt avgörande på gällande rätt, vilket i sin tur lett till att det ofta är just erfarna jurister som utses till skiljemän.²²⁸

Ovan har diskuterats huruvida medlaren bör ha sakkännedom på det område som tvisten berör eller inte. Frågan är omtvistad, eftersom man befärar att medlingen går miste om sin alternativa karaktär om man betonar att medlaren skall besitta sakkunskap. Samma problematik aktualiseras emellertid inte vid skiljeförfarande. Eftersom skiljeförfarandet har som mål att bilägga tvisten genom en slutlig skiljedom är frågan om skiljemannens sakkännedom inte problematisk: skiljemannens uppgift att komma med ett avgörande i tvisten. Till denna del avviker skiljeförfarandet avsevärt från medlingen, där medlarens uppgift enbart är att hjälpa parterna att nå en förlikning och där substanskännedom därför delvis kan vara till förfång för att finna en optimal lösning.

4.5 FÖRLIKNING VID SKILJEFÖRFARANDE

Trots att ett skiljeförfarande inletts är det inte uteslutet att parterna förlikas.²²⁹ På samma sätt som i rättsskipningen är det visserligen sannolikt att parterna redan innan förfarandet inleds försökt nå en förlikning, dock utan resultat. Då skiljeförfarandet inleds ändrar dynamiken i tvisten och det uppkommer eventuellt bättre möjligheter att nå samförstånd. Till denna del torde samma synpunkter som motiverar domarens förlikningsverksamhet gälla.

I fråga om förlikning vid skiljeförfarande är frågan emellertid hur aktivt skiljemännen skall verka för att försöka få till stånd en förlikning. Något motsvarande stadgande som det som ingår i 5 kap. 26 § rättegångsbalken om domarens förlikningsverksamhet existerar inte i lagen om skiljeförfarande, utan i lagen ges skiljemännen enbart rätt att fastställa en förlikning som uppkommer i förfa-

²²⁷ Se t.ex. *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 23.

²²⁸ Se RP 202/1991, s. 22.

²²⁹ Se t.ex. *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 31. Redfern – Hunter nämner att möjligheten till förlikning aldrig skall anses utesluten även om andra tvistlösningsmetoder redan tagits i bruk. De nämner som exempel en stor byggnadstvist i England som förliktes efter att skiljeförfarande hade påbörjats och en muntlig session pågått i 80 dagar.

randet. Skiljemännen har således ingen absolut skyldighet att fastställa förlikningen, utan fastställandet skall vara beroende av deras prövning.²³⁰ Åsikterna om skiljemännens aktivitet för att få parterna att nå en förlikning går i sär.²³¹ Det har framhållits att det många gånger kan vara meningsfullt att skiljemännen försöker få parterna att ingå förlikning.²³² Så bör dock inte ske mot parternas vilja. Om parterna samtycker kan skiljemännen emellertid till och med komma med ett förslag till uppgörelse.²³³ Kritik har emellertid även riktats mot att skiljemännen aktivt försöker få till stånd en förlikning.²³⁴

4.6 FÖRFARANDEGARANTIER VID SKILJEFÖRFARANDE

4.6.1 Inledning

Eftersom skiljeförfarandet inte är anknutet till rättsskipningen blir normerna gällande förfarandegarantier vid rättsskipning inte automatiskt tillämpliga på skiljeförfarandet.

Vad för det första gäller mänskorättskonventionens krav på förfarandegarantier har det även på denna punkt relevans att skiljeförfarandet baserar sig på ett skiljeavtal. Man kan anse att parterna genom att avtala om skiljeförfarande åsidosätter mänskorättskonventionens stadgande om en rättvis rättegång. Även om ett skiljeförfarande således inte uppfyller alla de krav på förfarandegarantier som uppställs i artikel 6.1 i mänskorättskonventionen innebär detta inte nödvändigtvis att skiljeförfarandet som tvistlösningsmetod skulle vara olämpligt i mänskorättskonventionens kontext.²³⁵ Denna tolkning har även uppmärksamats i finsk rättspraxis.²³⁶ Det ovensagda gäller skiljeförfarande som base-

²³⁰ Se RP 202/1991, s. 22. Se även *Möller*; Välimiesmenettelyn perusteet, s. 75.

²³¹ Se *Möller*; Välimiesmenettelyn perusteet, s. 59.

²³² Se t.ex. *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 408. Heuman förhåller sig positivt till att skiljemännen försöker få parterna att nå en förlikning men konstaterar att skiljemännen nog bör överväga när så skall ske.

²³³ Se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 408. Heuman konstaterar att ett sådant förslag inte behöver grundas enbart på tvistens sannolika utgång.

²³⁴ För kritik av skiljemännens möjligheter att verka för förlikning mellan parterna, se *Erma*, DL 1987, s. 241. Erma anför att skiljemannen inte bör verka för förlikning mellan parterna eftersom han eller hon då sätter sin opartiskhet på spel. Som exempel anförs att det är olämpligt att skiljemannen tar initiativ till förlikning, men att inget hindrar att han fastställer en förlikning som parterna uppnår. Det är skäl att notera att Ermas inlägg härrör från tiden före den nuvarande lagen om skiljeförfarande.

²³⁵ Gällande detta, se t.ex. *Pellonpää*, Euroopan ihmisoikeussopimus, s. 357. Pellonpää poängterar dock även att det utgående från konventionspraxis än så länge är oklart var gränserna för parternas möjligheter att avstå från sina rättigheter enligt mänskorättskonventionen går. Se *Pellonpää*, Euroopan ihmisoikeussopimus, s. 236.

²³⁶ Se HD 2001:11. I det ifrågavarande fallet konstaterade Högsta domstolen att mänskorätts-

rar sig på skiljeavtal. Vid legalt skiljeförfarande är situationen en annan och mänskorättskonventionens förfarandegarantier ges större betydelse.²³⁷

Vad för det andra gäller grundlagens stadgande om en rättvis rättegång stadgar detta uttryckligen enbart att garantierna för en rättvis rättegång skall tryggas i lag. Från detta kan man inte nödvändigtvis dra slutsatsen att detta skall gälla också för skiljeförfarande. Eftersom rättegångsbalken inte tillämpas på skiljeförfarande saknar lagens stadganden om enskilda förfarandegarantier direkt relevans i förhållande till skiljeförfarande. Vilka förfarandegarantier som skall tryggas vid skiljeförfarande framgår i stället av stadgandena i lagen om skiljeförfarande.

Skiljeförfarandet har beskrivits som en hybrid. Förfarandet baserar sig på ett avtal mellan parterna och genomförs som ett privat förfarande där parternas vilja och önskligheter ges stort utrymme. Trots detta resulterar det som regel i en skiljedom som är juridiskt bindande och som ofta kan verkställas i nästan vilket land som helst.²³⁸ Det har framhållits att just det faktum att skiljeförfarandet resulterar i ett bindande avgörande ställer krav på hur förfarandet utformas.²³⁹

I det följande kommer jag närmare att granska vilka av förfarandegarantierna rätten till opartisk handläggning, rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande samt rätten till offentlig förhandling som skall tryggas vid skiljeförfarande.

4.6.2 Rätten till opartisk handläggning

Enligt 9 § lagen om skiljeförfarande skall en skiljeman i sitt uppdrag vara opartisk och oavhängig.²⁴⁰ Samma förutsättning uppställs även i de flesta andra länder.²⁴¹ Med oavhängighet avses avsaknaden av ett förhållande mellan skiljeman

konventionen inte uppställer ovillkorliga krav på skiljeförfarandet och att parterna vid dylikt förfarande anses avstå från rätten att få sitt mål behandlat i rättsskipning samt från rättsskipningens rättsskyddsgarantier (*oikeusturvatakeet*).

²³⁷ Se fallet *Scarth mot Storbritannien* (1999). Se även *Werlauff* i Festskrift till Per Henrik Lindblom, s. 711 och *Pellonpää*, Euroopan ihmisoikeussopimus, s. 357–358.

²³⁸ Se *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 11.

²³⁹ Se *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 10. Redfern – Hunter hänvisar till den engelska lagen om skiljeförfarande av år 1996, enligt vilken skiljedomstolen skall verka ”fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent”. Författarna konstaterar med hänvisning till bl.a. artikel 18 i UNCITRALs modellag att denna utgångspunkt är generell.

²⁴⁰ Kritik har riktats mot det faktum att stadgandet innehåller preciseringen ”i sitt uppdrag”. Se *Ståhlberg*, DL 1996, s. 451. Kritiken torde dock sakna relevans i denna kontext.

²⁴¹ Se t.ex. *Mikkola – Puhakka*, DL 2002, s. 83. Detta gäller såväl olika länders lagstiftning som reglerna för de flesta internationella skiljedomsinstitut, t.ex. ICC och LCIA. Det internationella advokatsamfundet IBA har fastställt specifika regler för skiljemannajäv i internationellt skiljeför-

och part. Begreppet opartiskhet i sin tur avser avsaknad av förutfattad mening. Opartiskhet har därför ansetts vara ett betydligt mera abstrakt koncept än oavhängighet, eftersom detta huvudsakligen avser skiljemannens uppfattningar, vilka är svåra att mäta.²⁴² I samband med rätten till opartisk handläggning stöter man också tidvis på begreppet neutralitet. Vid första anblicken förefaller begreppen opartiskhet och neutralitet ha samma innebörd. Det har emellertid anförts att en part kan utse en skiljeman som inte är neutral i förhållande till parten om detta inte hindrar skiljemannen från att förhålla sig opartiskt till den bevisning och argumentation som anförs av vardera parten.²⁴³

Skiljemannens opartiskhet tangeras också 23 § i lagen om skiljeförfarande, där det konstateras att skiljemännen har rätt att besluta om förfarandet i avsaknad av avtal mellan parterna på denna punkt, dock med beaktande av kravet på opartiskhet. Motsvarande krav ingår också i den svenska lagen om skiljeförfarande, enligt vilken en skiljeman skall vara opartisk och skiljemannen är jävig om det finns någon omständighet som kan rubba förtroendet för hans eller hennes opartiskhet.²⁴⁴

Rätten till opartisk handläggning är av stor betydelse för skiljeförfarandets legitimitet.²⁴⁵ Det faktum att skiljeförfarandet resulterar i en skiljedom som är slutlig och bindande för parterna gör att man bör ställa relativt höga krav på att rätten till opartisk handläggning upprätthålls, eftersom ett förfarande som resulterar i ett exigibelt slutresultat också bör vara trovärdigt.²⁴⁶

Hur skiljemannens jäv avgörs varierar mellan olika regelsystem. I lagen om skiljeförfarande nämns två jävsgrunder. För det första kan skiljemannen förklaras jävig om han eller hon skulle ha varit jävig att behandla saken som doma-

farande. Gällande dessa, se *Lindholm* i Juhlaulkaisu Esko Hoppu, s. 192–218. Också UNCITRALs modellag innehåller ett krav på att skiljemännen skall vara opartiska och oavhängiga. Detta krav anses vara obligatoriskt och parterna anses därmed inte kunna frångå det. Gällande rätten till opartisk handläggning i internationellt hänseende, se t.ex. *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 210–212 och *Brown – Marriott*, ADR Principles and Practice, s. 53, fotnot 15.

²⁴² Se *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 212. Redfern – Hunter poängterar att partiskhet ofta är relativt lätt att upptäcka men relativt svår att bevisa.

²⁴³ Se *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 213. Redfern – Hunter poängterar dock att detta gäller endast partsutsedda skiljemän: skiljemän som utses av någon annan än parterna måste såväl vara som förefalla att vara helt opartiska och oavhängiga. Det är ytterligare skäl att notera att begreppet opartiskhet bör ges samma tolkning oberoende av om skiljemannen är lekman, advokat eller en f.d. domare som arbetar som professionell skiljeman. Se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 240.

²⁴⁴ Gällande detta, se *Lindell*, Civilprocessen, s. 618.

²⁴⁵ Se *Möller*, Välimiesmenettelyn perusteet, s. 42.

²⁴⁶ Se t.ex. RP 202/1991, s. 5. Se även *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 283. Heuman hänvisar till rättsfallet NJA 1981, s. 1205 och konstaterar att det faktum att en skiljedom inte kan klandras på materiella grunder som grund till att kravet på opartiskhet måste ställas högt.

re.²⁴⁷ För det andra kan skiljemannen förklaras jävig också på grund av någon annan omständighet som är ägnad att ge befogad anledning att betvivla hans eller hennes opartiskhet.²⁴⁸ Bedömningen görs ur såväl subjektivt (har skiljemannen varit jävig?) som objektivt (har det funnits befogad anledning att betvivla skiljemannens opartiskhet?) perspektiv.²⁴⁹ För att jäv skall föreligga enligt den subjektiva bedömningen bör det framgå att skiljemannen verkligen varit jävig, medan jäv på basis av den objektiva bedömningen kan fastställas redan på basis av att det förelegat befogad anledning till tvivel. Det säger sig självt att det kan vara mycket svårt att leda subjektiv partiskhet i bevis, varför den objektiva partiskheten ofta i praktiken har större betydelse.²⁵⁰ Vad som kan anses ge befogad anledning till tvivel har diskuterats i litteraturen. I förarbetena till lagen om skiljeförfarande har framhållits att endast sådana synpunkter som enligt en objektiv bedömning ger befogad anledning till tvivel kan grunda jäv.²⁵¹ Som exempel på dylika omständigheter har anförts att en parts ombud och skiljemannen har för vana att turvis utse varandra till skiljemän eller att en part upprepade gånger utnämnt samma skiljemän utan särskilt skäl.²⁵²

Rätten till opartisk handläggning tryggs under hela förandet. Detta inne-

²⁴⁷ Se RP 202/1991, s. 5 och Möller, Välimiesmenettelyn perusteet, s. 43. Jfr svenska lagen om skiljeförfarande där bedömningen av skiljemannens opartiskhet inte knutits till bedömningen av domarjäv. Man har uttryckligen velat undvika kopplingar till jävsstadgandena i svenska rättegångsbalken. Se prop. 1998/99:35, s. 218 och SOU 1994:81, s. 265. Gällande detta, se även Lindell, Alternativ tvistlösning, s. 159 och Heuman, Skiljemannarätt, s. 240. Heuman konstaterar att jävsregleringen är densamma för domare och skiljemän men att en omständighet som utgör jäv för den ena kategorin inte behöver utgöra jäv för den andra. Se även Redfern – Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 210. Redfern – Hunter konstaterar att analogin mellan domare och skiljeman inte bör föras alltför långt då det gäller prövning av skiljemannens opartiskhet, eftersom domaren är en tjänsteman som följaktligen har skyldigheter som kan härledas från detta.

²⁴⁸ I förarbetena till den svenska lagen om skiljeförfarande användes ett motsvarande uttryck, nämligen ”är ägnad att rubba förtroendet”. I lagtexten ändrades detta dock till ”kan rubba förtroendet”. Enligt Lindell är det inte bara fråga om en redaktionell förändring, utan det föreligger en skillnad i tolkningen av begreppen. Orden ”är ägnad” indikerar en objektiv referens som hänvisar till ett offentligt förfarande, dvs. ”hur kommer detta att uppfattas av utomstående om det blir känt”. Orden ”kan rubba” saknar i sin tur denna konnotation, vilken heller inte är behövlig eftersom skiljeförfarandet inte är offentligt och en eventuell bedömning av situationen aldrig kommer till allmän kännedom. Se Lindell, Alternativ tvistlösning, s. 161–162. Utgående från detta resonemang bör man fråga sig om stadgandet i 10 § lagen om skiljeförfarande (som ju innehåller uttrycket ”är ägnad att ge befogad anledning”) hos oss skall tolkas på ett objektivare sätt än motsvarande stadgande i den svenska lagen.

²⁴⁹ Samma indelning i subjektivt och objektivt jäv återfinns också i den svenska lagen om skiljeförfarande. I förarbetena betonas att man bör lägga vikt vid den faktiska relationen i det enskilda fallet. Se prop 1998/99:35, s. 218 och SOU 1994:81, s. 265. Se även Lindell, Alternativ tvistlösning, s. 160.

²⁵⁰ Se Heuman, Skiljemannarätt, s. 240.

²⁵¹ Se RP 202/1991, s. 14.

²⁵² Se RP 202/1991, s. 14 och Möller, Välimiesmenettelyn perusteet, s. 43–44. Se även Ståhlberg, DL 1996, s. 453. Ståhlberg kritiserar att man i propositionen inte redogör för varför de ifrågavarande situationerna anses ge befogad anledning till tvivel.

bär således för det första att skiljemannen bör vara opartisk och oavhängig då han eller hon utses. För att parterna skall kunna bedöma skiljemannens opartiskhet då denne utses stadgas att en person som ombetts åta sig ett skiljeuppdrag genast skall uppge alla omständigheter som är ägnade att äventyra hans opartiskhet som skiljeman eller är ägnade att ge anledning till befogade misstankar i detta avseende.²⁵³ En motsvarande reglering finns i de flesta regelverk gällande skiljeförfarande och har som gemensam nämnare att skiljemannen innan han eller hon utses bör redogöra för alla eventuella kopplingar till parterna och målet som kunde utgöra jävsgrunder.²⁵⁴ För det andra innebär kravet också att skiljemannen under förfarandets gång bör förbli opartisk och oavhängig. Således måste skiljemannen också under förfarandets gång uppmärksamgöra parterna på eventuella omständigheter som grundar jäv.

Som ovan nämnts är en vanlig modell på skiljeförfarande att vardera parten utser en skiljeman, vilka därefter tillsammans utser en tredje skiljeman som ordförande. Frågan är givetvis om kravet på opartiskhet och oavhängighet skall bedömas annorlunda i fråga om de partsutsedda skiljemännen än i fråga om en skiljeman som utses av någon annan än en part. Utgående från finländskt perspektiv är saken klar: 9 § lagen om skiljeförfarande tillämpas på alla skiljemän.²⁵⁵ Internationellt sett går emellertid åsikterna i sär på denna punkt. Huvudregeln torde vara att samma krav på opartiskhet och oavhängighet skall gälla för alla skiljemän, emedan dessa tillsammans utgör skiljedomstolen.²⁵⁶ Emellertid finns även modeller som avviker från detta och där man utgår från att de partsutsedda skiljemännen representerar respektive part.²⁵⁷ I praktiken torde det också förekomma att partsutsedda skiljemän upplever sig representera den part som utsett dem trots att så inte borde vara fallet.²⁵⁸

²⁵³ Gällande denna skyldighet, se Möller, Välimiesmenettelyn perusteet, s. 44–45.

²⁵⁴ Gällande detta, se t.ex. Redfern – Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 216–217. Se även Ståhlberg, DL 1996, s. 455. Ståhlberg konstaterar att skiljemannen bör redogöra också för omständigheter som kanske inte i sig skulle räcka som jävsgrunder men som kan vara ägnade att ge befogad anledning att betvivla skiljemannens opartiskhet.

²⁵⁵ Se Möller, Välimiesmenettelyn perusteet, s. 43.

²⁵⁶ Gällande detta, se t.ex. för Sveriges del prop. 1998/99:35, s. 83, SOU 1994:81, s. 116 och Heuman, Skiljemannarätt, s. 283.

²⁵⁷ Så är fallet främst i USA. I American Arbitration Associations (AAA) och American Bar Associations (ABA) gemensamma etiska kod *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*, vilka gäller nationella förfaranden i USA är presumptionen att en partsutsedd skiljeman är icke-neutral förutom om båda parter uttryckligen bekräftar att alla tre skiljemän bör vara neutrala eller då ett dylikt krav framgår av avtalet, tillämpliga regler om skiljeförfarande eller tillämplig lag. I internationella förfaranden förekommer icke-neutrala skiljemän främst i *ad hoc*-förfaranden, eftersom reglerna för de flesta internationella skiljedomsinstitut (inklusive t.ex. AAAs *International Arbitration Rules*) förutsätter att skiljemännen skall vara opartiska och oavhängiga. Gällande detta, se Redfern – Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 210–211. Se även Mikkola – Puhakka, DL 2002, s. 84.

²⁵⁸ Se t.ex. Ståhlberg, DL 1996, s. 452 och Lundblad, DL 1992, s. 38–39. Se även Redfern – Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 211–212. Redfern – Hunter

Då det gäller upprätthållandet av skiljemannens opartiskhet och oavhängighet är skiljemannens kommunikation med parterna av särskilt intresse. För att upprätthålla sin opartiskhet och oavhängighet bör skiljemannen avhålla sig från att kommunicera med den ena parten utan att den andra får ta del av kommunikationen.²⁵⁹ Detta innebär i praktiken att skiljemannen bör se till att eventuell kommunikation mellan honom och den ena parten också bör komma den andra parten till kännedom. Eftersom skiljemannen skall avgöra tvisten bör regelrätta *ex parte*-möten anses vara uteslutna. Samtidigt bör man dock hålla i minnet att det i praktiken kan uppkomma situationer där skiljemannen blir tvungen att träffa den ena parten utan att den andra är närvarande. En dylik situation uppkommer främst då den ena parten obstruerar genom att t.ex. utebli från handläggningen men där det ändå finns ett behov av att fortsätta förfarandet för att få till stånd en skiljedom. Sådana situationer är alltid mycket komplicerade och förbudet för skiljemännen att träffa parterna *ex parte* får givetvis inte utgöra något hinder på denna punkt.²⁶⁰

Skiljemannens jäv är beroende av invändning.²⁶¹ Enligt 41 § 2 mom. lagen om skiljeförfarande går en part förlustig möjligheten att föra talan om upphävande av skiljedomen på grund av jäv om han eller hon inte åberopar brister i skiljemannens opartiskhet genom att svara i huvudsaken eller på något annat sätt anses ha avstått från att åberopa en omständighet som avses i nämnda punkter.²⁶² Detta innebär i praktiken att en part kan låta bli att åberopa en viss jävsgrund och på detta sätt acceptera att en skiljeman som vore jävig åtar sig uppdraget. Skiljemannens jäv är också dispositiv.²⁶³ På denna punkt bör man emellertid skilja mellan parternas möjligheter att på förhand avstå från att åberopa jävsgrunder och att göra detta i efterskott. Det har ansetts att en part inte på förhand kan avstå rätten att åberopa abstrakta jävsgrunder men att parterna kan avtala om att avstå från att åberopa redan uppkomna, konkreta jävsgrunder.²⁶⁴

konstaterar att det i förfaranden där parterna utser en del av skiljemännen är av vikt att alla inblandade är medvetna om huruvida skiljemännen förutsätts vara neutrala. De konstaterar också att det kan vara svårt att skilja mellan icke-neutrala och neutrala skiljemän.

²⁵⁹ Se t.ex. *Redfern – Hunter*; Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 217.

²⁶⁰ Gällande synpunkter som bör beaktas i en sådan situation, se *Möller*; Välimiesmenettelyn perusteet, s. 63–64 och *Redfern – Hunter*; Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 336–337.

²⁶¹ Se RP 202/1991, s. 5 och 14 samt *Möller*; Välimiesmenettelyn perusteet, s. 46.

²⁶² Gällande detta, se *Möller*; Välimiesmenettelyn perusteet, s. 86–87. Samma gäller också i skiljeförfaranden enligt Centralhandelskammarens skiljedomsinstituts regler. Enligt 9,3 § i dessa regler går parten förlustig rätten att göra en jävsinvändning om han eller hon inte invänder om jäven inom 30 dagar efter att han eller hon fick kännedom om jävsgrunden.

²⁶³ Se *Möller*; Välimiesmenettelyn perusteet, s. 43.

²⁶⁴ Se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 273. I Sverige har det faktum att jävsreglerna vid skiljeförfarande är dispositiva ansetts innebära att man vid skiljeförfarande kan göra en mera individualiserad jävsprövning än i fråga om domarjäv. I praktiken skulle detta innebära att man skulle fästa mindre uppmärksamhet vid vad som objektivt sett är ägnat att väcka misstanke om jäv och i stäl-

Om en part uppdragar brister i rätten till opartisk handläggning har parten möjlighet att vidta åtgärder såväl under förfarandets lopp som efter att skiljedomen avkunnats. Om bristen uppdragas under förfarandets lopp skall parten framställa en jävsinvändning i själva förfarandet. En dylik jävsinvändning prövas av skiljedomstolen men resulterar de facto vanligen i att skiljemannen självant avgår.²⁶⁵ Frågan om skiljemannens jäv kan inte föras till domstol för prövning medan förfarandet pågår.²⁶⁶

Om parten uppdragar brister i skiljemannens opartiskhet först då skiljedomen givits kan parten enligt 41 § 1 mom. 3 p. lagen om skiljeförfarande klandra skiljedomen och yrka att den upphävs. Det faktum att en jävsgrund blir känd först efter att skiljedomen meddelats bör emellertid inte inverka på hur kravet på opartiskhet bedöms – bedömningen bör vara enhetlig.²⁶⁷ Som ovan nämnts utgör skiljemannajäv en klandergrund enligt lagen om skiljeförfarande. Stadgandet är dock kvalificerat så att domen kan upphävas endast om en parts yrkande om att skiljemannen skall förklaras jävig har framställts i behörig ordning men inte har bifallits förrän skiljedomen meddelats, eller om parten fått kännedom om jävsgrunden så sent att han eller hon inte kunnat framställa ett dylikt yrkande innan skiljedomen meddelats. En part kan klandra skiljedomen på grund av jäv också om jävsgrunden uppdragats redan under förfarandet och skiljedomstolen då prövat jävsinvändningen men inte bifallit denna.²⁶⁸

Brister i rätten till opartisk handläggning utgör således en klandergrund men däremot inte en ogiltighetsgrund. Det har emellertid anförts att rätten till opartisk handläggning i vissa mycket speciella situationer kan aktualisera ogiltighet enligt *ordre public*-grunden.²⁶⁹

Om en skiljedom upphävs på grund av att skiljemannen varit jävig kan skadan för parterna vara avsevärd. Parternas rättegångskostnader i ett skiljeförfarande är ofta betydande och om skiljedomen upphävs har dessa kostnader givetvis uppkommit förgäves. Skiljemannens ansvar för skada som uppkommit till följd av att skiljedomen upphävts på grund av jäv har nyligen varit föremål för granskning i högsta domstolen.²⁷⁰ I en dom given 31.1.2005 dömde högsta

let fokusera på om risk för jäv föreligger i det enskilda fallet. Se *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 161. Samma resonemang kan eventuellt tillämpas också i finsk rätt.

²⁶⁵ Se t.ex. *Ståhlberg*, DL 1996, s. 455.

²⁶⁶ Detta framgår av 11 § 3 mom. lagen om skiljeförfarande, enligt vilken en domstol kan behandla en jävsinvändning bara i samband med att den prövar en talan om skiljedomens upphävande enligt 41 § lagen om skiljeförfarande. Se *Möller*, Välimiesmenettelyn perusteet, s. 46.

²⁶⁷ Gällande detta, se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 239–240.

²⁶⁸ Se t.ex. *Ståhlberg*, DL 1996, s. 454.

²⁶⁹ Gällande detta, se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 602.

²⁷⁰ Se HD 2005:14, dom 31.1.2005. Redan tidigare har skiljemannens skadeståndsansvar, särskilt i fråga om brister i opartiskhet, väckt intresse i litteraturen. Se *Hemmo*, DL 2000, s. 397–412 och *Hoppu*, DL 2000, s. 413–415. Hoppu anför att ansvar inte bör kunna uppkomma i fall där skiljedomen upphävs på grund av en omständighet som är föremål för tolkning, t.ex. en jävsgrund. Hoppus slutsats är således att en skiljeman inte kan bli skadeståndsskyldig om en skilje-

domstolen en skiljeman att ersätta de rättegångskostnader som uppkommit i ett skiljeförfarande. Skiljemannen hade varit jävig, till följd av vilket skiljedomen hade upphävts. Högsta domstolen slog fast att skiljemannens ansvar gentemot parterna är kontraktuellt, vilket möjliggör ersättning för ren ekonomisk skada utan de tilläggsförutsättningar som uppställs i 5 kapitlet 1 § skadeståndslagen. Målet återförvisades till tingsrätten till den del det gällde ersättningens belopp.

4.6.3 Rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande

Enligt 23 § lagen om skiljeförfarande skall skiljemännen då de fattar beslut om förfarandet beakta kravet på opartiskhet.²⁷¹ Detta kan ses som ett uttryck för rätten till lika behandling: det faktum att skiljemännen då de fattar beslut om förfarandet skall beakta kravet på opartiskhet innebär ju de facto ett krav på att skiljemännen skall behandla parterna lika. Denna tolkning stöds också av språkdräkten i stadgandets finska version.²⁷²

Vid skiljeförfarande anses rätten till lika behandling, vid sidan av partsautonomin, höra till skiljeförfarandets allra centralaste principer.²⁷³ Rätten till lika behandling uppmärksammas också i bl.a. UNCITRALs modellag. Också New York-konventionen, som gäller internationell verkställighet av skiljeavtal och skiljedomar, tangerar rätten till lika behandling eftersom brister i denna förfarandegaranti kan utgöra hinder för verkställighet.

Rätten till lika behandling inskränker dels partsautonomin, dels skiljemännens frihet att besluta om handläggningen.²⁷⁴ Rätten innebär att skiljemännen inte bör ge den ena parten processuella fördelar som den andra inte erbjuds.²⁷⁵

dom upphävs på grund av jäv, eftersom frågan om huruvida jäv föreligger eller inte kan vara föremål för tolkning. Hoppus slutsats är föga övertygande. Se även *Möller*; Välimiesmenettelyn perusteet, s. 49.

²⁷¹ Gällande detta, se t.ex. RP 202/1991, s. 19.

²⁷² I den finska lagtexten lyder stadgandet: ”*Jollei tämän lain säännöksestä muuta johdu, on asian käsittelyssä noudatettava, mitä asianosaiset ovat menettelystä sopineet. Tuollaisen sopimuksen puuttuessa välimiehillä on oikeus tämän lain säännöksiä noudattaen ja ottaen huomioon tasapuolisuuden ja joutuisuuden vaatimukset päättää asian käsittelyssä noudatettavasta menettelystä.*” Här används alltså i stället för som i den svenska texten uttrycket ”kravet på opartiskhet” uttrycket *tasapuolisuuden vaatimus*, vilket klart indikerar att det är fråga om rätten till lika behandling. Det är också skäl att notera att stadgandet förutom ett krav på lika behandling också omfattar ett krav på snabbhet. I litteraturen har dock anförts att detta krav bör ge vika för kravet på kontradiktoriskt förfarande ifall dessa står mot varandra. Se *Mikkola – Puhakka*, DL 2002, s. 88.

²⁷³ Se *Redfern – Hunter*; Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 280.

²⁷⁴ Se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 280. Heuman konstaterar dock att det kan finnas skillnader som gör en viss olikabehandling befogad, t.ex. med hänsyn till kravet på en ändamålsenlig handläggning.

²⁷⁵ Om t.ex. inte båda parter kallas till en muntlig förhandling föreligger brott mot rätten till lika behandling. Se SOU 1994:81, s. 142, prop. 1998/99:35, s. 110 och *Heuman*, Skiljemannarätt,

Den innebär emellertid inte att inte skiljemännen skulle kunna ansluta sig till en handläggningsordning som föreslagits av den ena parten.²⁷⁶ I svensk rätt har konstaterats att rätten inte enbart innebär ett förbud för skiljemännen att behandla parterna olika utan också att ett avtal som ger bara den ena parten en processuell förmån eller berövar den andra en processuell rättighet är ogiltigt.²⁷⁷ Det säger sig självt att parterna själva får avgöra om de vill utnyttja de möjligheter som erbjuds dem – rätten tryggar alltså endast parternas rätt att bli erbjudna lika behandling.

Precis som rätten till lika behandling utgör också rätten till kontradiktoriskt förfarande en central förfarandegaranti vid skiljeförfarande. Enligt 22 § lagen om skiljeförfarande skall skiljemännen bereda parterna erforderlig möjlighet att föra sin talan.²⁷⁸ Motsvarande stadgande finns också i 24 § den svenska lagen om skiljeförfarande, enligt vilken skiljemännen skall bereda parterna tillfälle att i all behövlig omfattning utföra sin talan skriftligen eller muntligen.²⁷⁹ I fråga om skiljeförfarande innebär rätten till kontradiktoriskt förfarande att parterna bl.a. har rätt att framföra sina yrkanden, grunderna för dessa samt uttala sig om vad motparten anført.²⁸⁰ Rätten till kontradiktoriskt förfarande begränsar även skiljemännens åtgärder – t.ex. är skiljemännens kommunikation med parterna ex parte i det närmaste utesluten.²⁸¹

Rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande anses vara handläggningsregler som säkerställer parternas grundläggande processuella rättssä-

s. 277–278. Heuman påpekar dock att det finns processuella förmåner som är sådana att de kan ges enbart åt en part, t.ex. vilken av parterna som först skall få plädera eller förhöra ett vittne.

²⁷⁶ Se Heuman, Skiljemannarätt, s. 268.

²⁷⁷ Se Heuman, Skiljemannarätt, s. 277. Till exempel har ett avtal som ger käranden rätt att utse en skiljeman, men endast ger två svaranden rätt att gemensamt utse en skiljeman ansetts strida mot rätten till lika behandling.

²⁷⁸ Gällande detta, se Möller, Välimiesmenettelyn perusteet, s. 52. Att detta stadgande uttrycker rätten till kontradiktoriskt förfarande framgår t.ex. av RP 202/1991, s. 5.

²⁷⁹ Se Heuman, Skiljemannarätt, s. 273. Motsvarande regel återfinns också i 18 artikeln i UNCITRALs modellag, enligt vilken *“each party shall be given a full opportunity of presenting his case”*. Enligt Heuman anses bestämmelsen vara tvingande.

²⁸⁰ Se RP 202/1991, s. 18 och Möller, Välimiesmenettelyn perusteet, s. 52. Se även Brown – Marriott, ADR Principles and Practice, s. 53. Brown – Marriott konstaterar att det i såväl Europa som USA är en utgångspunkt att dessa principer för förfarandet bör följas, eftersom skiljemännen utför en dömande funktion. I svenska lagen om skiljeförfarande konstateras uttryckligen att en part skall ges möjlighet att ta del av alla handlingar och allt annat material som rör tvisten. Parterna har sannolikt ingen möjlighet att på förhand helt avstå från denna rätt. Se Heuman, Skiljemannarätt, s. 275. Heuman konstaterar dock att parterna kanske gemensamt kan befria skiljemännen från att tillställa parterna material gällande vissa detaljer eller frågor.

²⁸¹ Det är skäl att på denna punkt framhålla att det vid skiljeförfarande kan uppkomma situationer där det är nödvändigt för en skiljeman att kommunicera med den ena parten utan att den andra parten är närvarande. Detta torde främst aktualiseras i situationer där den ena parten obstruerar. Dylik kommunikation bör givetvis inte förhindras av rätten till kontradiktoriskt förfarande. Gällande skiljemännens kommunikation ex parte, se Kurkela, DL 1995, s. 1028.

kerhetsanspråk.²⁸² Det faktum att rättigheterna anses vara så centrala gör att den grad till vilken parterna kan disponera över rättigheterna varierar. En grundläggande regel är att parterna inte disponerar över ogiltighetsgrunderna, eftersom dessa motiveras av ett allmänt intresse. Då det gäller handläggningsregler som säkerställer parternas grundläggande processuella rättssäkerhetsanspråk kan sådana regler ibland inte alls modifieras genom partsavtal, ibland kan modifikation ske om detta inte i alltför hög grad inskränker parternas rättsskydd.²⁸³ I finsk rätt har anförts att parterna inte bindande kan avtala om ett förfarande som inte i tillräcklig mån tryggar parternas rättsskydd. Som exempel nämns uttryckligen rätten till kontradiktoriskt förfarande.²⁸⁴ I svensk rätt har uttryckligen konstaterats att en part saknar möjlighet att på förhand avstå från rätten till kontradiktoriskt förfarande.²⁸⁵ Parterna kan heller inte begränsa denna rätt i så hög grad att det inte finns garanti för att materiell rättvisa skipas.²⁸⁶

I litteratur gällande skiljeförfarande omtalas rätten till lika behandling och rätten till kontradiktoriskt förfarande ofta som uttryck för *due process*-principen. Denna princip, som uppmärksammas främst i amerikansk rätt, avser de grund- eller minimikrav som ställs på rättsskipningen. Dessa krav konkretiseras genom att de enskilda principerna som omfattas av *due process*-principen regleras i detalj i nationell och övernationell lagstiftning. *Due process*-principen brukar tillmätas avsevärd betydelse just i fråga om skiljeförfarande.²⁸⁷

En inskränkning av rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande utgör en grund på vilken en skiljedom kan klandras.²⁸⁸ Enligt 41 § lagen om skiljeförfarande kan en skiljedom upphävas om inte parterna beretts erforderlig möjlighet att föra sin talan.²⁸⁹ En inskränkning av rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande kan även leda till att skiljedomen kan förklaras ogiltig i vissa fall. Enligt förarbetena till lagen om skiljeförfarande är skillnaden mellan ogiltighetsgrunder och klandergrunder att det är fråga om ogiltighet endast då skiljedomen belastas av grova och väsentliga brister.²⁹⁰ Ogiltighet är

²⁸² Se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 272.

²⁸³ Se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 273.

²⁸⁴ Gällande detta, se *Möller*, Välimiesmenettelyn perusteet, s. 2.

²⁸⁵ Se prop. 1998/99:35, s. 227 och 311 och *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 273.

²⁸⁶ Se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 273. *Heuman* konstaterar att man inte bör godta ett avtalat förfarande som utgör en parodi på rättsskipning där slumpen kan vara den avgörande faktorn.

²⁸⁷ Gällande *due process*-principens betydelse vid skiljeförfarande, se *Kurkela*, DL 1995, s. 1027.

²⁸⁸ Detsamma torde gälla Sverige. Se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 277.

²⁸⁹ Gällande detta, se *Möller*, Välimiesmenettelyn perusteet, s. 87. Samma gäller enligt 34 § svenska lagen om skiljeförfarande. Gällande detta, se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 602. Inom skiljemannarätten anses det vara en allmän princip att en part inte kan åberopa ett processuellt fel om han eller hon avstått, eller anses ha avstått, från detta. För att en part skall kunna åberopa ett förfarandefel som klandergrund bör parten därför ha påtalat felet och förbehållit sig rätten att klandra skiljedomen. Gällande detta, se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 286.

²⁹⁰ Se RP 202/1991, s. 8.

självverkande och behöver inte återopas inom någon viss tid. Enligt 40 § 2 p. lagen om skiljeförfarande är en skiljedom ogiltig med stöd av den s.k. *ordre public*-regeln, dvs. till den del den anses strida mot grunderna för Finlands rättsordning. Rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande kan anses vara så centrala förfarandegarantier att de ingår i grunderna för Finlands rättsordning.²⁹¹ Om således inskränkningen är så grav att den medför att skiljedomens anses strida mot grunderna för Finlands rättsordning är skiljedomens ogiltig.²⁹² Som andra *ordre public*-regler bör emellertid även denna ges en snäv tolkning.²⁹³

4.6.4 Rätten till offentlig förhandling

Till skillnad från vad som är fallet vid rättsskipningen aktualiseras inte rätten till offentlig förhandling vid skiljeförfarande.²⁹⁴ Det faktum att skiljeförfarandet som ovan nämnts baserar sig på ett avtal mellan parterna gör att det är fråga om ett slags privat rättsskipning, som följaktligen är icke-offentlig. Det faktum att förfarandet inte är offentligt brukar ofta betonas som en av skiljeförfarandets centrala fördelar.²⁹⁵

I fråga om rättsskipningen innebär rätten till offentlig förhandling dels att allmänheten har en rätt att närvara vid sammanträdena, dels att domen blir offentlig och därmed tillgänglig för alla. Bägge dessa aspekter utesluts i skiljeförfarandet. Det faktum att rätten till offentlig förhandling således inte tillämpas på skiljeförfarande innebär för det första att allmänheten inte har någon rätt att närvara vid förfarandet.²⁹⁶ För det andra innebär icke-offentligheten att inte heller skiljedomens blir offentlig.²⁹⁷

²⁹¹ Se *Kurkela*, DL 1995, s. 1029–1030. Kurkela hänvisar till rättigheterna som en del av due process-principen. Generellt gällande dessa, se *Spolander* i Juhlakirja Jyrki Virolainen, s. 413–425.

²⁹² Motsvarande reglering finns också i Sverige. Se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 272, 277 och 602–603. Heuman konstaterar också att skiljemännen bör handlägga tvisten så att skiljedomens inte kan ogiltigförklaras eller upphävas. Av denna anledning bör skiljemännen känna till praxis gällande ogiltighets- och klandergrunderna. Se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 281.

²⁹³ Detta har framhåvts i svensk litteratur, se SOU 1994:81, s. 289, prop. 1998/99:35, s. 234 och *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 600. Samma gäller även Finland.

²⁹⁴ Gällande detta, se t.ex. RP 202/1991, s. 3 och *Jokela*, Oikeudenkäynti I, s. 61.

²⁹⁵ Se t.ex. *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 27 och *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 30–31.

²⁹⁶ Se t.ex. *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 30 och 36, *Jarvin*, JT 1996–1997, s. 156 och *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 28. Det är dock skäl att notera att parterna själva bestämmer vem som representerar dem vid förfarandet och att det därför är tänkbart att en part missbrukar denna rättighet och vid sidan av de anlitade ombuden utser en person i ett annat bolag till biträde enbart för att ge detta bolag insyn i skiljeförfarandet. Se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 36.

²⁹⁷ Före revideringen av lagen om skiljeförfarande existerade ett stadgande enligt vilket ett exemplar av skiljedomens skulle deponeras vid den tingsrätt i vars domkrets skiljeförfarandet ägt

Det faktum att rätten till offentlig förhandling inte tillämpas på skiljeförfarande har emellertid också kritiserats. Det har anförts att icke-offentligheten medför att sådana missförhållanden inom företag som är av betydelse för kunder och anställda kan bli bestående och att behövlig rapportering i massmedia förhindras. Vidare har det anförts att frånvaron av en kritisk granskning av skiljemännens domar kanske kan påverka kvaliteten i deras arbete.²⁹⁸ Det faktum att förfarandet är icke-offentligt har också kritiserats för att försämra rättsutvecklingen i samhället, särskilt på rättsområden där en stor del av tvisterna avgörs genom skiljeförfarande.²⁹⁹

Att skiljeförfarandet är en icke-offentlig tvistlösningsmetod är allmänt vedertaget men uttryckliga lagstadganden om detta saknas ofta. Så är fallet t.ex. såväl i lagen om skiljeförfarande som i den svenska lagen om skiljeförfarande.³⁰⁰ Den grundläggande icke-offentligheten torde dock vara allmänt accepterad: således torde det råda föga tvivel om att allmänheten inte har rätt att närvara och att skiljedomen inte blir offentlig.³⁰¹

Huruvida icke-offentligheten åtföljs av en tystnadsplikt för skiljemän och parter är emellertid mera omstritt. Det säger sig självt att icke-offentligheten sammanhänger med ett behov av tystnadsplikt för de inblandade – utan en dylik blir icke-offentligheten lätt en chimär eftersom inget då hindrar att det som framkommer under förfarandet yppas för utomstående.

I litteraturen har anförts att parter, skiljemän och skiljedomsinstitut enligt de flesta rättssystem anses ha tystnadsplikt.³⁰² Uttrycklig reglering gällande detta – precis som gällande förfarandets generella icke-offentlighet – ingår emellertid sällan i lagstiftningen. Stadganden om tystnadsplikt saknas t.ex. i såväl lagen om skiljeförfarande som svenska lagen om skiljeförfarande.³⁰³ Det torde

rum. Därmed blev skiljedomen offentlig. Då motsvarande kutym inte är internationellt vedertagen ansågs regleringen avskräcka utländska parter från att delta i skiljeförfarande i Finland. Regleringen ändrades i samband med att lagen om skiljeförfarande trädde i kraft och någon motsvarande skyldighet existerar alltså inte enligt gällande rätt. I litteraturen har ändringen kritiserats och det har framförts att ett depositionsförfarande skulle vara till nytta för såväl rättsvetenskapen som praxis och att man därigenom kunde förbättra förutsägbarheten. Se t.ex. *Jokela*, *Oikeudenkäynti I*, s. 61 och *Halila*, DL 1990, s. 230–233.

²⁹⁸ Se *Heuman*, *Skiljemannarätt*, s. 30–31.

²⁹⁹ Se t.ex. SOU 1995:65, s. 110 och *Jarvin*, JT 1996–1997, s. 169.

³⁰⁰ Gällande Sverige, se SOU 1995:65, s. 186. I utredningen konstateras att skiljeförfarandets konfidentiella karaktär vilar på en ganska svag rättslig grund och snarare kan föras tillbaka på de berördas samförstånd, där kanske hederskodex spelar en större roll än rättsliga sanktionsmekanismer. Följaktligen konstaterar utredningen att en part som vill ge offentlighet åt tvisten är oförhindrad att göra det. För kritik av detta, se *Heuman*, *Skiljemannarätt*, s. 32.

³⁰¹ Se t.ex. *Jarvin*, JT 1996–1997, s. 156. *Jarvin* konstaterar att det är en allmänt omfattad tes att skiljeförfarandet skall äga rum i avskildhet.

³⁰² Se t.ex. *Heuman*, *Skiljemannarätt*, s. 30.

³⁰³ Man kan fråga sig vilken betydelse bestämmelserna om advokaters tystnadsplikt kan ha då en advokat utses till skiljeman. Gällande detta, se t.ex. *Peltonen*, DL 2005, s. 80 och *Heuman*, *Skiljemannarätt*, s. 35–36.

vara relativt sällsynt att frågan om tystnadsplikt regleras direkt i skiljeklausulen.³⁰⁴ Trots avsaknaden av explicita stadganden i fråga om detta förefaller det emellertid relativt oomstritt att det föreligger en implicit tystnadsplikt för skiljemän. Detta motiveras ofta med att då en skiljeman accepterar att åta sig uppdraget får denne anses göra det under tystnadsplikt gentemot obehöriga.³⁰⁵

Betydligt mera omstridd är emellertid parternas tystnadsplikt. Precis som i fråga om skiljemannens tystnadsplikt har det anförts att motsvarande plikt för parterna följer av skiljeavtalet: parterna får anses ha ingått en överenskommelse om att förandet är konfidentiellt även om detta inte specifikt avtalats.³⁰⁶ I Sverige har emellertid denna tolkning inte fått stöd i rättspraxis utan svenska högsta domstolen konstaterade i en dom given 27.10.2000 att skiljeförfarande inte medför någon automatisk tystnadsplikt för parterna.³⁰⁷ En tystnadsplikt för parterna förutsätter således ett specifikt avtal om detta.³⁰⁸ Motsvarande fråga har inte varit föremål för prövning i Finland men det har till följd av det svenska avgörandet anförts att parternas tystnadsplikt inte heller enligt finsk rätt skulle kunna härledas från skiljeförfarandets natur utan bör basera sig på ett uttryckligt avtal.³⁰⁹

Oberoende av om parterna anses ha en tystnadsplikt även vid avsaknad av explicita stadganden om detta kan en part under vissa omständigheter vara nödgad att offentliggöra omständigheter gällande skiljeförfarandet. Detta kan gälla t.ex. om det är nödvändigt att offentliggöra tvisten för att parten skall kunna ta tillvara sin rätt.³¹⁰ Om en av parterna är ett börsnoterat bolag kan detta vara tvunget att för sina aktieägare offentliggöra att bolaget är inblandat i ett skilje-

³⁰⁴ Se t.ex. *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 32.

³⁰⁵ Se *Peltonen*, DL 2005, s. 79–83 och *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 33. Se även SOU 1995:65, s. 185, där det konstateras att det bland skiljemän anses självklart att iakttä diskretion om vad som framkommit under sakens behandling. Se även *Jarvin*, JT 1996–1997, s. 152. På denna punkt kan det även vara skäl att notera att någon skillnad inte görs mellan partsutsedda skiljemän och skiljemän som utsetts av parterna gemensamt. Enbart det faktum att den part som utsett skiljemannen ger sitt samtycke till att skiljemannen offentliggör information räcker inte till: även en parts utsedd skiljeman anses utföra sitt uppdrag i båda parter tjänst och kan därför endast befrias från tystnadsplikten av båda parterna. Se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 36.

³⁰⁶ Se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 32–33.

³⁰⁷ Se NJA 2000, s. 538. För kommentarer, se *Heuman*, Arbitration Law of Sweden, s. 14–16 och *Peltonen*, DL 2005, s. 70–74.

³⁰⁸ Se *Heuman*, Arbitration Law in Sweden, s. 15. Om en part bryter mot den avtalade tystnadsplikten kan motparten sannolikt häva skiljeavtalet, förutsatt att avtalsbrottet är väsentligt. Se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 35. Samma utgångspunkt torde gälla också i fråga om tystnadsplikt för vittnen och sakkunniga som hörs under skiljeförfarandet, och vilka följaktligen bör avkrävas en sekretessförbindelse om man eftersträvar en tystnadsplikt för dessa. Gällande detta, se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 33 och 38.

³⁰⁹ Se *Peltonen*, DL 2005, s. 75–76. I tillägg till avtalsgrunden påpekar *Peltonen* att en tystnadsplikt för parterna kan följa också av materiella skyddsregler gällande sekretess eller av ett uttryckligt beslut av en allmän domstol eller annan myndighet.

³¹⁰ Se t.ex. *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 37.

förfarande och vad resultatet av detta sedermera blivit.³¹¹ Innehållet i en skiljedom blir också offentligt om parterna samtycker till detta eller – vid avsaknad av samtycke – om den vinnande parten blir tvungen att gå till domstol för att verkställa skiljedomen.³¹² Även en klandertalan kan resultera i omfattande offentlighet.³¹³

³¹¹ Se *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 27.

³¹² Se t.ex. *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 27 och 30.

³¹³ Se *Heuman*, Skiljemannarätt, s. 37.

5 Förfarandegarantier i de beskrivna rättsinstituten – sammanfattning

5.1 RÄTTSINSTITUTENS SÄRDRAG

De beskrivna rättsinstituten medling, domarens förlikningsverksamhet och skiljeförfarande är alla tvistlösningsmetoder som har som syfte att lösa en tvist på ett sätt som är alternativt till rättsskipningen, dvs. antingen i ett förfarande som försiggår utanför rättsskipningen (medling och skiljeförfarande) eller på ett annat sätt än genom en dom (domarens förlikningsverksamhet). Trots detta grundläggande gemensamma drag avviker metoderna dock avsevärt från varandra.

Om man för det första granskar medlingens särdrag kan man konstatera att medling försiggår i privat regi och saknar anknytning till rättsskipningen (annat än definitionsmässigt som ett alternativ till densamma). Medling präglas av frivillighet och flexibilitet och styrs i det närmaste uteslutande av parternas önskemål om hur förfarandet skall utformas. Medlingen är inte normativ och kan således utformas enligt parternas behov och önskingar i det enskilda fallet.

Medling saknar vidare ett dömande element. Medlaren har i uppgift att enbart hjälpa parterna att nå en uppgörelse i godo, inte att döma i tvisten. På denna punkt skiljer sig medlingen således avsevärt från rättsskipningen. Medling kan i vissa fall dock omfatta ett värderande element, vilket alltså innebär att medlaren tar ställning till hur målet borde avgöras. Huruvida medlingen innefattar ett värderande element eller inte dikteras ofta av de regler som förfarandet eventuellt underlyder.

Om man för det andra granskar domarens förlikningsverksamhet kan man konstatera att denna är en fas i rättegången och att den därmed har en direkt anknytning till rättsskipningen. Detta får som ovan framgått följder för hur rättsinstitutet tolkas – oberoende av att syftet med förlikningsverksamheten är att nå en uppgörelse i godo framhålls ofta att domaren ändå bör utöva viss kontroll över slutresultatet, dvs. att han eller hon bör styra förlikningens innehåll. Trots att parterna i dispositiva mål kan ingå förlikning med vilket innehåll de vill framhålls ofta t.ex. att förlikningen skall överensstämma med materiell rätt och att den inte skall beakta utomrättsliga faktorer. Detta medför att förlikningsverksamheten ofta uppfattas som teoretiskt motsägelsefull i en civilprocessrättslig kontext: förlikningsverksamheten medför en kollision mellan två motsatta intressen – dom och förlikning – då samma person, domaren, försöker få

parterna att ingå förlikning men också måste döma i målet om förlikningsverksamheten inte bär frukt.³¹⁴

Domarens förlikningsverksamhet har som syfte att få parterna att nå en uppgörelse i godo, vilket samtidigt utesluter ett dömande element. Förlikningsverksamheten innefattar dock ett värderande element, dvs. förlikningsförslaget, där domaren de facto ger parterna ett förslag till uppgörelse. Förlikningsförslaget är lagstadgat.

Om man för det tredje granskar skiljeförfarandet kan man konstatera att detta, precis som medling, sker i privat regi.³¹⁵ Även skiljeförfarandet bygger på ett avtal mellan parterna, vilket avspeglas i det faktum att en stor del av normerna om skiljeförfarande kan åsidosättas genom parternas gemensamma viljeförklaring. Övriga likheter mellan medling och skiljeförfarande är att en tredje person är inblandad och att parterna kan utöva inflytande över vem den tredje personen skall vara. Vidare är förfarandena icke-offentliga. I båda förfarandena kan avgörandet grundas på billighet.

Skiljeförfarandet skiljer sig emellertid avsevärt från medlingen och domarens förlikningsverksamhet i fråga om syfte. Där såväl medlingen som domarens förlikningsverksamhet har som syfte att få parterna att nå en uppgörelse i godo resulterar skiljeförfarandet i en skiljedom som baserar sig på skiljemännens värdering av det parterna framlagt i målet. Skiljedomen är slutgiltig och exigibel. Detta drag gör att skiljeförfarandet på sätt och vis kan anses ha en stark anknytning till rättsskipningen trots att det *per se* baserar sig på ett avtal mellan parterna. Skiljeförfarandet kan därmed ses som en form för privat rätts-

³¹⁴ Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 241. Den teoretiska motsägelsefullheten och det faktum att förlikningsverksamheten är ett rätt nytt rättsinstitut ger upphov till tolkningsproblem i praxis, där domaren kan ha svårt att veta hur han eller hon skall gå tillväga i sin förlikningsverksamhet. Domaren torde ofta i första hand ty sig till rättegångsbalkens stadganden och deras motiveringar för tolkningshjälp. Dock är dessa så knapphändigt utformade att det är svårt att ur dem härleda hur domaren skall gå tillväga i praktiken. Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 243. Se även *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 296–297 och *Leskinen*, DL 2001, s. 1067. I förarbetena saknas t.ex. ställningstaganden till när förutsättningar för förlikning föreligger, i vilka mål förlikning bör eftersträvas, var gränserna för domarens förlikningsverksamhet bör dras samt hurdana förlikningar som bör eftersträvas och stadfästas. Lagberedningen gällande förlikningsverksamheten är också relativt tunn, vilket ytterligare bidrar till osäkerhet i tolkningen. Se *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 246–248. Det faktum att såväl stadgandena som förarbetena gällande domarens förlikningsverksamhet är njuget utformade gör att domaren har svårt att få normativ vägledning utgående från dessa. Domaren lämnas därför stort spelrum när det gäller att avgöra hur förlikningsverksamheten skall utformas i praktiken. Detta har medfört en situation där praxis gällande förlikningsverksamheten varierar kraftigt. Det har till och med framförts att vissa domare förlikar nästan alla sina mål medan andra inte utövar någon förlikningsverksamhet alls. Se *Virolainen*, DL 1995, s. 353 och *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, s. 249. Gällande Sverige, se SOU 1982:26, s. 142.

³¹⁵ Gällande likheter och skillnader mellan medling och skiljeförfarande, se *Lindell*, Civilprocessen, s. 684–685, *Brown – Marriott*, ADR Principles and Practice, s. 59–60 och *Boulle*, Mediation: Principles, Process, Practice, s. 71–72.

skipning: i stället för att anhängiggöra en tvist vid domstol överlämnar parterna tvisten till en skiljeman. Till skillnad från medlingen är skiljeförfarandet dessutom, precis som domarens förlikningsverksamhet, normativt.

5.2 FÖRFARANDEGARANTIERNAS BETYDELSE

Som ovan konstaterats är medlingen ett konsensusbaserat förfarande som grundar sig på frivillighet och flexibilitet. Detta indikerar vid första anblicken att förfarandegarantier skulle sakna betydelse vid medling. Granskningen ovan har dock gett vid handen att så inte är fallet: även vid medlingen uppställs vissa förfarandegarantier. Även om en lika vidsträckt och generell rätt till opartisk handläggning som den som gäller rättsskipning saknas vid medling tryggas rätten i viss utsträckning även vid detta rättsinstitut.³¹⁶ Inom rätten till opartisk handläggning skiljer man mellan dels medlarens neutralitet, dels hans eller hennes opartiskhet. Granskningen ovan har visat att det råder konsensus om att medlaren bör vara opartisk, medan åsikterna går i sär om huruvida han eller hon även bör vara neutral. I tillägg till rätten till opartisk handläggning tillmäts även rätten till lika behandling betydelse, medan rätten till kontradiktoriskt förfarande och rätten till offentlig förhandling saknar betydelse.

Då det gäller domarens förlikningsverksamhet har granskningen ovan visat att förfarandegarantierna är av större vikt än vid medling. Domarens förlikningsverksamhet bör trygga samma förfarandegarantier som rättsskipningen, trots att domarens förlikningsverksamhet strävar efter en uppgörelse i godo. Sålunda skall alltså förlikningsverksamheten trygga rätten till opartisk handläggning, rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande och rätten till offentlig förhandling. Eftersom domarens förlikningsverksamhet emellertid på många punkter avviker från rättsskipningen uppkommer lätt problem i förhållande till förfarandegarantierna.³¹⁷ Domarens förlikningsverksamhet innebär visserligen inte i sig någon inskränkning av garantierna, men enskilda åtgärder i förlikningsverksamheten kan mycket väl leda till en inskränkning.

En gemensam nämnare för de problem som uppkommer i förhållande till förfarandegarantierna är att generella gränser är mycket svåra att dra. Varje fall bör bedömas skilt för sig och granskas som en helhet, för det mesta också retrospektivt. Domarens förlikningsförslag är ett exempel på detta. Eftersom förslaget är lagstadgat bör det generellt anses vara en acceptabel åtgärd, men som ovan framgått kan förslaget trots detta vara problematiskt om det ger upphov till

³¹⁶ Se *Vindeløv*, Konflikt, tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling, s. 202.

³¹⁷ Gällande detta, se *Laukkanen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 135–138. Se även *Koulu*, *Oikeus* 1995, s. 34. *Koulu* konstaterar att den aktiva förlikningsverksamhet som rättegångsbalken förutsätter har många tangeringspunkter med förfarandegarantierna vid rättsskipning.

tvivel gällande domarens opartiskhet. Att frågan dessutom bedöms utgående från en objektiv standard för opartiskhet komplicerar situationen ytterligare: hur lätt är det att på förhand avgöra vad som vid en retrospektiv granskning kan anses ge upphov till legitima tvivel gällande domarens opartiskhet? Säkerligen kan det uppkomma situationer då domarens handlande i eftertankens kränka blekhet och med tillgång till alla fakta ger skäl att betvivla hans eller hennes opartiskhet trots att situationen sett helt annorlunda ut i realtid.

Det kan alltså vara mycket svårt för domaren att avgöra vilka åtgärder han eller hon kan vidta utan att för den skull kränka förfarandegarantierna vid rättskipning. Visserligen går det att peka på åtgärder som under alla omständigheter är tillåtna (t.ex. att fråga parterna hur de ställer sig till förlikning och vilka villkor som bör uppfyllas för att en förlikning skall kunna uppkomma) och åtgärder som under alla omständigheter är helt uteslagna (t.ex. att avslöja för den ena parten vad den andra parten under ett *ex parte*-möte angivit vara partens absoluta beloppsmässiga maximinivå för en förlikning). Mellan dessa extremt återhållsamma och extremt progressiva åtgärder finns emellertid ett helt spektrum av åtgärder som tidvis kan vara mycket svåra att definiera som tillåtna eller förbjudna. Det är alltså i fråga om detta mellanfält som gränsen mellan acceptabelt och oacceptabelt är svår att dra. I förarbetena till underrättsreformen konstateras att domaren i varje enskilt fall måste överväga ändamålsenligheten i de åtgärder han eller hon vidtar, särskilt med beaktande av domstolens opartiskhet.³¹⁸ Vidare konstateras att domarens aktivitet under inga omständigheter får gå så långt att han eller hon kunde uppfattas som den ena partens ombud.³¹⁹

Genom omsorgsfull processledning kan domaren i hög grad undvika att kränka förfarandegarantierna. Speciellt gällande rätten till opartisk handläggning är processledningen av central betydelse: domarens opartiskhet granskas ju inte enbart utgående från huruvida han eller hon verkligen varit opartisk (den subjektiva standarden) utan också – och framför allt – utgående från om hans eller hennes agerande också verkat opartiskt (den objektiva standarden). Domaren kan t.ex. förhindra att parterna känner sig tvingade till en förlikning genom att öppet redogöra för deras möjligheter att när som helst avbryta förlikningsverksamheten genom att yrka på dom. Domaren kan också genom det sätt på vilket han eller hon avger sitt förlikningsförslag minimera risken för anklagelser om partiskhet, t.ex. genom att redan från början klargöra för parterna att förslaget självfallet baserar sig enbart på det material som dittills framlagts och att det inte avspeglar någon uppfattning om målets utgång. Domaren bör också poängtera att förslaget inte på något sätt binder honom eller henne om parterna skulle förkasta det.³²⁰

³¹⁸ Se RP 15/1990, s. 28.

³¹⁹ Se Jokela, LM 1994, s. 141.

³²⁰ För synpunkter på hur domaren skall gå tillväga då han eller hon avger sitt förlikningsförslag,

Också i fråga om ex parte-möten kan domaren genom omsorgsfull processledning motverka risken för att parterna anser att domarens opartiskhet äventyrats.³²¹ Domaren bör om han eller hon vill hålla ex parte-möten med parterna noga förklara vad dessa möten innebär och förvissa sig om att båda parter samtycker till förfarandet. Också under mötena bör han eller hon noga ge akt på sitt handlande och iakttä försiktighet. Förespråkarna för ex parte-möten framhäver ofta att domaren under mötena bör inta en ganska passiv roll och att hans eller hennes främsta uppgift är att lyssna till parterna – inte så mycket att själv komma med synpunkter *expressis verbis*.³²²

Vid domarens förlikningsverksamhet uppställs förfarandegarantierna inte enbart för att trygga parternas rättsskydd, utan de skall samtidigt också skänka förfarandet legitimitet och bidra till att upprätthålla tilltron till rättsväsendet. Det säger sig självt att det vore otänkbart att inom ramen för domstolarnas verksamhet tillåta ett förfarande som skulle motverka uppfattningen om domstolarna som garantier för rättsskydd.

Vid skiljeförfarande, i sin tur, är kraven på förfarandegarantier något större än vid medling, men inte lika stora som vid domarens förlikningsverksamhet.³²³ Detta kan föras tillbaka på det faktum att skiljeförfarandet innefattar ett dömande element, vilket för skiljeförfarandet närmare rättsskipningen. Vidare baserar sig skiljeförfarandet i och för sig på frivillighet men är ändå lagreglerat.³²⁴ Rätten till opartisk handläggning garanteras och också rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande betonas starkt. Däremot är rätten till offentlig förhandling – precis som vid medlingen – helt utesluten.

Då man jämför förfarandegarantierna vid medling, domarens förlikningsverksamhet och skiljeförfarande kan man konstatera att dessa till viss del motsvarar varandra. Den garanti som är av central betydelse i samtliga förfaranden är rätten till opartisk handläggning. Också rätten till lika behandling, som hänger starkt samman med rätten till opartisk handläggning, har stor betydelse. Rätten till kontradiktoriskt förfarande ges betydelse i viss mån – huvudsakligen i förfaranden som innefattar beslutsfattande av en utomstående person. Rätten till offentlig förhandling tryggas emellertid endast vid domarens förlikningsverksamhet.

se bl.a. *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 301–302, *Kiesiläinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 159–161, *Laukkanen*, *Tuomarin rooli*, s. 292–299 och *Peltonen*, DL 1995, s. 425. Gällande Sverige, se *Brolin m.fl.*, *Twistemålsprocessen I*, s. 134.

³²¹ Se *Kiesiläinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 158. *Kiesiläinen* presenterar en modell för hur domaren skall gå tillväga vid ex parte-möten för att undvika anklagelser om jäv. Se även *Peltonen*, DL 1995, s. 424. Gällande Sverige, se *Brolin m.fl.*, *Twistemålsprocessen I*, s. 134.

³²² Se t.ex. *Kiesiläinen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 157 och *Laukkanen*, *Tuomarin rooli*, s. 295.

³²³ Se t.ex. *Brown – Marriott*, *ADR Principles and Practice*, s. 59–60,

³²⁴ Detta är en generell utgångspunkt också internationellt och gäller bl.a. också engelsk rätt. Se *Brown – Marriott*, *ADR Principles and Practice*, s. 51.

Som granskningen ovan har visat ges garantierna dock inte samma innehåll i de olika förfarandena.³²⁵ Trots att rätten till opartisk handläggning alltså är av central betydelse i samtliga granskade rättsinstitut utformas den på olika sätt. Rätten till opartisk handläggning är starkast vid domarens förlikningsverksamhet. Stadgandena gällande domarjäv är absoluta och skall beaktas av domstolen *ex officio*. Domarens opartiskhet får inte rubbas. På denna punkt är domarens förlikningsverksamhet i särställning i förhållande till medling och skiljeförfarande. Eftersom skiljeförfarandet, i sin tur, resulterar i ett exigibelt slutresultat men samtidigt präglas av avtalsfrihet är stadgandena gällande skiljemannajäv dispositiva och beroende av invändning. Skiljemannens opartiskhet äventyras därför inte lika lätt som domarens.³²⁶ Medlingen resulterar däremot inte i ett exigibelt avgörande och man brukar anförä att eftersom medlarens uppgift endast är att hjälpa parterna att nå en uppgörelse i godo blir han eller hon aldrig tvungen att döma i målet och risken för att hans eller hennes opartiskhet äventyras är därför avsevärt mindre än för en domare eller en skiljeman.³²⁷

Vilken möjlighet parterna har att avtala om en inskränkning av förfarandegarantierna sammanhänger med hur stark anknytning respektive förfarande har till rättsskipningen. Som ovan nämnts saknar medlingen och skiljeförfarandet anknytning till rättsskipningen, varför parterna ges en större rätt att avtala om en inskränkning av förfarandegarantierna i dessa förfaranden än vid domarens förlikningsverksamhet. Domarens förlikningsverksamhet måste som en fas i rättegången bidra till att upprätthålla allmänhetens tilltro till rättsväsendet, vilket utesluter att parternas ges fria händer att avtala om inskränkningar i förfarandegarantierna. Även här tjänar rätten till opartisk handläggning som exempel: vid skiljeförfarande kan parterna disponera över jävsgrunderna, medan denna möjlighet inte existerar vid domarens förlikningsverksamhet.

Samtliga beskrivna tvistlösningsmetoder vinnlägger sig således om att trygga de granskade förfarandegarantierna i viss utsträckning. Vilka av garantierna som tryggas varierar emellertid från metod till metod.

³²⁵ Gällande detta, se *Vindeløv*, Konflikt, tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling, s. 207.

³²⁶ Jfr dock *Lindell*, Alternativ tvistløsning, s. 176. Lindell framför att skiljemannens opartiskhet kan äventyras betydligt lättare än domarens på grund av det faktum att vardera parten ofta utser en skiljeman och att jävsprövningen därför är mera individualiserad. Lindell anför som grund för sin ståndpunkt även att skiljeförfarandet i så hög grad bygger på ett förtroende för de personer som valts att döma, till skillnad från rättsskipningen som är institutionaliserad. Se även *Vindeløv*, Konflikt, tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling, s. 204.

³²⁷ Se *Lindell*, Alternativ tvistløsning, s. 72.

5.3 SPÄNNINGEN MELLAN PARTSAUTONOMI OCH RÄTTSSKYDD

Granskningen av vilka förfarandegarantier som bör tryggas vid medling, domarens förlikningsverksamhet och skiljeförfarande bör ytterligare kompletteras med en analys utgående från spänningen mellan partsautonomi och rättsskydd.

Vad för det första gäller medlingen kan man utgående från granskningen ovan konstatera att förfarandet mycket starkt präglas av partsautonomi. Medlingen saknar anknytning till rättsskipningen, är helt frivillig och kan inte inledas utan båda parter uttryckliga viljeyttring. Medlingen kan också när som helst avslutas på den ena partens begäran. Medlingen resulterar i bästa fall i ett avtal mellan parterna, vilket givetvis också det är en följd av en uttrycklig viljeyttring. Det är således i alla lägen parternas vilja som styr, både då det gäller att inleda, utforma och avsluta förfarandet.

Partsautonomins starka ställning och avsaknaden av anknytning till rättsskipningen gör att det i medlingen knappast finns något utrymme för ett rättsskyddstänkande. Som ovan framgått ställs visserligen också vid medling vissa krav på förfarandegarantier – främst i fråga om medlarens opartiskhet – men rättsskyddets betydelse förefaller marginell.

Då man för det andra granskar domarens förlikningsverksamhet kan man konstatera att även denna tvistlösningsmetod präglas av partsautonomi. Domarens förlikningsverksamhet utövas till största delen i dispositiva mål och förlikningsverksamheten har som syfte att nå en förlikning. Det är parterna som beslutar om huruvida de vill ingå en förlikning och med vilket innehåll. Partsautonomin har betydelse även såtillvida att parterna kan avvärja domarens förlikningsverksamhet genom en viljeyttring och därmed själva besluta om huruvida någon förlikningsverksamhet skall utövas eller inte. En jämförelse med granskningen av medling ovan visar att många av de punkter som gäller partsautonomins betydelse är gemensamma för båda förfarandena.

Domarens förlikningsverksamhet avviker emellertid från medling på en springande punkt. Då medlingen helt saknar anknytning till rättsskipningen är domarens förlikningsverksamhet tvärtom mycket starkt knuten till rättsskipningen: domarens förlikningsverksamhet är ju en fas i rättegången och genomsyras av ett rättighetsbaserat perspektiv. Den starka anknytningen till rättsskipningen innebär att rättsskyddet får en framträdande roll, vilket avspeglas i att man som ovan framgått ställer relativt specifika krav på förfarandegarantier.

Vad för det tredje gäller skiljeförfarandet präglas även denna tvistlösningsmetod starkt av partsautonomi. Precis som medling baserar sig även skiljeförfarandet på ett avtal mellan parterna och dessa kan även i stor utsträckning påverka hur förfarandet i praktiken genomförs. Trots detta är partsautonomin emellertid inte lika utpräglad vid skiljeförfarande som vid medling. Vid skilje-

förfarande eftersträvar man – till skillnad från vid medling och domarens förlikningsverksamhet – inte en förlikning utan ett verkställbart avgörande. Detta avgörande baserar sig inte på parternas uppfattning om hur tvisten skall lösas utan är en skiljedom – skiljeförfarandet innefattar alltså ett regelrätt dömande element och präglas av ett rättighetsbaserat perspektiv. Parterna kan heller inte avbryta skiljeförfarandet utan negativa sanktioner utan är bundna av ett skiljeavtal de ingått. Dessa faktorer gör att skiljeförfarandet har många drag som är gemensamma med rättegången, trots att tvistlösningsmetoden saknar anknytning till rättsskipningen. På grund av detta präglas skiljeförfarandet trots sin karaktär av alternativ tvistlösning delvis av ett krav på rättsskydd, vilket avspeglas i kravet på förfarandegarantier.

Det ligger nära till hands att dra slutsatsen att principerna om partsautonomi och rättsskydd betonas olika mycket beroende på hur stark anknytning respektive tvistlösningsmetod har till rättsskipningen. Ju starkare anknytningen till rättsskipningen är, desto större tyngd förefaller rättsskyddet ges. Här utgör domarens förlikningsverksamhet ett exempel: de ifrågakvarande förfarandegarantierna bör tryggas i betydligt större utsträckning än vid medling och skiljeförfarande, eftersom förlikningsverksamheten är en fas i rättegången och därför bör bidra till att allmänhetens tilltro till rättsväsendet upprätthålls. Partsautonomin viker således undan till förmån för rättsskyddet i och med att förfarandegarantiernas betydelse betonas.

Ju svagare anknytningen till rättsskipningen är, desto större tyngd ges i sin tur partsautonomin. På detta är medling ett ypperligt exempel: medling är inte någon fas i rättegången och har därför avsevärt mindre inverkan på allmänhetens tilltro till rättsväsendet. Av denna anledning behöver lika höga krav på förfarandegarantier heller inte ställas. Rättsskyddet viker således undan till förmån för partsautonomin och förfarandegarantierna ges ingen avgörande betydelse.

Om man utgår från anknytningen till rättsskipningen som utslagsgivande faktor borde rättsskyddet vika undan till förmån för partsautonomin även vid skiljeförfarande, eftersom detta saknar anknytning till rättsskipningen. Granskningen ovan visar dock att så inte är fallet utan att rättsskyddet tvärtom har stor betydelse vid skiljeförfarande och att förfarandegarantier således tillmätts betydelse. Detta sammanhänger med att skiljeförfarandet på en central punkt skiljer sig från de övriga granskade rättsinstituten: medan de andra förfarandena eftersträvar en förlikning resulterar skiljeförfarandet, precis som rättegången, i ett slutligt avgörande som baserar sig på en juridisk bedömning av målet. Detta motiverar att rättsskyddet och därigenom förfarandegarantierna får en framträdande roll. Det torde således inte enbart vara anknytningen till rättsskipningen utan också förekomsten av ett dömande element som är utslagsgivande för hur spänningen mellan partsautonomi och rättsskydd gestaltar sig i respektive tvistlösningsmetod.

IV FÖRFARANDEGARANTIER VID DOMSTOLSANKNUTEN MEDLING

1 Inledning

Ovan har jag beskrivit vilka av de för granskningen relevanta förfarandegarantierna som tryggas vid medling, domarens förlikningsverksamhet och skiljeförfarande. Denna granskning utgör bakgrunden till granskningen av avhandlingens frågeställning, nämligen huruvida förfarandegarantier skall tryggas vid domstolsanknuten medling. Domstolsanknuten medling införs i Finland från och med 1.1.2006. Motsvarande förfaranden existerar bl.a. i Norge (på försöksbasis) och Sverige.

Nedan kommer jag först att presentera finsk medling i tvistemål. Jag kommer därefter att presentera motsvarande förfaranden i Norge och Sverige och att analysera dessa för att på basis av detta dra slutsatser om vilka som är den domstolsanknutna medlingens särdrag. Det är på denna punkt skäl att understryka att mitt syfte inte är att fastställa vilka som är särdragen i varje enskilt förfarande (således heller inte det nya finska) utan snarare vilka drag som kan anses prägla förfaranden där medling knyts till rättsskipningen på olika sätt. Vidare kommer jag att granska hur den domstolsanknutna medlingen förhåller sig till de ovan granskade rättsinstituten medling, domarens förlikningsverksamhet och skiljeförfarande.

Efter det kommer jag att granska huruvida de förfarandegarantier som jag valt att granska i avhandlingen, nämligen rätten till opartisk handläggning, rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande samt rätten till offentlig förhandling, skall tryggas vid domstolsanknuten medling. Inte heller på denna punkt är det mitt syfte att fastställa vilka förfarandegarantier som bör tryggas i något enskilt förfarande utan snarare att diskutera vilka av de aktuella förfarandegarantierna som är relevanta då man kombinerar medling och rättsskipning.

2 Domstolsanknuten medling i Finland, Norge och Sverige

2.1 LAGEN OM MEDLING I TVISTEMÅL

Riksdagen godkände 7.6.2005 lagen om medling i tvistemål, vilken träder i kraft 1.1.2006. Därmed införs domstolsanknuten medling också i Finland, under benämningen medling i tvistemål.¹ Lagen om medling i tvistemål kan ses som ett svar på ett behov som framförts främst i den rättsvetenskapliga diskussionen, ofta utgående från domstolsanknuten medling enligt svensk modell, s.k. särskild medling.² I praktiken torde lagen om medling i tvistemål dock ha tagit störst intryck av den norska regleringen, s.k. *rettsmekling*.³

Enligt 1 § lagen om medling i tvistemål kan tvistemål och tvistiga ansökningsärenden i allmänna domstolar bli föremål för medling enligt vad som föreskrivs i den ifrågavarande lagen.⁴ Syftet med medling i tvistemål är enligt 2 § lagen om medling i tvistemål att eftersträva en uppgörelse i godo.⁵ Enligt lagens

¹ Begreppet domstolsanknuten medling nämns varken i lagen om medling i tvistemål eller dess motiveringar. I stället benämns förfarandet medling i tvistemål i allmänna domstolar och ställvis rätt och slätt medling. I det arbetsgruppsförslag som legat till grund för lagberedningen benämndes förfarandet *tuomioistuinsovittelu*, dvs. det finska begreppet för domstolsanknuten medling. Se Tuomioistuinsovittelu. Työryhmän mietintö 2003:2. Av lagens motiveringar framgår inte varför man inte anammat den terminologi som ingår i arbetsgruppens förslag. Att omtala förfarandet som medling bidrar visserligen till att understryka förfarandets släktskap med medlingen, men bidrar samtidigt lätt till begreppsförbistring. Ur denna synvinkel och för att betona att förfarandet sker i anknytning till rättsskipningen hade det eventuellt varit mera lyckat att, i enlighet med arbetsgruppens förslag, benämna förfarandet domstolsanknuten medling, på finska *tuomioistuinsovittelu*.

² Se t.ex. Virolainen, DL 1995, s. 353, Nuotio, Oikeus 1999, s. 209, Kangasluoma, Oikeus 1999, s. 263–264, Jokela, LM 1994, s. 152 fotnot 36 och s. 156 samt samma, DL 1995, s. 772.

³ Se *Ervasti*, Sovittelu tuomioistuimessa, s. 136 och *Knuts*, DL 2003, s. 749–753.

⁴ Begreppet tvistemål i förhållande till det nya förfarandet blev föremål för diskussion under lagstiftningsprocessen. I propositionen föreslogs att man i 1 § lagen om medling i tvistemål skulle tala om enbart tvistemål. Detta motiverades med att begreppet tvistemål är ett etablerat begrepp i domstolssammanhang och att man med tvistemål avser också tvistiga ansökningsärenden. Se RP 114/2004, s. 27. Lagutskottet ansåg det dock vara befogat att precisera den nämnda paragrafen så att det uttryckligen framgår att förfarandet gäller också tvistiga ansökningsärenden. Se LaUB 4/2005, s. 3.

⁵ I det arbetsgruppsbetänkande som lades till grund för lagberedningen uttrycktes medlingens syfte att vara dels att lösa tvisten mellan parterna genom en uppgörelse i godo, dels att underlätta behandlingen av målet genom medling. Se Tuomioistuinsovittelu. Työryhmän mietintö 2003:2, s. 50. Av lagens motiveringar framgår inte varför man ändrat formuleringen av syftet i förhållande till arbetsgruppens betänkande. Trots att man inte angivit att förfarandets syfte skulle vara att underlätta behandlingen noteras detta i lagens motiveringar som en välkommen effekt av medlingen.

motiveringar skall förfarandet utgöra ett alternativ till rättegång.⁶ Tanken är att parterna⁷ skall försöka nå en uppgörelse i godo utgående från sina egna premisser.⁸ I motiveringarna konstateras dock uttryckligen att även om förfarandet inte leder till önskat resultat kan det ofta underlätta den fortsatta behandlingen.⁹

Enligt 3 § lagen om medling i tvistemål är förutsättningarna för medling i tvistemål att saken är lämplig för medling och att medling också i övrigt är ändamålsenlig med hänsyn till parternas yrkanden.¹⁰ Förutom detta krävs samtycke av samtliga parter för att medling i tvistemål skall kunna inledas.¹¹ Detta framgår av 4 § 3 mom. lagen om medling i tvistemål. Medling i tvistemål kan således inte inledas om någon part motsätter sig förfarandet. Vidare utgår lagen från att förfarandet inleds på parternas initiativ. Lagen om medling i tvistemål innehåller inte någon direkt hänvisning till att förfarandet skulle kunna inledas också på domstolens initiativ, men i lagens motiveringar konstateras att domstolen kan föra fram tanken på medling i en anhängig tvist.¹² Detta är i linje med domarens skyldighet till aktiv processledning och kan på inget sätt anses riskera parternas rätt till självbestämmande eftersom bägge parter samtycker ändå krävs för att inleda förfarandet. Det säger sig självt att domstolen inte får pressa parterna att acceptera medling i tvistemål.¹³

Enligt 4 § 4 mom. lagen om medling i tvistemål fattas beslutet om att inleda medling emellertid av domstolen.¹⁴ Parternas önskan om att inleda förfarandet är således inte tillräcklig; i lagens motiveringar konstateras uttryckligen att parterna inte kan fatta beslut om att inleda medling ens då båda parterna önskar

⁶ Se RP 114/2001, s. 1, 19 och 28. Se även *Ervasti*, Sovittelu tuomioistuimessa, s. 147.

⁷ I propositionens finska språkversion gör man skillnad mellan *osapuoli* (part i medlingsförfarande) och *asianosainen* (part i rättegångsförfarande). Enligt propositionen är syftet med detta att uttrycka att man i medling i tvistemål kan behandla mänskors inbördes relationer ur ett vidare perspektiv än vad som är möjligt vid rättegången. Parterna i medlingsförfarande kan således vara de personer som skulle vara parter i målet om det behandlades inför domstol men också andra personer som kanske skulle höras i en rättegång. Motsvarande skillnad i begrepp är inte möjlig att direkt överföra i den svenska språkversionen och man har därför tvingats ty sig till omskrivningar. Se RP 114/2004, s. 21.

⁸ Se RP 114/2004, s. 1.

⁹ Se RP 114/2004, s. 28. I propositionen nämns som exempel att parterna kanske under medlingen i tvistemål når samförstånd om någon prejudiciell omständighet som man annars skulle vara tvungen att lägga fram omfattande bevisning om.

¹⁰ Enligt motiveringarna bör rättsförhållandet och tvisten beskrivas så exakt att domstolen kan bedöma om ärendet omfattas av tillämpningsområdet enligt 1 § lagen om medling i tvistemål, främst att meningsskiljaktigheterna gäller en juridiskt meningsfull fråga. Se RP 114/2004, s. 20. Man kan dock med fog fråga sig om inte detta innebär att parterna måste precisera sina yrkanden så mycket att situationen tillspetsas på ett sätt som är oändamålsenligt med tanke på det fortsatta förfarandet.

¹¹ Gällande detta, se *Ervasti*, Sovittelu tuomioistuimessa, s. 174.

¹² Se RP 114/2004, s. 21.

¹³ Se *Ervasti*, Sovittelu tuomioistuimessa, s. 174.

¹⁴ Se RP 114/2004, s. 20.

medling. Domstolen har alltså en fristående prövningsrätt i frågan om huruvida medling i tvistemål skall genomföras eller inte.

Medling i tvistemål kan inledas såväl i tvister som redan är anhängiga som i tvister som ännu inte anhängiggjorts. I 4 § lagen om medling i tvistemål regleras hur parterna skall gå tillväga för att inleda förfarandet i vardera fallet.¹⁵ Enligt 10 § lagen om medling i tvistemål är den domstol som skulle vara behörig att handlägga ärendet i en rättegång också behörig att medla.¹⁶ Detta gäller såväl i fall där tvisten redan är anhängig som i fall där den inte är det. Förfarandet skall enligt lagens motiveringar huvudsakligen genomföras vid tingsrätterna.¹⁷

I ett mål som inte är anhängigt säger det sig självt att medlingen sker i ett – ur juridisk synvinkel – relativt tidigt skede av tvisten. I mål som redan är anhängiga skall en begäran om medling i tvistemål enligt 4 § 2 mom. göras innan förberedelsen avslutats.¹⁸ I lagens motiveringar konstateras att en begäran om medling kan framställas t.ex. redan i stämningsansökan.¹⁹ I motiveringarna betonas också att förfarandet sannolikt uppnår sitt mål oftare och bättre ju tidigare det inleds, eftersom parternas beredskap att på ett fördomsfritt och kreativt sätt söka en uppgörelse i godo i regel är bättre i det skede då saken ännu inte tillspetsats.²⁰ I de fall där medling i tvistemål begärs i ett senare skede av förberedelsen bör domstolen enligt motiveringarna särskilt utreda om parterna på allvar är beredda att engagera sig i förfarandet och arbeta för en uppgörelse i godo. Domstolen bör utreda detta för att försäkra sig om att medling i tvistemål i ett sent skede är ändamålsenlig och att den inte begärts t.ex. enbart för att fördröja behandlingen utan någon faktisk strävan efter förlikning.²¹

Frågan om medling i tvistemål bör påverka preskriptionstider har varit föremål för intresse. Frågan aktualiseras sällan i mål som redan är anhängiga, eftersom preskriptionen i dessa i gemen redan avbrutits. Då medling i tvistemål inleds i ett mål som redan är anhängigt avbryts således enbart rättegången för den tid medlingen pågår. Målet är dock fortsättningsvis anhängigt.²² Frågan om förfarandets inverkan på preskriptionstiden aktualiseras således huvudsakligen i

¹⁵ Gällande detta, se *Ervasti*, Sovittelu tuomioistuimessa, s. 171–175.

¹⁶ Gällande detta, se RP 114/2004, s. 39. Se även *Ervasti*, Sovittelu tuomioistuimessa, s. 150–151.

¹⁷ I propositionen konstateras emellertid uttryckligen att domstolsanknuten medling skulle vara möjlig också i hovrätterna och högsta domstolen. Se RP 114/2004, s. 28.

¹⁸ Enligt lagens motiveringar är detta berättigat eftersom man under förberedelsen skall utreda om det finns förutsättningar för förlikning. Se RP 114/2004, s. 31.

¹⁹ Käranden kan då t.ex. begära medling i första hand och ange att yrkandena i stämningsansökan åberopas endast i andra hand om medlingen inte leder till önskat resultat. Se RP 114/2004, s. 31.

²⁰ Enligt lagens motiveringar anses detta tala för att begäran om medling bör göras redan innan målet anhängiggjorts. I det skedet behöver ingendera parten känna sig tvungen att backa från sina anspråk och förutsättningarna för en uppgörelse i godo kan därför vara särskilt goda. Se RP 114/2004, s. 31.

²¹ Gällande detta, se RP 114/2004, s. 31.

²² Se RP 114/2004, s. 20.

tvister där någon talan inte anhängiggjorts. Enligt lagens motiveringar avbryter medling i tvistemål inte preskriptionstiden.²³

Frågan om huruvida domstolens beslut att avslå en begäran om medling bör kunna överklagas var föremål för diskussion under lagstiftningsprocessen. I det lagförslag som ingick i propositionen föreslogs ett stadgande om att ett avslående beslut skulle kunna överklagas endast i icke-anhängiga mål.²⁴ Motsvarande möjlighet föreslogs inte i fråga om mål som redan är anhängiga, vilket motiverades med att rättsskyddsintresset inte ansågs kräva en möjlighet att överklaga.²⁵ Den i propositionen föreslagna regleringen stötte på patrull i lagutskottet som inte fann det befogat att göra en distinktion mellan anhängiga och icke-anhängiga mål på denna punkt.²⁶ Lagutskottet föreslog därför ett generellt förbud mot att överklaga ett avslående beslut. Denna ändring godkändes av riksdagen och ett besvärsförbud ingår således i 16 § lagen om medling i tvistemål.²⁷

Lagen om medling i tvistemål tillämpas inte enbart på dispositiva mål. Så är fallet trots att syftet med förfarandet enligt 2 § lagen om medling i tvistemål är att eftersträva en uppgörelse i godo.²⁸ Detta kan förefalla överraskande med tanke på att parterna enbart i dispositiva mål kan ingå en förlikning som blir bindande. I indispositiva mål, däremot, är förlikningar inte möjliga. Enligt motiveringarna till lagen om medling i tvistemål anger en indelning i dispositiva och indispositiva mål dock inte nödvändigtvis i vilken utsträckning parterna kan komma överens om de villkor som skall gälla i rättsförhållandet mellan dem – det finns nämligen allt fler rättsförhållanden med såväl dispositiva som indispositiva element.²⁹ För att förfarandet skall kunna utnyttjas i alla situationer där det är ändamålsenligt och i alla ärenden där det kan vara till fördel konstateras i motiveringarna att det inte bör begränsas till att gälla enbart dispositiva mål.³⁰

I lagens motiveringar konstateras uttryckligen att förfarandet ges en rätt fri form och att tanken är att parterna skall söka en uppgörelse i godo utgående

²³ Se RP 114/2004, s. 30.

²⁴ Se RP 114/2004, s. 29.

²⁵ Se RP 114/2004, s. 44–45.

²⁶ Se LaUB 4/2005, s. 6. Lagutskottet motiverar sitt avvikande ställningstagande med att det för det första är i viss mån slumpmässigt huruvida ett mål redan anhängiggjorts eller inte. För det andra konstateras att förutsättningarna för förfarandet är vagt formulerade, vilket knappast ger besvärnsinstansen tillräckliga möjligheter att granska den lägre instansens beslut. För det tredje konstateras att det i sista hand alltid är domstolen som skall avgöra om förfarandet inleds och att parterna saknar behov av rättsskydd, eftersom de alltid kan få saken behandlad i en rättegång.

²⁷ För kritik av förbudet, se *Ervasti*, *Sovittelu tuomioistuimessa*, s. 193.

²⁸ I lagens motiveringar konstateras dock att de dispositiva målen kommer att utgöra det huvudsakliga användningsområdet för medling i tvistemål, eftersom förfarandet är mest ändamålsenligt i ärenden där parterna fritt kan komma överens. Se RP 114/2004, s. 27.

²⁹ Se RP 114/2004, s. 27.

³⁰ Se RP 114/2004, s. 27. För en översikt över vilka frågor man bör fästa särskild vikt vid i vissa indispositiva mål, se *Ervasti*, *Sovittelu tuomioistuimessa*, s. 203–216.

från sina egna premisser.³¹ Lagen innehåller följaktligen inga detaljerade föreskrifter om hur medling i tvistemål skall genomföras i praktiken, utan utgår enligt 6 § 4 mom. lagen om medling i tvistemål från att medlaren skall besluta om förfarandet i samråd med parterna.³² Medling i tvistemål är således ett informellt och flexibelt förfarande som utgår från en konkret situation. Av denna anledning är det ändamålsenligt att tillvägagångssätten anpassas utgående från tvistens karaktär och parternas förväntningar.³³

Enligt 7 § lagen om medling i tvistemål skall medlaren bistå parterna i deras strävan att uppnå samförstånd och en uppgörelse i godo.³⁴ Medlarens primära uppgift är alltså att hjälpa parterna att nå en förlikning. Han eller hon skall stöda parternas egna strävanden efter en uppgörelse i godo och inte erbjuda en utomstående lösning på tvisten. I lagens motiveringar konstateras uttryckligen att medlingen inte är rättegång, inte ens i det fall att tvisten redan är anhängig vid domstol, och att det därför inte är särskilt ändamålsenligt att försöka hitta anvisningar för förfarandet i lagstiftningen om rättegångar.³⁵ Det är uppenbart att man med detta velat betona att medling i tvistemål redan i fråga om sina utgångspunkter avsevärt skiljer sig från rättegången.³⁶ Medling i tvistemål är således som utgångspunkt facilitativ.³⁷

Trots att man i lagens motiveringar uttryckligen konstaterar att medlaren inte skall erbjuda en utomstående lösning på tvisten ingår i 7 § 2 mom. lagen om medling i tvistemål ett stadgande om förlikningsförslag. Enligt det ifrågavarande stadgandet kan medlaren på parternas begäran eller med deras samtycke lägga fram ett förslag till uppgörelse i godo.³⁸ Formuleringen indikerar att medla-

³¹ Se RP 114/2004, s. 1.

³² Se RP 114/2004, s. 35. Se även Tuomioistuinsovittelu. Työryhmän mietintö 2003:2, s. 58–59. Om det inte är möjligt att uppnå samförstånd om hur förfarandet utformas innebär detta dock inte att medling i tvistemål genast strandar. Då blir det medlarens uppgift att besluta om förfarandet. Om detta inte är acceptabelt ur parternas synvinkel är det möjligt för en part eller parterna att meddela att de inte vill att medlingen skall fortsätta. Se RP 114/2004, s. 35.

³³ I lagens motiveringar redogörs för tillvägagångssättet att indela medlingen i faser. Som utgångspunkt nämns den norska och danska modellen med fyra faser: inledningsfasen, utredningsfasen, medlingsfasen och slutfasen. Se RP 114/2004, s. 35–36.

³⁴ Gällande detta, se RP 114/2004, s. 36.

³⁵ Se RP 114/2004, s. 22. Lagstiftningen om rättegångar bör således inte tillämpas på medling utom i de fall då det finns en särskild hänvisning beträffande någon delfråga. Se RP 114/2004, s. 40.

³⁶ I lagens motiveringar betonas att det vid medling inte är fråga om att framlägga bevisning till stöd för det parterna anför. I 6 § 2 mom. lagen om medling i tvistemål ingår dock ett stadgande om att man i förfarandet kan höra även andra personer än parterna och framlägga annan utredning. Gällande detta, se RP 114/2004, s. 34.

³⁷ Se *Ervasti*, Sovittelu tuomioistuimessa, s. 177 och 182.

³⁸ Enligt lagens motiveringar har man genom att göra förlikningsförslaget beroende av parternas samtycke velat garantera att förslaget inte kommer som en överraskning för parterna. Se RP 114/2004, s. 36. Gällande förslaget, se även Tuomioistuinsovittelu. Työryhmän mietintö 2003:2, s. 60.

ren alltså kan komma med ett förslag också på eget initiativ, bara parterna samtycker till detta.³⁹ I lagens motiveringar konstateras att stadgandet är förknippat med vissa risker: denna typ av medling kan innebära en risk för ett misslyckat resultat, särskilt om den används i ett för tidigt skede eller på ett alltför enkelspårigt sätt.⁴⁰ Av denna orsak konstateras i lagens motiveringar att detta förfarande endast skall användas i andra hand.⁴¹

Eftersom förfarandets utgångspunkt är att medlaren skall hjälpa parterna att nå en lösning i godo har parterna i allmänhet inte begärt medling för att få medlarens bedömning av tvisten. I lagens motiveringar konstateras att om detta vore parternas huvudsakliga intresse hade de väckt talan vid domstol. Man kan dock fråga sig om så inte delvis också är fallet, med tanke på att medling i tvistemål är möjlig i redan anhängiga mål. Om man följer tanken till slut kan man således konstatera att i mål som redan anhängiggjorts vid domstol och där parterna begär medling har de redan uttryckt att deras primära intresse är att få tvisten löst genom behandling vid domstol. Man kan således fråga sig om det i dylika fall är mera berättigat att medlaren ger ett förlikningsförslag än i ärenden som ännu inte anhängiggjorts. Min ståndpunkt är att så inte är fallet. Det faktum att parterna anhängiggjort en tvist betyder inte nödvändigtvis att de utesluter tanken på att nå en uppgörelse i godo. Om de i ett dylikt fall begär medling kan de vara fullt inställda på att nå en uppgörelse utgående från gemensamma intressen, inte utgående från en juridisk bedömning. Av denna orsak bör det faktum huruvida tvisten är anhängig inte ges någon betydelse i förhållande till medlarens möjligheter att avge ett förlikningsförslag.

I lagens motiveringar konstateras att det vid domstolarna finns ett stort specialkunnande i fråga om tvistlösning och att det därför är till fördel om domstolarna redan i ett tidigt skede av medlingen kan värdera tvisten och ge ett lösningsförslag.⁴² En dylik värdering skall enligt motiveringarna av förståeliga skäl göras utgående från gällande rätt. Det konstateras dock att medlarens förslag till förlikning i regel skall tas fram utgående från parternas förväntningar.⁴³

³⁹ Gällande detta, se *Ervasti*, Sovittelu tuomioistuimessa, s. 184.

⁴⁰ Se RP 114/2004, s. 36.

⁴¹ I lagens motiveringar konstateras att det knappast särskilt ofta kommer att bli aktuellt med situationer där medlaren ger ett förslag till förlikning. Detta baserar sig på att medlingen i första hand främjar parternas strävanden att nå en uppgörelse i godo. Se RP 114/2004, s. 36.

⁴² I lagens motiveringar hänvisas till det engelska begreppet *early neutral evaluation*. Med detta avses en metod för tvistlösning som främst används i USA och som karakteriseras av att parterna anför målet för en neutral sakkunnig som, utgående från andra motsvarade fall, förutsäger hur målet skulle komma att avgöras inför domstol. Se t.ex. *Ervasti*, Käräjäoikeuksien sovintomennettely, s. 119–120. Lagen om medling i tvistemål utesluter inte en sådan möjlighet men utgår inte heller från den.

⁴³ Till denna del avviker regleringen något från det arbetsgruppsbetänkande som ligger till grund för lagen om medling i tvistemål. Enligt arbetsgruppsbetänkandet skulle medlarens bedömning i huvudsak basera sig på hans eller hennes juridiska eller övriga sakkännedom. Medlaren skulle dock även kunna ge ett förslag som inte överensstämde med gällande rätt men måste

Dessa kan självfallet förändras under förfarandet så att de inte längre motsvarar de ursprungliga kraven. Av denna anledning kan det visa sig nödvändigt att vidga perspektivet och inte se enbart på den enskilda tvistefrågan. Det kan också finnas ett behov för en lösning med andra element än de ursprungliga eller ett behov av en förlikning som snarare bygger på en allmän skälighetsbedömning än på en juridisk värdering.⁴⁴ Av denna orsak nämns i 7 § 2 mom. lagen om medling i tvistemål att förlikningsförslaget kan grunda sig på vad medlaren anser vara skäligt.⁴⁵ I lagens motiveringar talar man om att förlikningar som motsvarar parternas vilja och bygger på rimlighet eller som parterna annars anser vara ändamålsenliga skall vara möjliga.⁴⁶

Enligt 6 § 3 mom. lagen om medling i tvistemål kan medlaren överlägga med en part utan att de andra parterna är närvarande. I lagens motiveringar konstateras att medlarens möjlighet att förhandla med en part utan att den andra parten är närvarande och utan att delge den andra parten innehållet i förhandlingarna är ett viktigt medel som effektiviserar medlingen.⁴⁷ Eftersom detta tillvägagångssätt annars kunde försvaga parternas förtroende för förfarandet förutsätts emellertid att parterna samtycker.⁴⁸ Att parternas samtycke är en absolut förutsättning för dessa s.k. ex parte-möten framgår explicit av det ifrågavarande stadgandet.⁴⁹

Enligt 5 § 1 mom. lagen om medling i tvistemål skall en medlare förordnas för att ha hand om medlingen. Medlaren skall vara domare vid den domstol som

då göra parterna uppmärksamma på detta. Se Tuomioistuinsovittelu. Työryhmän mietintö 2003:2, s. 61. Genom att utelämnat den föreslagna hänvisningen till en bedömning baserad på juridisk och övrig sakkännedom har man i propositionen uppenbarligen velat betona att medlarens verksamhet på ett avgörande sätt skiljer sig från domarens.

⁴⁴ Se RP 114/2004, s. 22.

⁴⁵ Enligt lagens motiveringar avses med skälighet samma som i 31 § 3 mom. lagen om skiljeförfarande, enligt vilken skiljemännen om parterna så avtalar kan grunda sitt avgörande på vad som är rätt och billigt (ett s.k. avgörande *ex aequi et bono*). För kritik av skälighetsbedömningen, se *Ervasti*, *Sovittelu tuomioistuimessa*, s. 186.

⁴⁶ Även på denna punkt skiljer sig lagens motiveringar från arbetsgruppens betänkande. I betänkandet föreslogs att förlikningen skulle kunna grunda sig på vad som anses ändamålsenligt. Av propositionen framgår inte varför man i stället gått in för en skälighetsreglering. Det torde vara uppenbart att det föreligger en skillnad mellan de båda begreppen eftersom en skälig förlikning inte nödvändigtvis är ändamålsenlig och tvärtom. Genom att betona förlikningens skälighet i stället för dess ändamålsenlighet verkar det som om att man i lagen velat understryka förfarandets syfte att få parterna att nå en förlikning. Ur denna synvinkel kan lagens utgångspunkt anses vara mera lyckad än betänkandets.

⁴⁷ Se RP 114/2004, s. 35. I propositionen konstateras att medlaren genom att förhandla separat med parterna får information som hjälper honom eller henne att förstå partens utgångsläge och förväntningar.

⁴⁸ Gällande parternas samtycke, se *Ervasti*, *Sovittelu tuomioistuimessa*, s. 180.

⁴⁹ I det lagförslag som ingick i propositionen nämndes inte kravet på parternas samtycke. Lagutskottet fäste uppmärksamhet vid detta och föreslog ett tillägg till paragrafen, vilket sedermera godkändes av riksdagen. Se LaUB 4/2005, s. 4.

handlägger saken.⁵⁰ Detta utesluter således att domare vid andra domstolar eller andra än domare, t.ex. advokater eller allmänna rättsbiträden, utses till medlare.⁵¹ I lagens motiveringar motiveras begränsningen med att regleringen är ändamålsenlig vid medling som förordnats av rätten och att domare har goda förutsättningar att behandla konflikter.⁵² Då det gäller fördelningen av medlaruppgiften konstateras i motiveringarna att denna i princip kommer att ske på samma sätt som fördelningen av lagskipningsärenden. Eftersom medlingen dock förutsätter att domaren är intresserad av uppgiften och då medlingen delvis kräver andra färdigheter än handläggningen av lagskipningsärenden konstateras att medlingsuppgiften kunde koncentreras till vissa domare. I motiveringarna konstateras också att intresserade domare i mån av möjlighet bör utbildas för uppgiften.⁵³

Parterna kan således inte själva påverka valet av medlare vid medling i tvistemål. Detta kan kritiseras utgående från syftet med medling i tvistemål, vilket enligt 2 § lagen om medling i tvistemål är att eftersträva en uppgörelse i godo. Eftersom det i vissa fall kan vara av avgörande betydelse att parterna har särskilt förtroende för medlaren eller att medlaren har viss specialkännedom förefaller det omotiverat att utesluta parternas möjligheter att påverka valet av medlare.

Trots att endast domare kan förordnas till medlare har man velat säkerställa att detta inte minskar tillgången på expertis. Av denna orsak ingår i 5 § 2 mom. lagen om medling i tvistemål ett stadgande om att medlaren kan anlita ett biträde för att säkra nödvändig expertis eller för att i övrigt främja medlingen. I lagens motiveringar behandlas enbart de fall då ett biträde utses på grund av ett behov av expertis, men däremot inte det fall att ett biträde utses ”för att i övrigt främja medlingen”. Vad som avses med detta är oklart, men sannolikt är syftet att möjliggöra att ett biträde utses även om något regelrätt behov av expertis inte föreligger. I lagens motiveringar konstateras uttryckligen att en person som är expert på det aktuella området kan ha bättre förutsättningar att förstå tvistens särdrag än en person som saknar denna specialkännedom – och därigenom också eventuellt ha bättre möjligheter att lösa tvisten.⁵⁴

⁵⁰ För en närmare granskning av hur stadgandet motiverats och vilka domare som kan komma i fråga, se *Ervasti*, *Sovittelu tuomioistuimessa*, s. 152–154.

⁵¹ Det arbetsgruppsbetänkande som ligger till grund för lagen utgick från att medlaren i första hand skulle vara domare men föreslog att även någon annan för uppdraget skickad person kunde utses till medlare under förutsättning att det vore nödvändigt antingen på grund av den sakkännedom som tvisten förutsatte eller för att trygga tillgången till förlikning. Se *Tuomioistuinsovittelu*. *Työryhmän mietintö* 2003:2, s. 55–57.

⁵² Se RP 114/2004, s. 21 och 32. I propositionen konstateras uttryckligen att om parterna vill att någon annan skall medla i tvisten kan de använda sig av någon utomstående medlingstjänst.

⁵³ Se RP 114/2004, s. 32. Betydelsen av utbildning för de domare som fungerar som medlare betonades också av lagutskottet. Se LaUB 4/2005, s. 3.

⁵⁴ Se RP 114/2004, s. 34–35.

Medlaren får anlita ett biträde endast med parternas samtycke. Enligt 5 § 2 mom. lagen om medling i tvistemål bör detta samtycke inte enbart omfatta att ett biträde utses utan även biträdets person. Regleringen förefaller motiverad eftersom parterna skall svara för arvode och kostnadsersättning till biträdet. Det är dock skäl att notera att parterna inte har någon absolut rätt att få ett biträde utsett i medlingen.⁵⁵ Man kan givetvis även ifrågasätta det ändamålsenliga i att parterna har möjlighet att ta ställning till vem som utses till biträde trots att de inte har någon möjlighet att ta ställning till vem som utses till medlare.

Eftersom lagen om medling i tvistemål utgår från att endast domare kan utses till medlare utgår varken arvode eller kostnadsersättningar till medlaren.⁵⁶ Den domare som utses till medlare sköter medlingen som ett tjänsteuppdrag. Det faktum att medling i tvistemål därigenom är i det närmaste kostnadsfri för parterna har uppenbarligen varit ett argument för att enbart domare skall kunna utses till medlare.⁵⁷

I 14 § lagen om medling i tvistemål ingår ett uttryckligt stadgande om att en part själv svarar för sina kostnader för medlingen. Stadgandet motiveras med att medlingen inte har som syfte att konstatera vem som har rätt och fel utan att nå en lösning som kan godtas av bägge parter.⁵⁸ I det ifrågavarande stadgandet konstateras vidare uttryckligen att en part inte i en rättegång kan kräva ersättning för sina medlingskostnader av motparten.⁵⁹ Man kan med fog ifrågasätta om det är lämpligt att helt utesluta parternas möjligheter att få ersättning för de kostnader medlingen medfört i en senare rättegång. Man kan t.ex. tänka sig situationer där motparten förfar chikanöst vid medlingen för att förlänga behandlingen av tvisten eller fördröja att tvisten anhängiggörs. Medling i tvistemål kan i värsta fall utnyttjas av den part som har större resurser, vilket kan resultera i att motparten inte längre kan fortsätta förfarandet. Denna risk kan emellertid avfärdas med dels det faktum att parterna när som helst kan avbryta förfarandet, dels att också medlaren har en separat rätt att avsluta förfarandet. Således torde dylika risksituationer kunna undvikas. I varken lagen eller dess motiveringar diskuteras huruvida parterna kan avvika från kostnadsregleringen genom avtal. Med tanke på förfarandets utgångspunkter kan man fråga sig om inte fördel-

⁵⁵ Gällande detta, se *Ervasti*, Sovittelu tuomioistuimessa, s. 158.

⁵⁶ Se *Ervasti*, Sovittelu tuomioistuimessa, s. 195. *Ervasti* framhåller att det faktum att inget arvode utgår till medlaren är en central fördel med medling i tvistemål jämfört med många andra medlingsmodeller. Förfarandet är dock belagt med en handläggningsavgift. Gällande detta, se RP 114/2004, s. 45–46.

⁵⁷ I det arbetsgruppsbetänkande som legat till grund för lagberedningen utgick man från att medlaren skulle ha haft rätt till arvode och ersättning för kostnader för sitt uppdrag och att parterna skulle ha ansvarat för dessa. Enligt betänkandet skulle dock inte en domare eller ett allmänt rättsbiträde haft rätt till ersättning som medlare. Se Tuomioistuinsovittelu. Työryhmän mietintö 2003:2, s. 65.

⁵⁸ Se RP 114/2004, s. 43.

⁵⁹ För diskussion om detta, se *Ervasti*, Sovittelusta tuomioistuimessa, s. 198.

ningen av kostnader bör vara en fråga om vilken parterna fritt bör kunna avtala, t.ex. så att den ena partens kostnader åtminstone delvis ersätts av motparten. Ett dylikt stadgande ingick i det arbetsgruppsbetänkande som legat till grund för lagberedningen. På samma sätt bör det också vara möjligt att i en senare rättegång bifalla talan om ersättning för medlingskostnader om ett yrkande på detta godkänns av motparten.

Enligt 8 § lagen om medling i tvistemål kan en förlikning som antas av parterna under förfarandet stadfästas som ett avgörande. Detta motiveras med att möjligheten att stadfästa en förlikning är nödvändig för att medling i tvistemål skall uppfylla parternas förväntningar på rättssäkerhet och vara en permanent lösning på parternas problem.⁶⁰ Parterna kan dock själva välja om de vill att förlikningen stadfästs och stadfästelsen förutsätter därför samtycke av båda parter. I övrigt tillämpas enligt 8 § 2 mom. lagen om medling i tvistemål samma regler som på stadfästande av förlikningar som uppkommer vid domarens förlikningsverksamhet. Enligt samma stadgande kan dock en förlikning som stadfästs i medlingsförfarande gälla också annat än parternas ursprungliga yrkanden. I lagens motiveringar anges att detta innebär en utvidgning jämfört med förlikningar som uppkommer till följd av domarens förlikningsverksamhet, eftersom det i fråga om rättegångsförlikningar allmänt anses att dessa får innehålla enbart det som upptagits i det ursprungliga käromålet.⁶¹

I lagens motiveringar konstateras att domstolen om den anser att förlikningsavtalet inte kan stadfästas skall fästa parternas uppmärksamhet på detta och utreda om parterna önskar ändra sitt avtal så att det skall kunna stadfästas. Detta verkar kunna medföra problem i praktiken. Om parterna ingår ett förlikningsavtal och avtalar om att detta skall stadfästas men domstolen avslår begäran om stadfästelse torde avtalet förbli bindande *inter partes* om inte parterna uttryckligt intagit stadfästelsen som ett resolutivt villkor. Om avtalet blir bindande har den part som eventuellt åläggs att prestera enligt avtalet självfallet inte något intresse av att ändra avtalet – tvisten är bilagd och parten vet att avtalet inte kan stadfästas och därmed inte heller verkställas om inte motparten påbörjar en rättegång för att få avtalet ogiltigförklarat. Man kan fråga sig om detta överensstämmer med kravet på rättsskydd.

Enligt 20 kapitlet 3 § rättegångsbalken får domstolen inte stadfästa en förlikning om den strider mot lag eller är uppenbart oskälig eller om den kränker en utomståendes rätt.⁶² I motiveringarna till stadgandet konstateras att domstolen

⁶⁰ Se RP 114/2004, s. 37.

⁶¹ Se RP 114/2004, s. 37.

⁶² Uppräklandet av de specifika grunderna för att avslå en begäran om stadfästelse tillkom på initiativ av riksdagen. I det lagförslag som ingick i propositionen nämndes inga specifika hinder för stadfästelse, även om ett antal dylika hinder nämndes i propositionens kommentardel. Lagutskottet konstaterade att det vore skäl att nämna hindren också direkt i lagtexten. Se LaUB 4/2005, s. 7.

skall respektera parternas vilja och stadfästa förlikningsavtalet om inte hinder föreligger.⁶³ Som hinder nämns emellertid inte att förlikningen inte är verkställbar.⁶⁴ Eftersom brister i förhållande till verkställbarhet inte finns upptagna bland hindren i den ifrågavarande paragrafen bör man kunna utgå från att domstolen inte kan vägra stadfästa en förlikning som inte är verkställbar.⁶⁵ Detta är till fördel i fråga om förlikningar som uppkommer i medling i tvistemål. Eftersom syftet med förfarandet enligt 2 § lagen om medling i tvistemål är att eftersträva en uppgörelse i godo och eftersom förfarandet bör tillgodose parternas vilja och behov kan det lätt hända att en förlikning som uppkommer i förfarandet innehåller element som inte är verkställbara. Att även sådana förlikningar kan stadfästas är givetvis till fördel för parterna, åtminstone på ett psykologiskt plan. Ur juridisk synvinkel kan man dock fråga sig vilket syftet är att stadfästa en förlikning som inte är verkställbar. Syftet med att stadfästa en förlikning torde ju vara just att trygga verkställighet, varför stadfästelsen kan tyckas onödig om förlikningen ändå inte går att verkställa.

Enligt 9 § lagen om medling i tvistemål avslutas medlingen när förlikningen stadfästs eller när parterna meddelar medlaren att de kommit överens i saken på annat sätt. Medling i tvistemål avslutas också om en part meddelar att medling inte längre önskas. En part kan alltså när som helst avsluta medlingen utan att anföra skäl. Medlingen kan också avslutas om medlaren, efter att ha hört parterna, beslutar att det inte längre finns skäl att fortsätta medlingen. Enligt lagens motiveringar kan medlaren avsluta medlingen på denna grund främst om det visar sig att parterna inte följer det överenskomna förfarandet eller om parterna inte aktivt deltar i medlingen och medlaren anser det omotiverat att fortsätta medlingen. Medlingen kan också avslutas om den ena parten försöker utnyttja det faktum att den andra parten inte kan bevaka sina intressen och en fortsatt medling därför skulle strida mot dennas intressen. Det kan ytterligare finnas situationer där medlaren ser att det inte finns förutsättningar för fortsatt medling, t.ex. om medlingen inte avancerat som förväntat.⁶⁶

Medling i tvistemål utgör ett komplement till domarens förlikningsverksamhet enligt 5 kapitlet rättegångsbalken. Enligt motiveringarna till lagen om medling i tvistemål varken minskar eller ändrar medling i tvistemål domarens förlikningsverksamhet.⁶⁷

⁶³ Se RP 114/2004, s. 53.

⁶⁴ Denna fråga har varit föremål för ingående debatt i fråga om förlikningar som uppkommit vid domarens förlikningsverksamhet. Utgångspunkten har varit att domstolen när den stadfäster en förlikning bör beakta att den skall vara verkställbar. Se t.ex. *Hellman*, JFT 2002, s. 34.

⁶⁵ Se även *Ervasti*, Sovittelusta tuomioistuimessa, s. 223. *Ervasti* motsätter sig starkt att förlikningar som inte kan verkställas stadfästs, men konstaterar att det inte bör utgöra ett hinder för stadfästelse att ett förlikningsavtal innehåller enskilda uttalanden som inte är verkställbara.

⁶⁶ Se RP 114/2004, s. 38.

⁶⁷ Se RP 114/2004, s. 5 och 19.

2.2 RETTSMEKLING I NORGE

Domstolsanknuten medling existerar också i Norge i form av *rettsmekling*.⁶⁸ Rettsmekling infördes på försöksbasis 1997 genom ett tillägg till *tvistemålsloven* och försöket har sedermera förlängts tills vidare i väntan på den nya *lov om mekling og rettergang i sivile tvister* – den s.k. *tvisteloven* – som är under beredning.⁶⁹

Rettsmekling genomförs i mål som är anhängiga vid domstol.⁷⁰ Senast när svaromål inkommit skall den domare som bereder målet värdera om rettsmekling skall företas.⁷¹ Det är oftast domstolen som tar initiativet till rettsmekling.⁷² Efter att ha hört parterna fattar domstolen beslut om rettsmekling skall inledas eller inte.⁷³ Parternas åsikt är dock inte utslagsgivande: ett samtycke är inte en absolut förutsättning för att rettsmekling skall kunna inledas.⁷⁴ Det framgår dock av stadgandena att domstolen skall lägga vikt vid parternas inställning till rettsmeklingen.⁷⁵ Utöver parternas inställning skall domstolen dessutom lägga vikt vid möjligheterna att uppnå en förlikning eller en förenkling av målet. Som motskäl skall domstolen beakta om skillnader i styrkeförhållandena mellan parterna eller kostnaderna gör rettsmeklingen betänkelig.

Rettsmeklingen genomförs av den domare som bereder målet, en annan domare eller en utomstående person med insikt i rettsmekling och/eller relevanta tvistiga frågor.⁷⁶ Domstolarna kan utarbeta en förteckning över utomstående

⁶⁸ Se t.ex. Justisdepartementets rundskriv G-85/96, NOU 2001:32, II.7.6 och III.7, utvärderingen Raskere? Billigere? Vennligere? Evaluering av prøveordningen med rettsmekling, *Austbø*, Lov og Rett 1998, s. 364–373 och *Schei* i Festskrift till Per Henrik Lindblom, s. 592–596. För finländsk kommentar, se *Laukkanen* i Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 134–135. Se även RP 114/2004, s. 15 samt *Knuts*, JFT 2003, s. 1–39 och samma, DL 2003, s. 747–760.

⁶⁹ Försöket genomförs på basis av ett tillägg av 99a § till tvistemålsloven, enligt vilket närmare föreskrifter kan ges om medling i anhängiga mål. Se Forskrift om forsøksordning med rettsmekling (FOR 1996-12-13 nr 1144). Se även Ot.prp. nr. 51, s. 113–135, NOU 2001:32, *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 28–29 och utvärderingen Raskere? Billigere? Vennligere? Evaluering av prøveordningen med rettsmekling.

⁷⁰ Någon motsvarighet till den möjlighet att anhängiggöra en tvist bara för medling som föreslås i Finland existerar inte.

⁷¹ Gällande denna värdering i praktiken, se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 64.

⁷² I praktiken torde detta gå till så att domstolen skickar ut information om rettsmekling i samband med stämningen och ber parterna inkomma med synpunkter på huruvida de anser rettsmekling vara ändamålsenlig i målet. Se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 32.

⁷³ Gällande detta, se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 32.

⁷⁴ Jfr dock *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 64–65. *Austbø – Engebretsen* konstaterar att det är svårt att tänka sig situationer där rettsmekling bör inledas mot parternas vilja. De konstaterar även att det knappast är ändamålsenligt att genomföra rettsmeklingen om en part tar tillbaka sitt samtycke under förfarandets lopp.

⁷⁵ Se 2 § Forskrift om forsøksordning med rettsmekling (FOR 1996-12-13 nr 1144).

⁷⁶ Se 3 § Forskrift om forsøksordning med rettsmekling (FOR 1996-12-13 nr 1144). Under försöksordningen har möjligheten att utse andra än domare till medlare utnyttjats i mycket begrän-

personer som kan fungera som medlare. Bara i undantagsfall kan en medlare som parterna inte godkänner utses.

Stadgandena om hur rettsmeklingen skall gå till i praktiken är knapphändigt utformade.⁷⁷ Enligt försöksordningen är det medlaren som bestämmer hur rettsmeklingen skall utformas.⁷⁸ Medlarens uppgift är att genom rettsmeklingen försöka få parterna att förlikas. Det stadgas uttryckligen att medlaren kan komma med förslag till förlikning och stadgandet innehåller ingen begränsning av att så skulle kunna ske enbart på parternas initiativ eller med deras samtycke. Medlaren kan även träffa parterna skilt för sig vid ex parte -möten.

I det fall att någon förlikning inte uppkommer kan den domare som varit medlare delta i den fortsatta behandlingen endast om domstolen finner detta obetänkligt och parterna inte önskar att det skall ske ett domarbyte. Det är således inte uteslutet att medlaren övergår till att döma i målet. Denna möjlighet har diskuterats och kritiserats i rättslitteraturen, eftersom möjligheten för medlaren att övergå till att döma i målet lätt kan uppfattas som problematisk med tanke på rätten till opartisk handläggning.⁷⁹

Rettsmeklingen försiggår utanför det egentliga domstolssammanträdet, vilket innebär att förfarandet är icke-offentligt.⁸⁰ Detta i sin tur medför också att både medlaren och parterna har tystnadsplikt gällande det som framkommit under medlingen.⁸¹ Hur långt medlarens tystnadsplikt sträcker sig har varit föremål för viss diskussion. Det mest centrala har ansetts vara att förlikningsförslag

sad utsträckning. Detta antas bero på att lejonparten av de mål där rettsmekling blivit aktuell inte krävt något specialkunnande utöver domarens. Vidare har det varit få personer utanför domstolarna som haft erfarenhet av medling. Slutligen är det också en fråga om kostnader: i de fall då en person utanför domstolarna utses till medlare uppkommer tilläggskostnader. Se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 33. *Austbø – Engebretsen* konstaterar att medlare utanför domstolsväsendet torde utnämnas främst i stora och komplicerade mål där kostnaderna inte spelar någon avgörande roll.

⁷⁷ Den knapphändiga utformningen torde kunna föras tillbaka på det faktum att förfarandet inte lätt låter sig beskrivas i lagtext och att ett försök till noggrann beskrivning följaktligen lätt kunde ge ett missvisande intryck och fel signaler om innehållet i medlingen. Se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 33. *Austbø – Engebretsen* poängterar att det inte råder något tvivel om att försöksordningen bygger på intressebaserad medling utvecklad vid Harvard Law School.

⁷⁸ Se 4 § Forskrift om försöksordning med rettsmekling (FOR 1996-12-13 nr 1144) och *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 32.

⁷⁹ För kritik, se t.ex. *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 34. Enligt *Austbø – Engebretsen* har man i de flesta domstolar i praktiken utgått från att medlaren inte kan fortsätta som domare om rettsmeklingen inte resulterar i en förlikning, vilket parterna också upplysts om från början.

⁸⁰ Se 4 § Forskrift om försöksordning med rettsmekling (FOR 1996-12-13 nr 1144). Det stadgas uttryckligen att rettsmeklingen ”foregår utenfor rettsmøter”.

⁸¹ Se 4 § Forskrift om försöksordning med rettsmekling (FOR 1996-12-13 nr 1144). Tystnadsplikten regleras genom en hänvisning till 284 § tvistemålsloven, enligt vilken det som parterna erkänt eller framlagt under rettsmeklingen endast kan åberopas senare i målet i den utsträckning detta protokollförts i den s.k. *rettsboken*. Reglerna om tystnadsplikt har kritiserats för att vara oklara. Se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 165.

och utsagor under medlingen inte skall kunna användas senare under målets handläggning och att medlaren har tystnadsplikt i förhållande till den domare som eventuellt senare skall döma i målet.⁸² Tystnadsplikten har tolkats gälla också mellan kollegorna vid en domstol: om alltså rettsmekling inte resulterar i en uppgörelse i godo har den domare som fungerat som medlare tystnadsplikt i förhållande till den kollega vid domstolen som utses att döma i målet.⁸³

I de fall då personer som inte är domare utses till medlare har dessa rätt till ett arvode för sitt uppdrag. Detta arvode fastställs av rätten utgående från taxan för fri rättegång om inte domstolen, medlaren och parterna kommer överens om något annat.⁸⁴ Kostnaderna för rettsmeklingen regleras så att vardera parten står för hälften av utgifterna för medlingen, men parterna kan också avtala om att rätten fastställer kostnadsfördelningen enligt rettsmeklingens utfall. Om en uppgörelse i godo nås står vardera parten själv för sina kostnader – om en uppgörelse i godo inte nås träffar domstolen ett samlat avgörande om rättegångskostnaderna i samband med domen i målet.⁸⁵

En av de fördelar som rettsmeklingen ansetts medföra är att medlingen sker vid en tidigare tidpunkt än domarens förlikningssträvanden i rättegången.⁸⁶ Rettsmeklingen har konstaterats medföra en inbesparing av både tid och resurser.⁸⁷ Vidare anses det att medlingen kan leda till bättre kommunikation mellan parterna och att parterna också får en möjlighet att diskutera i enrum med medlaren. En förlikning anses dessutom kunna underlätta fortsatt samarbete mellan parterna. Man har i försöket uttryckligen konstaterat att även om någon förlikning inte uppnåtts genom rettsmeklingen så har denna inte varit förgäves – den genomgång av ärendet som parterna blivit tvungna att göra i rettsmeklingen har ansetts effektivisera förberedelsen av ärendet och klargöra de frågor som domstolen måste ta ställning till.⁸⁸

Om parterna når en uppgörelse under rettsmeklingen kan de välja att antingen ingå en utomrättslig förlikning i målet (*utenrettslig forlik*) eller att ingå uppgörelsen som ett s.k. *rettsforlik*.⁸⁹ Det senare innebär att förlikningen får samma

⁸² Se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 34–35.

⁸³ Se t.ex. *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 40–41.

⁸⁴ I lagstadgandet konstateras att närmare reglering av arvodet fastställs separat. NOU 2001:32, I § 7-4(3).

⁸⁵ Se 9 § Forskrift om försöksordning med rettsmekling (FOR 1996-12-13 nr 1144).

⁸⁶ Eftersom man i Norge inte har någon obligatorisk muntlig förberedelse förläggs domarens förlikningssträvanden till den s.k. *domsforhandlingen* (motsvarigheten till huvudförhandling), dvs. till ett relativt sent skede av rättegången.

⁸⁷ Inbesparingen förverkligas givetvis huvudsakligen i det fall att rettsmeklingen resulterar i en förlikning. I det fall att någon förlikning inte uppkommer torde tidsåtgången däremot öka något. Man bör emellertid även här hålla i minnet att rettsmeklingen kan medföra att delfrågor löses på ett sätt som förenklar målet och den vidare behandlingen. Se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 36.

⁸⁸ Se Justisdepartementets rundskriv G-85/96.

⁸⁹ Gällande detta, se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 121–122.

verkningar som en dom, dvs. att den kan tvångsverkställas. Ett rettsforlik är slutgiltigt och har rättskraft. För att ett rettsforlik skall kunna uppkomma förutsätts ett sammanträde under ledning av en domare, vilket i praktiken innebär att om parterna vill ingå rettsforlik så övergår rettsmeklingen i ett sammanträde inför en domare.⁹⁰ Ett rettsforlik skrivs in i den s.k. *rettsboken* och blir därigenom offentligt. Om medlingen inte leder till en förlikning överförs målet som stridigt till behandling inför en domare i ordinarie rättegång.

I tillägg till rettsmekling, som alltså hittills genomförs endast på försöksbasis, existerar i Norge också en motsvarighet till domarens förlikningsverksamhet. Enligt 99 § tvistemålsloven kan domstolen i varje skede av rättegången försöka medla mellan parterna. Detta förfarande har i den norska litteraturen kallats *mekling*.⁹¹ Stadgandena om rettsmekling kompletterar förlikningssträvandena enligt 99 § tvistemålsloven – domstolen kan besluta om rettsmekling i stället för eller i tillägg till mekling. Rettsmeklingen ersätter alltså inte domarens förlikningssträvanden utan kompletterar dessa.

Försöket med rettsmekling har fallit väl ut.⁹² Antalet mål har ökat jämnt sedan starten 1997 och sedan försöket utvidgats erbjuds rettsmekling i ca hälften av tvistemålen.⁹³ Det faktiska antalet rettsmeklingar har stabiliserat sig på ca 20–25 % av tvistemålen.⁹⁴ Förlikningsprocenten har legat så högt som vid 80 %.⁹⁵

I det förslag till ny tvistelov som föreligger i Norge föreslås rettsmekling bli en permanent del av det norska rättssystemet. Enligt det föreliggande förslaget skall rettsmeklingen i hög grad utformas i enlighet med försöksordningen. Vissa skillnader föreligger dock. Det föreslås bl.a. i § 8-5 (3) ett specifikt stadgande om att medlaren skall uppträda opartiskt och verka för en lösning i godo. Vidare föreslås att medlaren inte bara skall kunna komma med förslag utan också att han eller hon skall kunna ge uttryck för styrka och svaghet i parternas juridiska och faktiska argumentation.⁹⁶

Då man i den existerande försöksordningen utgår från att medlaren bestämmer hur medlingen skall genomföras föreslås i § 8-5 (1) att medlaren skall besluta om detta i samråd med parterna.⁹⁷ Det skall enligt förslaget fortsättningsvis vara domstolens uppgift att efter att ha hört parterna bestämma om retts-

⁹⁰ Se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 122. Detta är givetvis enbart möjligt i fall där en domare fungerat som medlare.

⁹¹ Se t.ex. *Hov*, Rettsforlik, s. 34–36.

⁹² För en grundläggande utvärdering av försöksordningen, se utvärderingen *Raskere? Billigere? Vennligere?* Evaluering av prøveordningen med rettsmekling.

⁹³ Se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 29.

⁹⁴ Se utvärderingen *Raskere? Billigere? Vennligere?* Evaluering av prøveordningen med rettsmekling och *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 35.

⁹⁵ Se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 35.

⁹⁶ Se Ot.prp. nr. 51, s. 126 och NOU 2001:32, I § 7-5(3).

⁹⁷ Gällande detta, se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 32.

mekling skall inledas eller inte. I tillägg till de motskäl som anges i försöksordningen föreslås i § 8-3 (2) även att tidigare medlingsförsök eller andra omständigheter som gör rettsmeklingen betänklig skall kunna utgöra hinder för rettsmekling. Vidare föreslås i § 8-4 (4) att domstolarna skall ha ett utskott (*utvalg*) av medlare som skall sammansättas så att den sakkunnighet som krävs vid rettsmekling täcks.⁹⁸

I förslaget till ny tvistelov föreslås också något utförligare stadganden om tystnadsplikt. Enligt förslagets § 8-6 (1) får parterna inte i det ifrågavarande målet eller i andra mål uttala sig om det som framkommit under rettsmeklingen.⁹⁹ Parterna skall i andra sammanhang tåga om förhållanden som de fått kännedom om under förutsättning av tystnadsplikt. Tystnadsplikten skall också enligt § 8-6 (2) gälla medlare och deras biträden. Det konstateras uttryckligen att medlaren är skyldig att tåga om det som försiggått under rettsmeklingen.¹⁰⁰

I förslaget till ny tvistelov förtydligas även skillnaden mellan mekling och rettsmekling.¹⁰¹ Det föreslås i § 8-1 (1) att domstolen i varje skede av behandlingen skall eftersträva en lösning i godo genom mekling eller rettsmekling, förutom om målets karaktär och förhållandena i övrigt talar emot detta. Då det gäller mekling, dvs. motsvarigheten till domarens förlikningsverksamhet, skall domstolen enligt förslagets § 8-2 (1) antingen vid ett sammanträde (s.k. rettsmøte) eller vid annan kontakt med parterna försöka lägga grunden till en uppgörelse i godo. Det föreslås uttryckligen i § 8-2 (1) att domaren vid mekling (till skillnad från rettsmekling) inte skall få träffa parterna vid ex parte-möten och att han eller hon inte heller får motta upplysningar som inte kan tillkännages för alla involverade parter. Domstolen kan inte heller ge förlikningsförslag, råd eller uttryck för synpunkter som kan försvaga domstolens opartiskhet.

Under lagberedningen har särskilt medlarens möjligheter att övergå till att döma i målet efter avslutad medling varit föremål för intresse. Såväl försöksordningen som det föreliggande förslaget till ny tvistelov utgår från att detta bör vara möjligt. I den utredning som tvistemålsutvalget publicerade (NOU 2001:32) föreslogs emellertid att medlaren inte skulle kunna övergå till att döma i målet om rettsmeklingen inte resulterat i en förlikning. Detta ansågs nämligen kunna

⁹⁸ Gällande detta, se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 33. Vidare påpekas att det är viktigt att beakta att det bör vara fråga om personer som har erfarenhet och insikt på olika områden, som har en personlighet som gör dem lämpliga som medlare och som är villiga att genomgå tilläggsutbildning.

⁹⁹ I stadgandet nämns dock uttryckligen att detta inte skall hindra parterna från att ge upplysningar om konkreta bevis som de blivit upplysta om och som inte framkommit på något annat sätt, eller om förlikningsförslag som protokollförts på det sätt som lagen stadgar.

¹⁰⁰ Som undantag nämns i paragrafen att en medlare bör kunna avge en förklaring om huruvida ett avtal som ingåtts överensstämmer med det parterna var eniga om under rettsmeklingen.

¹⁰¹ Gällande de huvudsakliga skillnaderna, se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 43–44. *Austbø – Engebretsen* framhåller att den främsta skillnaden är att mekling bör genomföras på ett sådant sätt att medlaren inte blir inhabil att döma i målet.

äventyra medlarens opartiskhet.¹⁰² Till denna frågeställning återkommer jag nedan.

2.3 SÄRSKILD MEDLING I SVERIGE

Sedan svenska rättegångsbalken trädde i kraft 1948 har man i Sverige haft möjligheten att utlokalisera en del av förlikningssträvandena i rättegången till s.k. särskild medling enligt 42 kapitlet 17 § svenska rättegångsbalken.¹⁰³ Enligt det ifrågavarande stadgandet kan domstolen remittera förlikningsförhandlingarna till en särskild medlare om särskild medling med hänsyn till målets beskaffenhet ter sig lämpligare än medling ledd av domaren.¹⁰⁴ Särskild medling blir tillämplig endast i mål som redan är anhängiga – någon möjlighet att separat anhängiggöra ett mål för särskild medling existerar inte.

Lagstadgandet hänvisar således till ”målets beskaffenhet” och ”lämplighet” som förutsättningar för att ett mål skall remitteras till särskild medling. Hur denna lämplighetsprövning skall utföras råder det givetvis delade meningar om. Som generella krav har uppställts att målet skall vara lämpligt för förlikning och att parterna inte motsätter sig särskild medling. Trots att stadgandet i svenska rättegångsbalken inte innehåller någon direkt hänvisning till parternas samtycke som förutsättning för att inleda särskild medling har man i rättslitteraturen utgått från att parternas samtycke krävs för att ett mål skall kunna remitteras till särskild medling.¹⁰⁵

¹⁰² Se NOU 2001:32, I § 7-7(2).

¹⁰³ Svenska rättegångsbalken innehåller i 42 kapitlet 17 § ett stadgande om att ”rätten i den mån det är lämpligt med hänsyn till målets beskaffenhet och övriga omständigheter [skall] verka för att parterna förliks”. Gällande detta, se *Lindell* i Vänbok till Thorleif Bylund, s. 262–264. Stadgandet motsvarar alltså till stor del stadgandena om domarens förlikningsverksamhet i rättegångsbalken. I tillägg till detta stadgar dock paragrafens andra moment: ”Om det med hänsyn till målets beskaffenhet är lämpligare att särskild medling äger rum, kan rätten förelägga parterna att inställa sig till förlikningssammanträde inför medlare som förordnas av rätten” (Lag 1987:747). Gällande särskild medling, se bl.a. SOU 1982:26, s. 157–162, prop. 1986/87:89, s. 114–115, *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 69–71, *Lindell*, Civilprocessen, s. 678–687, *Brolin m.fl.*, Tvistemålsprocessen I, s. 137–140, *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 117–128, *Ekelöf*, SvJT 1979, s. 566–567, *Luterkort*, SvJT 1980, s. 380–382, *von Koch*, SvJT 1981, s. 32–39, *Ekelöf*, SvJT 1981, s. 382–386 och *Brolin – Widebeck*, SvJT 1990, s. 594. Se även *Hyllengren*, Advokaten 7/1997, s. 11, *Skogsberg*, Advokaten 6/1994, s. 248–249, *Admund*, Advokaten 8/1997, s. 17, *Widebeck*, TSA 1976, s. 393–394 och *Bagner*, Advokaten 5/1997, s. 12–13. För kommentarer i finländsk litteratur, se *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 299–300, *Virolainen*, DL 1995, s. 353–354, *Jokela*, LM 1994, s. 156 och samma, DL 1995, s. 772, *Laukkanen – Liljenfeldt*, DL 1998, s. 950, *Laukkanen* i Sovitte lu ja muut vaihtoeh toiset konfliktinratkaisumenetelmät, s. 132–133 samt *Knuts*, JFT 2003, s. 1–39 och samma, DL 2003, s. 747–760.

¹⁰⁴ Redan i kommentaren till svenska rättegångsbalken konstaterades att domarens ”ömtåliga ställning” kan göra det lämpligare att en utomstående medlare i vissa fall anlitas. Se *Gärde m.fl.*, Kommentar till nya rättegångsbalken, s. 600.

¹⁰⁵ Detta således trots att lagtexten inte nämner parternas vilja utan talar om att en särskild med-

Det har anförts att särskild medling lämpar sig bäst i omfattande tvister där skiljaktigheterna mellan parterna är stora, där det föreligger tvist på flera punkter och där bevisningen kommer att bli tidskrävande.¹⁰⁶ Det är således ofta fråga om mål som kan antas kräva stora domstolsresurser.¹⁰⁷ Som exempel på en typisk situation där särskild medling anses vara lämplig har nämnts fall där parterna har en mängd outredda mellanhavanden av vilka den föreliggande tvisten utgör bara en del.¹⁰⁸ Detta har emellertid också ifrågasatts med hänvisning till att särskild medling kan vara till fördel också i relativt okomplicerade mål.¹⁰⁹

I den svenska litteraturen har man också diskuterat vilka mål som inte anses lämpa sig för särskild medling. Som exempel har nämnts mål där en part vill ha ett prejudikat om en viktig principiell fråga, där en viktig person inte kan delta i medlingen, där det förekommer hot eller kriminella åtgärder, där ena parten vill förhålla ett avgörande, där konkurs är sannolik och mål där det krävs ett verkställbart avgörande.¹¹⁰

Av stadgandet i svenska rättegångsbalken framgår inte vem som anses vara lämplig som medlare.¹¹¹ Det har dock anförts att medlaren antingen kan vara en helt utomstående person eller en domare som inte tidigare deltagit i handläggningen av det ifrågasvarande målet.¹¹² Den domare som lett förberedelsen av målet kan utses till medlare om han eller hon avsäger sig uppdraget som domare och i stället övergår till att medla mellan parterna.¹¹³ Medlaren behöver heller

läre kan utses när domstolen finner det befogat. Se SOU 1982:26, s. 159, *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 70 och *Lindell*, Civilprocessen, s. 678.

¹⁰⁶ Se t.ex. SOU 1982:26, s. 158–160, prop. 1986/87:89, s. 114–115, *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 70 och *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 119–120.

¹⁰⁷ Se prop. 1986/87:89, s. 208. Särskilt i stora och komplicerade mål innebär remittering till medling att domstolen åtminstone för tillfället kan stryka målet från dagordningen, dvs. den processekonomiska inbesparingen gäller främst domstolens resurser. Detta har i litteraturen ansetts vara ett godtagbart skäl till att mål remitteras till särskild medling. Se *Lindell*, Civilprocessen, s. 679.

¹⁰⁸ Se *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 70. Motsatt situation är emellertid också tänkbar, nämligen att hela målet inte är ägnat för särskild medling men att förutsättningarna uppfylls i en del av målet. Se prop. 1986/87:89, s. 209.

¹⁰⁹ Se *Skogsberg*, Advokaten 6/1994, s. 249. Skogsberg anför att även t.ex. fastighetsmål som kan klaras av på en dag kan lämpa sig väl för medling.

¹¹⁰ Se *Lindell*, Civilprocessen, s. 680. Noteras bör att *Lindell* i förteckningen också nämner mål där edition eller omfattande bevisupptagning kommer att bli aktuell. Detta förefaller givetvis paradoxalt med tanke på att särskild medling som ovan nämnts i regel ansetts lämpa sig särskilt i mål med omfattande bevisning.

¹¹¹ Det har ansetts att särskild medling också kan utföras av flera än en medlare, dvs. att domstolen kan utse flera medlare i samma mål om den finner det lämpligt. Se *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 71.

¹¹² Se *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 71. Se även *Lindell*, Civilprocessen, s. 678. *Lindell* konstaterar att till medlare kan utses en domarkollega, en advokat med särskilda kunskaper på det område tvisten gäller eller någon annan med särskild kompetens eller som annars förefaller vara särskilt lämpad.

¹¹³ I praktiken innebär detta att förberedelsesammanträdet övergår i ett medlingssammanträde. Se *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 71 och *Brolin – Widebeck*, SvJT 1990, s. 594. Se även *Liljenfeldt – Liljenfeldt*, DL 1993, s. 299.

inte nödvändigtvis vara jurist – en person som saknar juridisk utbildning men som anses vara lämplig av någon annan orsak, t.ex. på basis av sitt särskilda kunnande, kan också utses till medlare.¹¹⁴ Det har dock anförts att det är till fördel om medlaren besitter kunskaper i juridik, eftersom det annars kan vara svårt för honom eller henne att identifiera de relevanta frågeställningarna.¹¹⁵ Oberoende av vem som utses till medlare förutsätts dock att medlaren godtas av båda parterna.¹¹⁶

Medlarens uppgift är att försöka få parterna att nå en uppgörelse i godo. Synpunkter har framförts på att medlaren i samband med detta inte är bunden av materiell rätt och att han eller hon kan beakta utomrättsliga faktorer i betydligt högre grad än domaren.¹¹⁷ Därigenom kan uppgörelsen alltså grunda sig på en skälighetsbedömning, något som är till fördel inte minst i komplicerade mål.¹¹⁸ Inget hindrar heller medlaren från att säga sin åsikt om sakfrågor och rättsfrågor eller ge ett konkret förslag till förlikning.¹¹⁹

Om den som fungerat som medlare är en domare kan han eller hon inte efter en resultatlös medling övergå till att döma i målet.¹²⁰ Detta skulle kunna äventyra domarens opartiskhet i parternas ögon. Om alltså den domare som lett förberedelsen övergår till att medla mellan parterna blir han eller hon jävig att fungera som domare vid en eventuell framtida förberedelse eller huvudförhandling. Om medlingen inte resulterar i en uppgörelse i godo bör en ny domare utses för att fortsätta behandlingen av målet. Det faktum att medlaren således inte

¹¹⁴ Som exempel nämns att en byggnadsingenjör kunde vara medlare i en entreprenadvist eller tvist om fel i fastighet. Se prop. 1986/87:89, s. 209 och *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 71. Se även *Aaltonen*, LM 2000, s. 1323, där det anförts att man i Sverige också har möjligheten att i familjerättsliga mål hänvisa parterna till medling under socialverkets ledning.

¹¹⁵ Se *Brolin m.fl.*, Tvistemålsprocessen I, s. 139–140. Se även *Lindell*, Civilprocessen, s. 678. Lindell förhåller sig betydligt mer skeptisk till möjligheten att medlaren inte skulle vara jurist, särskilt med hänvisning till bedömning av rätts- och bevisfrågor. I anknytning till detta nämner Lindell därför som en möjlighet att det vore lämpligare om medlaren var jurist och sedan anlitade sakkunniga efter behov, t.ex. en byggnadsingenjör. Gällande detta, se även *Skogsberg*, Advokaten 6/1994, s. 249.

¹¹⁶ Se *Lindell*, Civilprocessen, s. 687. Lindell konstaterar att det i prop. 1986/87:89, s. 207 framhålls att ”i princip” ingen som inte godtas av båda parterna bör utses. Lindell intar dock en mera absolut ståndpunkt och konstaterar att om ena parten bestämt motsätter sig en viss person bör det inte komma i fråga att utse denna till medlare.

¹¹⁷ Se prop. 1986/87:89, s. 207–208.

¹¹⁸ Se prop. 1986/87:89, s. 208. Se även *Lindell*, Civilprocessen, s. 679.

¹¹⁹ Se prop. 1986/87:89, s. 208. Detta har tolkats så att förarbetena bygger på en uppfattning om medlaren som domare. Se *Lindell*, Civilprocessen, s. 679. Lindell understryker dock att medlaren inte nödvändigtvis behöver värdera parternas ståndpunkter, varför han eller hon heller inte behöver ha några särskilda kunskaper. Det väsentliga är inte medlarens kunskaper utan hans eller hennes förmåga att hjälpa parterna i deras förhandlingar.

¹²⁰ Se t.ex. SOU 1982:26, s. 157, där det konstateras att medlaren kan arbeta under förutsättningen att aldrig mer behöva ta befattning med tvisten. Samma framgår också implicit av *Brolin m.fl.*, som konstaterar att en fördel som medlaren har i förhållande till rättens ordförande är att medlaren står fri från risken att bli jävig. Se *Brolin m.fl.*, Tvistemålsprocessen I, s. 137.

kan komma att döma i målet gör att hans eller hennes ställning är betydligt mindre ömtålig än domarens.¹²¹

Parterna betalar kostnaderna för den särskilda medlingen.¹²² Om rättshjälp har beviljats står staten för kostnaderna.¹²³ Medlaren har rätt till skälig ersättning för arbete, tidsspillan och utlägg.¹²⁴ På grund av medlingens natur bör avvägningen av vad som utgör skälig ersättning i ett medlingsmål grunda sig på omständigheterna i det enskilda fallet i ännu högre grad än i andra mål.¹²⁵

Av stadgandet om särskild medling framgår inte vid vilken tidpunkt den särskilda medlingen bör ske. I svensk rättslitteratur går åsikterna om vilken som är den lämpligaste tidpunkten för den särskilda medlingen i sär. Det har anförts att ett mål bör remitteras till särskild medling innan förberedelsen framskridit alltför långt eftersom vinsterna med en lyckad medling då blir stora.¹²⁶ Det har emellertid även anförts att målet borde remitteras till särskild medling först då parterna och domaren har haft tid att bilda sig en klar uppfattning om målet.¹²⁷ Om så är fallet infaller den särskilda medlingen i ett rätt sent skede av rättegången, ofta i slutet av förberedelsen.¹²⁸ Detta leder självfallet bl.a. till att parternas kostnader ökar och att deras respektive positioner låser sig, vilket kan

¹²¹ Se t.ex. *Lindell*, Civilprocessen, s. 678. Lindell konstaterar uttryckligen att ”Eftersom medlaren i sin verksamhet inte är lika bunden som domaren av rättsregler och rättsliga överväganden kan han eller hon laga efter lägligheten.”

¹²² Se *Lindell*, Civilprocessen, s. 679.

¹²³ Detta baserar sig på 42 kapitlet 18 § svenska rättegångsbalken. Det är dock skäl att notera att ersättningsregeln gäller endast om medlaren har utsetts av rätten enligt stadgandet om särskild medling, dvs. 42 kapitlet 17 § svenska rättegångsbalken. Ersättningen beslutas av rätten och skall utbetalas även om endast den ena parten beviljats rättshjälp.

¹²⁴ Se *Lindell*, Civilprocessen, s. 683. Lindell konstaterar *à propos* skälig ersättning att timkostnadsnormen inte utan vidare kan användas på medlaren eftersom denna norm bygger på de genomsnittliga kostnaderna för att bedriva advokatverksamhet (inklusive kostnader för löner, lokaler o.dyl.).

¹²⁵ Se *Lindell*, Civilprocessen, s. 683.

¹²⁶ Se SOU 1982:26, s. 160 och prop. 1986/87:89, s. 208. Se även *Lindell*, Civilprocessen, s. 680–681. Lindell anför ett flertal argument för att medlingen skall inledas så tidigt som möjligt, bl.a. att sannolikheten för en snabb lösning av tvisten är högre innan tvisten hunnit eskalera. Lindells resonemang hänvisar uppenbarligen dock inte till särskild medling utan till medling på ett mera allmänt plan, eftersom han nämner att medling helst bör aktualiseras redan innan stämning väckts. Denna möjlighet existerar givetvis inte i fråga om särskild medling, vilken kräver att målet är anhängigt vid domstol.

¹²⁷ Se SOU 1982:26, s. 160 och prop. 1986/87:89, s. 208. Detta anses förutsätta antingen att ett förberedande sammanträde hållits eller att parternas ståndpunkter tillräckligt framgått av den skriftliga förberedelsen. Se även *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 67 och 70. Enligt *Ekelöf m.fl.* bör domaren som regel inte ta några förlikningsinitiativ förrän i slutet av förberedelsen. Det är också först då det kan bli aktuellt att förordna en medlare.

¹²⁸ Se *Brolin m.fl.*, Tvistemålsprocessen I, s. 139, där det uttryckligen konstateras att målet borde remitteras till särskild medling först när sammanträde hållits. Jfr dock *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 126 och samma, Civilprocessen, s. 681. Lindell framhåller att frågan om särskild medling borde aktualiseras redan efter en summarisk genomgång av om målet lämpar sig för medling och efter att parterna hörts.

försvåra medlingen. Särskild medling har kritiserats just på denna grund.¹²⁹

Svenska rättegångsbalken innehåller heller inget uttryckligt stadgande som gäller möjligheterna att stadfästa en förlikning som uppkommit i särskild medling. Eftersom förlikningar som uppkommer vid särskild medling ofta bygger på skälighetsaspekter snarare än på gällande rätt kan man givetvis fråga sig om en sådan förlikning över huvudtaget kan stadfästas. Motsvarande diskussion har förts i fråga om förlikningar till följd av domarens förlikningsverksamhet med kontentan att domstolen måste stadfästa även förlikningar som inte är i enlighet med materiell rätt.¹³⁰ Samma resonemang torde kunna tillämpas också i fråga om särskild medling.

Den särskilda medlingen kompletterar domarens förlikningssträvanden vid rättegången, vilka även de regleras i 42 kapitlet 17 § svenska rättegångsbalken. Den särskilda medlingen har dock använts relativt sparsamt.¹³¹ Orsakerna till detta har bl.a. ansetts vara att domarens förlikningssträvanden och den särskilda medlingen till sitt innehåll ligger för nära varandra, vilket i sin tur åtminstone delvis beror på att lagberedningen bygger på en uppfattning att medlaren skall agera på samma sätt som en domare.¹³² Det har dock anförts att det finns väsentliga skillnader mellan domarens och medlarens roller.¹³³ Detta tar sig uttryck bl.a. i det faktum att en medlare inte anses behöva värdera parternas ståndpunkter. Eftersom det emellertid i allmänhet är domare som fungerar som medlare har det ansetts kunna vara svårt för dem att kasta av sig sin domarroll.¹³⁴

Trots den kritik som riktats mot den särskilda medlingen har det också höjts röster för att utöka användningen av rättsinstitutet.¹³⁵ På detta sätt kunde man

¹²⁹ Se *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 126.

¹³⁰ Gällande domarens förlikningssträvanden konstateras i svensk litteratur att domstolen i princip skall stadfästa förlikningar endast till den del de gäller frågor som varit föremål för rättegången. Det har dock ansetts att det i vissa fall kan finnas skäl att stadfästa också förlikningar som inte beaktar den materiella rätten till alla delar utan som är en helhetsuppgörelse mellan parterna, där utomrättsliga faktorer delvis beaktas och där det inte spelar någon roll vem som har rätt och fel. Se prop. 1986/87:89, s. 110–114. Här betonas att domstolen måste stadfästa även förlikningar som inte är i enlighet med materiell rätt och att detta inte hindrar den materiella rättens genomslagskraft i samhället. Se även *Brolin m.fl.*, Tvistemålsprocessen I, s. 121.

¹³¹ Se t.ex. SOU 1982:26, s. 157, *Widebeck*, TSA 1976, s. 393 och *Admund*, Advokaten 8/1997, s. 17. Jfr dock prop. 1986/87:89, s. 114–115.

¹³² Se *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 118 och 121 och samma, Civilprocessen, s. 679. *Lindell* har även konstaterat att just det faktum att domaren i den svenska (och kontinentaleuropeiska) civilprocessen är betydligt aktivare än i *common law*-länderna och att denne följaktligen skall verka för att parterna förliks och utreda tvistiga frågor gör att efterfrågan på medling är betydligt mindre än i t.ex. USA, där domaren avhåller sig från materiell processledning. Se *Lindell* i Vänbok till Thorleif Bylund, s. 266–267. Gällande andra orsaker till att särskild medling används så sparsamt, se *Admund*, Advokaten 8/1997, s. 17.

¹³³ Se *Lindell*, Civilprocessen, s. 682.

¹³⁴ Se *Lindell*, Civilprocessen, s. 679.

¹³⁵ Se t.ex. *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 253. En uppfattning verkar även vara att användningen av medling i förmögenhetsrättsliga tvister ökat. Se *Lindell*, Civilprocessen, s. 650.

dra nytta av den potential den särskilda medlingen medför.¹³⁶ En särskild utredare har tillsatts sommaren 2005 för att utreda möjligheten att införa alternativa former för tvistlösning vid tingsrätterna. I direktiven till utredningen fastslås att utredningen skall belysa förutsättningarna för ett alternativt tingsrättsförfarande i tvistemål och överväga hur förfarandet bör utformas.¹³⁷ Enligt direktiven skall förfarandet kunna användas i dispositiva tvistemål och förfarandets ledstjärnor skall vara frivillighet, snabbhet, partsinflytande och flexibilitet. I direktiven konstateras uttryckligen att utredningen skall analysera orsakerna till att särskild medling inte är så vanligt förekommande i Sverige. Utredningen skall också ta ställning till om det bör vidtas några åtgärder, t.ex. lagändringar, för att få till stånd en ökad användning av medlingsinstitutet. Uppdraget skall redovisas senast 28.2.2007.

¹³⁶ Se t.ex. *Admund*, Advokaten 8/1997, s. 17. Admund konstaterar att ett medlingsförfarande aldrig kan göra processen värre än den redan är. För att utöka användningen av särskild medling har man också i Sverige påbörjat ett småskaligt försök som motsvarar den norska rettsmeklingen, se SOU 2001:103, s. 298–299 där en försöksverksamhet mellan Katrineholms och Nyköpings tingsrätter beskrivs.

¹³⁷ Se Dir. 2005:77.

3 Domstolsanknuten medling – särdrag och diskussion

3.1 INLEDNING

De presenterade förfarandena – finsk medling i tvistemål, norsk *rettsmekling* och svensk särskild medling – är exempel på hur domstolsanknuten medling kan utformas i praktiken. I det följande kommer jag att jämföra de ifrågavarande förfarandena för att på basis av detta dra slutsatser om vilka den domstolsanknutna medlingens särdrag är. Denna granskning är ämnad att fungera som bas för granskningen av vilka förfarandegarantier som bör tryggas vid domstolsanknuten medling.

För att kunna fastställa vilka som är den domstolsanknutna medlingens centrala karakteristika har jag valt att granska ett antal variabler. Dessa är (i) vilket som är förfarandets syfte och i vilka typer av mål förfarandena används, (ii) vilka som är förutsättningarna för förfarandena, (iii) vilka personer som kan utses till medlare, (iv) hur kostnaderna för förfarandena regleras samt (v) vid vilken tidpunkt förfarandena aktualiseras. Att jag valt just dessa variabler grundar sig på att jag på ett så fullständigt sätt som möjligt vill belysa vilka de centrala elementen i domstolsanknuten medling är. Även om en granskning av t.ex. kostnadsregleringen eller förfarandets tidpunkt eventuellt inte kan anses ha någon direkt anknytning till förfarandegarantierna är dessa variabler av avgörande betydelse för hur den domstolsanknutna medlingen i praktiken utformas. Därför har de också enligt mitt förmenande relevans för den kommande granskningen av förfarandegarantierna.

3.2 SYFTE OCH TYP AV MÅL

Granskningen av finsk medling i tvistemål, norsk *rettsmekling* och svensk särskild medling ger vid handen att synen på den domstolsanknutna medlingens syfte verkar vara relativt likriktad. Samtliga utgår från att förfarandets primära syfte är att nå en förlikning. I 2 § lagen om medling i tvistemål uttrycks detta som att förfarandet har som syfte att eftersträva en uppgörelse i godo. Förfarandets fokus verkar därmed ligga på parternas intressen och vilja att bilägga tvisten. Detta avspeglas självfallet också i vilken roll medlaren har i förfarandet. Medlarens uppgift är inte att avgöra vilka parternas rättigheter och skyldigheter är på basis av framlagd bevisning, utan att under-

lätta parternas förhandlingar och få dem att närma sig varandra.¹³⁸

Det faktum att det primära syftet med domstolsanknuten medling är att uppnå en förlikning medför att rättsinstitutet aktualiseras främst i dispositiva mål, dvs. mål där parterna kan ingå förlikning.¹³⁹ Såväl rettsmekling som särskild medling tillämpas enbart i dispositiva mål. På denna punkt avviker den finska regleringen emellertid. Lagen om medling i tvistemål möjliggör nämligen medling i tvistemål i såväl dispositiva som indispositiva mål. Vid sidan av förfarandets primära syfte att uppnå en uppgörelse i godo är syftet också att få parterna att närma sig varandra. Utgående från detta synsätt kan förfarandet vara ändamålsenligt även om någon förlikning inte uppnås.¹⁴⁰ Av detta följer att finsk medling i tvistemål inte begränsas till dispositiva mål utan kan genomföras också i indispositiva mål eller i mål som innehåller indispositiva element.¹⁴¹

Frågan om huruvida domstolsanknuten medling skall möjliggöras i endast dispositiva mål eller i såväl dispositiva som indispositiva mål är intressant. Å ena sidan kan man förfäktat åsikten att det är oändamålsenligt att tillämpa ett förfarande vars primära mål är att nå en förlikning på mål i vilka parterna inte kan ingå någon förlikning. Å andra sidan är det svårt att bortse från det faktum att det även i indispositiva mål kan finnas fördelar med att försöka få parterna att närma sig varandra. Detta torde gälla särskilt t.ex. vårdnads mål, i vilka parterna visserligen inte kan ingå en förlikning utan domstolens medverkan, men i fråga om vilka man kunnat konstatera att lösningar som parterna själva arbetat sig fram till och godkänt ofta är mera hållbara än lösningar som påförts utifrån. Det kan därför knappast skada att möjliggöra domstolsanknuten medling också i indispositiva mål.

Frågan om den domstolsanknutna medlingens tillämplighet på såväl dispositiva som indispositiva mål åskådliggör en intressant frågeställning. Inom civilprocessen har man traditionellt systematiserat mål utgående från dikotomin dis-

¹³⁸ Trots detta ger 6 § 2 mom. lagen om medling i tvistemål möjlighet att lägga fram utredningar under förfarandet. Detta motiveras med att det för att uppfylla medlingens syfte, dvs. nå en uppgörelse i godo, tidvis kan vara lämpligt att lägga fram olika typer av utredningar. Gällande detta, se RP 114/2004, s. 34–35.

¹³⁹ I ett dispositivt mål kan parterna således som regel ingå förlikning med vilket innehåll de vill, oberoende av hur målet rättsligt skulle avgöras. De dispositiva målen präglas således av dispositionsprincipen – parterna har rätt att själva avstå från att åberopa vad de vill i sitt mål och domstolen har ingen skyldighet – eller ens möjlighet att utreda vad som vore ett materiellt riktigt slutresultat.

¹⁴⁰ Se RP 114/2004, s. 27. Det är skäl att notera att syftet med medling i tvistemål definieras vara att eftersträva en förlikning, inte att de facto uppnå en. En semantisk tolkning ger vid handen att medlingen således kan uppnå sitt syfte även om någon förlikning inte uppnås.

¹⁴¹ Av hävd har sådana mål där förlikning är tillåten definierats som dispositiva mål, medan sådana mål där förlikning inte är tillåten har definierats som indispositiva mål. I rättslitteraturen har man betonat myndighetens medverkan för att uppnå en laglig rättsföljd. Om ett slutgiltigt avgörande inte kan fås till stånd enbart genom ett avtal mellan parterna har målet ansetts vara indispositivt. Se RP 107/1998.

positiva / indispositiva mål. Den domstolsanknutna medlingen utmanar emellertid denna traditionella systematik, eftersom man kan se fördelar med förfarandet såväl i dispositiva som indispositiva mål. Man kan eventuellt till och med ifrågasätta huruvida indelningen i dispositiva och indispositiva mål är adekvat i fråga om domstolsanknuten medling.¹⁴²

3.3 FÖRUTSÄTTNINGAR

Förutsättningarna för domstolsanknuten medling kan granskas utgående från två parametrar. För det första kan man granska vilken betydelse parternas samtycke till förfarandet ges i Finland, Norge och Sverige. För det andra kan man granska huruvida domstolen ges någon prövningsrätt i fråga om vilka tvister som kan bli föremål för domstolsanknuten medling.

3.3.1 Parternas samtycke till förfarandet

Då det gäller betydelsen av parternas samtycke föreligger det vissa skillnader. Vid medling i tvistemål är parternas samtycke en absolut förutsättning för att förfarandet skall kunna inledas. Detta framgår av 4 § 3 mom. lagen om medling i tvistemål. I den norska *rettsmeklingen*, däremot, är kravet på parternas samtycke inte lika absolut. Visserligen skall domstolen lägga vikt vid parternas inställning till rettsmeklingen, men till skillnad från finsk medling i tvistemål är kravet således inte absolut. Att domstolen skall lägga vikt vid parternas inställning gör det möjligt för domstolen att remittera ett mål till rettsmekling trots att parterna motsätter sig det. I det svenska stadgandet om särskild medling i sin tur nämns inte att parternas samtycke skulle vara en förutsättning för särskild medling. Som ovan nämnts har man i svensk rättslitteratur ansett att ett mål i praktiken inte skulle kunna remitteras till särskild medling utan parternas samtycke.

Såväl medling i tvistemål som särskild medling utgår således från att parternas samtycke skall vara en utslagsgivande förutsättning för domstolsanknuten medling. Det är dock skäl att notera att detta inte innebär att parterna inte skulle kunna återkalla samtycket i ett senare skede. I medling i tvistemål kan parterna tvärtom när som helst avbryta förfarandet utan att anföra skäl.

Den norska utgångspunkten – som visserligen ifrågasatts i rättslitteraturen –

¹⁴² Det är här även skäl att konstatera att gränserna mellan dispositiva och indispositiva mål har suddats ut. Det som från början eventuellt varit en klar kategorisering är numera minst sagt grumligt. Det förekommer allt flera mål som uppvisar såväl dispositiva som indispositiva element. Gällande dessa s.k. blandmål, se *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 293.

har motiveras med att det kan finnas mål där parterna eller någon av tvisten berörd person (t.ex. ett barn) har intresse av att förfarandet inleds trots att parterna inte samtycker. Man kan t.ex. tänka sig en situation där bägge parter eller den ena av dem initieellt ställer sig skeptiska till domstolsanknuten medling trots att det är uppenbart att målet lämpar sig för medling och att förfarandet således skulle vara i parternas intresse.

Den norska utgångspunkten kan ifrågasättas ur såväl pragmatisk som teoretisk synvinkel. Ur pragmatisk synvinkel kan man framhålla att den domstolsanknutna medlingens primära syfte är att nå en uppgörelse i godo, dvs. en förlikning. Att en förlikning skulle kunna uppnås i ett förfarande där den ena parten tvingas medverka förefaller inte särskilt sannolikt. Det förefaller därför föga ändamålsenligt att ge domstolen möjlighet att remittera mål till domstolsanknuten medling mot parternas vilja.

En annan pragmatisk synpunkt är att möjligheten att inleda förfarandet utan parternas samtycke ökar risken för tvångsförlikningar. Trots att medlaren inte har några officiella maktbefogenheter säger det sig självt att han eller hon genom sin blotta auktoritetsposition och med beaktande av parternas ofta trängda läge kan tvinga fram en uppgörelse mot parternas vilja. En part fattar visserligen alltid i sista hand själv beslut om huruvida han eller hon vill ingå förlikning, men det faktum att förfarandet inlemts utan partens samtycke kan de facto minska partens uppfattning om att han eller hon själv kan påverka utgången. Också ur denna synvinkel ter sig den norska lösningen oändamålsenlig.

Ur teoretisk synvinkel kan den norska utgångspunkten ifrågasättas med hänvisning till den domstolsanknutna medlingens starka systematiska anknytning till alternativ tvistlösning. Just parternas rätt att själva fatta beslut om huruvida de vill delta i förfarandet brukar framhållas vara en av den alternativa tvistlösnings ledstjärnor.¹⁴³ Man kan med fog fråga sig om ett förfarande som tummar på frivilligheten – vilket den norska regleringen gör – inte ger avkall på en central del av tvistlösningsmetodens innersta väsen.

Den kritik som man utgående från såväl pragmatisk som teoretisk synpunkt kan rikta mot rettsmekling är svår att bortse från. Att i stället, som i Finland och Sverige, utgå från att parternas samtycke bör vara en absolut förutsättning för domstolsanknuten medling förefaller därigenom som en mera befogad utgångspunkt.

¹⁴³ Det är här skäl att notera att det norska förfarandet på inget sätt är unikt. Trots att användandet av tvång vid alternativ tvistlösning är starkt ifrågasatt finner man särskilt i fråga om domstolsanknuten medling förfaranden av mer eller mindre obligatorisk karaktär. Det kan t.ex. röra sig om modeller där remittering till domstolsanknuten medling sker oberoende av parternas vilja och utan att domstolen har någon prövningsrätt i frågan. Se *Boulle, Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 188–192.

3.3.2 Domstolens rätt att pröva om förfarandet skall inledas

De presenterade exemplen uppvisar något olika lösningar också i fråga om vilken rätt domstolen ges att pröva om domstolsanknuten medling skall inledas. Medling i tvistemål förutsätter uttryckligen att domstolen anser att saken är lämplig för medling och att medling också i övrigt är ändamålsenlig med hänsyn till parternas yrkanden. Detta framgår av 3 § lagen om medling i tvistemål. Stadgandena om *rettsmekling*, i sin tur, utgår från att domstolen då den beslutar om rettsmekling skall lägga vikt vid möjligheterna att uppnå en förlikning eller en förenkling av saken. Domstolen skall också beakta skäl som talar mot rettsmekling, t.ex. skillnader i styrkeförhållande mellan parterna och kostnaderna för rettsmeklingen.¹⁴⁴ Vad slutligen gäller särskild medling skall denna enligt svenska rättegångsbalken genomföras i dispositiva mål där särskild medling med hänsyn till målets beskaffenhet ter sig lämpligare än medling ledd av domaren.

Samtliga exempel på domstolsanknuten medling ger alltså domstolen en viss prövningsrätt i fråga om huruvida förfarandet skall inledas eller inte. Det är på denna punkt värt att notera att domstolens prövningsrätt inte utesluts av kravet på parternas samtycke, vilket granskats i föregående avsnitt. Oberoende av om parternas samtycke är en absolut förutsättning för förfarandet eller inte har domstolen således en fristående vetorätt: om domstolen motsätter sig förfarandet har parterna ingen möjlighet att få målet remitterat till domstolsanknuten medling.

I de ovannämnda exemplen på domstolsanknuten medling skiljer man mellan lämplighetsprövning och ändamålsenlighetsprövning. Enligt 3 § lagen om medling i tvistemål skall domstolen genomföra såväl en lämplighetsprövning som en ändamålsenlighetsprövning. Domstolen skall för det första pröva om saken är lämplig för domstolsanknuten medling. Lämplighetsprövningen bör göras med hänsyn till ärendets beskaffenhet, dvs. enligt det som ärendet gäller.¹⁴⁵ I fråga om dispositiva mål konstateras i motiveringarna till lagen om medling i tvistemål att medlingen sannolikt kommer att främja en uppgörelse i godo

¹⁴⁴ Som ovan nämnts innehåller förslaget till ny tvistelov ytterligare två uttryckliga exempel på skäl som talar mot rettsmekling, nämligen tidigare medlingsförsök och andra omständigheter som gör rettsmeklingen betänklig. Båda tilläggen kan anses befogade. Tidigare vittgående medlingsförsök som inte resulterat i en förlikning minskar sannolikheten för att rettsmeklingen leder till resultat. Dessutom kan det vara svårt att på förhand avgöra i vilka situationer rettsmekling är olämplig, varför ett öppet stadgande av föreslagen art kan anses vara på sin plats.

¹⁴⁵ Se RP 114/2004, s. 28. Noteras bör att propositionen (såväl i sin finska som i sin svenska språkdräkt) i detta sammanhang talar om att medling skall vara ändamålsenlig och inte lämplig. Det torde här dock röra sig om ett misstag – det ifrågavarande stället i propositionen behandlar nämligen den del av lagen om medling i tvistemål som gäller lämplighetsprövningen. Jag har därför utgått från att man i propositionstexten på detta ställe avsett lämplig i stället för ändamålsenlig.

och att domstolsanknuten medling därför i princip är lämplig.¹⁴⁶ I fråga om indispositiva mål konstateras att medlingen även i dessa kan medföra fördelar. Då domstolen skall ta ställning till om en sak är lämplig för medling skall den försäkra sig om att tvisten inte är så tillspetsad eller parternas positioner så låsta att det inte finns förutsättningar för domstolsanknuten medling.¹⁴⁷ För det andra skall domstolen pröva om domstolsanknuten medling är ändamålsenlig. Denna prövning skall göras med hänsyn till parternas yrkanden.

I den norska regleringen används inte uttryckligen begrepp som lämplig och ändamålsenlig i fråga om domstolens prövningsrätt. Som ovan nämnts utgår stadgandena om rettsmekling från att domstolen skall lägga vikt vid möjligheterna att uppnå en förlikning eller en förenkling av saken och att domstolen skall beakta skäl som talar mot rettsmekling. Man kan hänföra dessa synpunkter till en ändamålsenlighetsprövning: domstolen prövar om förfarandets syfte eller ändamål – en förlikning – kan uppnås. Även det faktum att domstolen bör beakta motskäl (t.ex. att styrkeförhållandet mellan parterna är ojämnt) talar för att det är fråga om en ändamålsenlighetsprövning.

Den svenska regleringen, i sin tur, innefattar en lämplighetsprövning enligt vilken särskild medling skall genomföras i mål där sådan medling med hänsyn till målets beskaffenhet ter sig lämpligare än medling ledd av domaren.¹⁴⁸ Precis som i medling i tvistemål skall lämplighetsprövningen också på basis av stadgandet i svenska rättegångsbalken ske utgående från målets beskaffenhet. Som exempel på mål där särskild medling med hänsyn till målets beskaffenhet ter sig lämpligare än medling ledd av domaren har nämnts komplicerade mål med stora skillnader mellan parternas åsikter. Mål där särskild medling inte anses vara lämplig är t.ex. mål där det finns anledning att misstänka att den ena parten tänker använda medlingen för att förbättra sin egen position i en kommande rättegång eller där parterna inte själva vill medverka.

Eftersom syftet med domstolsanknuten medling – att nå en förlikning – kan uppnås endast med parternas aktiva medverkan kan man ifrågasätta om det är motiverat att ge domstolen rätt att avgöra vilka mål som skall remitteras till domstolsanknuten medling. Eftersom målet med förfarandet är att nå en uppgörelse utgående från parternas premisser kan man framhålla att parternas uttryckliga begäran om domstolsanknuten medling borde vara en tillräcklig förutsättning för att medlingen skulle inledas. Detta accentueras särskilt i disposi-

¹⁴⁶ Även här används begreppet ändamålsenlig i propositionstexten trots att man torde avse begreppet lämplig.

¹⁴⁷ Se RP 114/2004, s. 29. Det bör emellertid noteras att det ofta kan vara mycket svårt, för att inte säga omöjligt, att på förhand avgöra om parternas positioner är så låsta att domstolsanknuten medling inte skulle kunna resultera i en uppgörelse i godo – det kommer i stor utsträckning att bero på hur skicklig medlaren är.

¹⁴⁸ Med medling ledd av domaren avses här den svenska motsvarigheten till domarens förlikningsverksamhet.

tiva mål, vilka präglas av parternas möjlighet att när som helst ingå förlikning med det innehåll de själva önskar. Också det faktum att förfarandet präglas av parternas möjlighet att påverka hur förfarandet utformas talar för att parternas åsikt bör vara utslagsgivande.

Mot en dylik tolkning talar det faktum att den domstolsanknutna medlingen sker i anknytning till rättsskipningen. Det förefaller otänkbart att en domstol skulle fatta beslut om att inleda domstolsanknuten medling i ett mål där det är uppenbart att parternas rättsskydd kräver att målet avgörs genom dom. Förfarandets anknytning till rättsskipningen talar för att domstolen skall kunna förhindra domstolsanknuten medling, även i fall där parterna unisont önskar domstolsanknuten medling. Särskilt den lämplighetsprövning som domstolen i medling i tvistemål och särskild medling skall utföra kan ses som ett uttryck för att domstolen skall fungera som en garant för att förfarandet inte äventyrar parternas rättsskydd. Det säger dock sig självt att utrymmet för en lämplighetsprövning bör vara begränsat i dispositiva mål. I indispositiva mål förefaller en lämplighetsprövning däremot mera motiverad.

Utgående från ovannämnda resonemang kan man alltså motivera att domstolen ges en viss rätt att pröva om ett mål lämpar sig för domstolsanknuten medling. Att ge domstolen möjlighet att utföra en ändamålsenlighetsprövning – vilket är möjligt i Finland och Norge – förefaller inte lika lätt att motivera. För att medling i tvistemål skall kunna inledas bör domstolen, i tillägg till att målet är lämpligt, anse att medling också i övrigt är ändamålsenlig med hänsyn till parternas yrkanden. Vad som avses med uttrycket ”ändamålsenlig med hänsyn till parternas yrkanden” framgår inte tydligt av förarbetena. Ändamålsenligheten bör dock enligt mitt förmenande knytas till medlingens ändamål eller syfte, vilket enligt 2 § lagen om medling i tvistemål är att eftersträva en uppgörelse i godo.

Motiveringarna till lagen om medling i tvistemål hänvisar också uttryckligen till parternas yrkanden – ändamålsenligheten skall bedömas utgående från dessa.¹⁴⁹ Utgående från detta synsätt torde medling i tvistemål således vara oändamålsenlig i tvister där det på basis av parternas yrkanden framgår att man inte kommer att kunna eftersträva en uppgörelse i godo. Man kan dock fråga sig om denna situation någonsin aktualiseras i praktiken. Ofta är yrkandena mycket kortfattade och det kan på basis av dem vara mycket svårt att sluta sig till om

¹⁴⁹ Det faktum att ändamålsenlighetsprövningen skall göras med parternas yrkanden som utgångspunkt är intressant med tanke på förfarandets natur. I motiveringarna till lagen om medling i tvistemål konstateras nämligen uttryckligen att medling i tvistemål skall inledas i ett tidigt skede av tvisten – eventuellt till och med innan tvisten alls är anhängig vid domstol. Detta innebär självfallet automatiskt att parternas yrkanden ännu inte är så definierade. I propositionen utgår man visserligen från att parterna också vid medling i tvistemål måste precisera sina yrkanden så mycket att domstolen utgående från dessa kan avgöra om det är fråga om ett sådant tvistemål som nämns i lagens 1 § om tillämpningsområdet för lagen. Man kan med fog fråga sig om domstolen i ett tidigt skede av tvisten och på basis av relativt ospecificerade yrkanden över huvudtaget kan bedöma detta.

det finns möjlighet att eftersträva en uppgörelse i godo eller inte. Snarare torde det i merparten av alla mål vara så att möjligheterna att eftersträva en uppgörelse i godo avgörs snarare utgående från parternas vilja än från hur yrkandena är utformade.

Som exempel på mål där medling i tvistemål vore oändamålsenlig nämns i den finska propositionen för det första tvister där den ena parten har uppenbart berättigade rättssäkerhetsförväntningar, vilka bäst kan uppfyllas genom ett domstolsavgörande som baserar sig på gällande rätt.¹⁵⁰ För det andra nämns tvister där styrkeförhållandet mellan parterna är ojämnt och där det av denna anledning är möjligt att den ena partens intressen inte blir ändamålsenligt bevakade vid medling i tvistemål.¹⁵¹ För det tredje nämns tvister som är så ostrukturerade att de inte lämpar sig för medling i tvistemål.¹⁵²

Gällande de två första grupperna av mål – mål där den ena parten har motiverade rättssäkerhetsförväntningar och mål där parterna är ojämlika – kan man fråga sig om det faktiskt är fråga om ändamålsenlighetsprövning i egentlig mening. De nämnda grupperna av mål torde snarare påkalla en lämplighetsprövning än en ändamålsenlighetsprövning, eftersom bägge hänför sig till parternas behov av rättsskydd och inte till frågan huruvida syftet med medling i tvistemål uppfylls. Bägge grupperna av mål torde dock vara goda exempel på situationer där medling i tvistemål inte är lämplig.

Vidare kan man gällande den tredje gruppen av mål – att målet är ostrukturerat – ifrågasätta huruvida detta verkligen gör medlingen oändamålsenlig. Att målet är ostrukturerat bör visserligen hänföras till en ändamålsenlighetsprövning men de facto torde domstolsanknuten medling vara en ypperlig metod just för att strukturera en tvist som är ostrukturerad.¹⁵³ Att godkänna sådana tvister för medling i tvistemål som uppenbart inte skulle lämpa sig för handläggning i

¹⁵⁰ Se RP 114/2004, s. 18. I propositionen konstateras särskilt att medling i tvistemål inte skall användas på ett sådant sätt att en parts tillgång till de rättigheter parten har enligt rättsordningen fördröjs eller förhindras. Detta gäller särskilt i fall där motpartens agerande kan klandras och där han eller hon uppsätligen kränkt den andra partens rättigheter. Se RP 114/2004, s. 29.

¹⁵¹ Se RP 114/2004, s. 29.

¹⁵² Enligt propositionen måste en tvist ha sitt ursprung i ett visst rättsförhållande eller så måste meningsskiljaktigheterna kunna formuleras som sådana krav som avser rättsliga påföljder för att det skall vara ändamålsenligt att behandla en tvist vid domstol. Se RP 114/2004, s. 20. På denna punkt bör noteras att trots att den svenskspråkiga översättningen talar om ”en tvist för vilken det vore lämpligt med medling uttryckligen i domstol” avses här inte en lämplighetsprövning utan en ändamålsenlighetsprövning. Detta framgår av sammanhanget samt av det faktum att den finskspråkiga texten talar om ”*riitaa, jonka sovittelu nimenomaan tuomioistuimessa olisi paikallaan*”.

¹⁵³ Det säger sig självt att tvister som anses vara så ostrukturerade att medling anses oändamålsenlig knappast heller kunde behandlas i rättegångsförfarande. På denna punkt skiljer sig således detta tredje i propositionen nämnda ändamålsenlighetshinder från de två andra – parternas rättssäkerhetsanspråk och parternas ojämlighet – gällande vilka utgångspunkten är att det vore ändamålsenligare att handlägga tvisten i rättegångsförfarande. Såsom också konstateras i propositionen blir det tredje hindret aktuellt främst i fråga om mål som ännu inte är anhängiga vid domstol. Se RP 114/2004, s. 29.

rättegångsförfarande skulle också göra förfarandet till ett verktyg för att förbättra medborgarnas tillgång till rättsskydd: medling i tvistemål kunde bli en tvistlösningsmetod i mål för vilka det annars inte finns någon rättsväg.

Behovet av en ändamålsenlighetsprövning i dispositiva mål kan ifrågasättas i betydligt högre grad än i fråga om lämplighetsprövning. Eftersom ändamålsenlighetsprövningen hänför sig till huruvida förfarandets syfte, dvs. att nå en uppgörelse i godo, uppfylls kan man anse att parternas vilja borde ges avgörande betydelse på denna punkt – huruvida någon förlikning uppkommer är ju i sista hand beroende av parternas vilja. Det är således i hög grad parterna själva som kan påverka om förfarandet är ändamålsenligt eller inte. Man kan därför med fog fråga sig om någon ändamålsenlighetsprövning från domstolens sida alls är påkallad i dispositiva mål.

Medling i tvistemål är möjlig också i mål som ännu inte är anhängiga. Detta medför givetvis en viss risk för att rättsskipningens resurser används för lösning av tvister som eventuellt saknar rättslig anknytning. Såväl lämplighets- som ändamålsenlighetsprövningen förefaller mera påkallade i denna typ av mål. I Norge och Sverige däremot utgår man från att domstolsanknuten medling skall ske endast i anhängiga mål och erbjuder ingen möjlighet att separat anhängiggöra mål för medling. För Norges del torde detta kunna motiveras med det faktum att man har förprocessuell medling i de s.k. *forliksråden*, vilka kan anses ersätta ett eventuellt behov för medling i icke-anhängiga tvister. Något motsvarande rättsinstitut finns inte i Finland eller Sverige.

För att summera det ovanstående kan man konstatera att domstolens rätt att pröva vilka mål som lämpar sig för medling i tvistemål kan försvaras på grund av förfarandets anknytning till rättsskipningen. Denna prövningsrätt bör användas sparsamt i dispositiva mål, vilka torde utgöra lejonparten av de mål där medling i tvistemål blir aktuell. I indispositiva mål kan en lämplighetsprövning vara mera påkallad. En ändamålsenlighetsprövning förefaller motiverad varken i dispositiva eller indispositiva mål.

3.3.3 Slutsats

Domstolsanknuten medling bygger i avgörande grad på parternas medverkan och vilja. Parternas samtycke bör därför ges avgörande betydelse för om ett mål remitteras till domstolsanknuten medling eller inte. I motsvarande grad bör också domstolens prövningsrätt inskränkas till att gälla huvudsakligen mål där den domstolsanknutna medlingen kan utgöra ett hot mot parternas rättsskydd. Detta sker lämpligen inom ramen för en lämplighetsprövning. Utgående från samma synpunkt torde det också finnas skäl att starkt ifrågasätta huruvida någon ändamålsenlighetsprövning alls är påkallad.

I rättslitteraturen har domstolsanknuten medling typifierats utgående från

hur stor betydelse parternas samtycke och domstolens prövningsrätt ges. För det första kan parternas samtycke vara en absolut förutsättning medan domstolen helt kan sakna prövningsrätt. Då avser man förfaranden där domstolen på eget initiativ föreslår, uppmuntrar eller rekommenderar medling utan att ha någon formell auktoritet till detta. För det andra kan parternas samtycke vara en absolut förutsättning samtidigt som domstolen har en viss prövningsrätt. För det tredje kan parternas samtycke vara en icke-absolut förutsättning medan domstolen fortsättningsvis kan ha en prövningsrätt gällande huruvida målet lämpar sig för medling eller inte. För det fjärde kan man avse förfaranden där parternas samtycke saknar betydelse men där domstolen heller inte har någon prövningsrätt. Man avser då förfaranden där mål alltid remitteras till medling oberoende av om de lämpar sig för medling eller inte och oberoende av parternas samtycke. Granskningen av de ovan presenterade exemplen ger vid handen att de alla placerar sig i samma kategori, dvs. den där domstolen har en viss prövningsrätt när det gäller vilka mål som skall remitteras till domstolsanknuten medling men att parternas samtycke ges stor praktisk betydelse trots att detta inte nödvändigtvis framgår av lagtexten.¹⁵⁴

3.4 MEDLAREN

3.4.1 Domare eller utomstående?

Samtliga presenterade förfaranden utgår från att en domare vid den domstol där målet är anhängigt skall kunna utses till medlare.¹⁵⁵ Eftersom medling i tvistemål innehåller en möjlighet att anhängiggöra ett mål uttryckligen för detta förfarande innebär detta att domare vid den domstol där medlingen separat anhängiggörs blir behöriga att handlägga målet.

Förfarandena divergerar i fråga om huruvida någon annan än en domare kan utses till medlare. Vid medling i tvistemål utesluts denna möjlighet – enligt 5 § 1 mom. lagen om medling i tvistemål kan enbart domare fungera som medlare.¹⁵⁶ I *rettsmekling*, däremot, kan medlaren förutom domare också vara en utomstående person med insikt i medling och/eller de frågeställningar som

¹⁵⁴ Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 188–192. Man kan givetvis tänka sig ytterligare variationer.

¹⁵⁵ Uppdraget som medlare kräver delvis nya färdigheter av domaren. Se RP 114/2004, s. 5. I litteraturen har framförts att de domare som skulle fungera som medlare bör få särskild utbildning för uppdraget. Se *Nuotio*, *Oikeus* 1999, s. 209. Detta betonades också särskilt av lagutskottet. Se LaUB 4/2005, s. 3.

¹⁵⁶ Boulle konstaterar utgående från ett australiensiskt exempel att det faktum att domstolarna i huvudsak remitterar mål till domstolsanknuten medling inför domare (till skillnad från medlare från andra yrkesgrupper) reflekterar rättssystemets strävan efter att kontrollera tvistlösningens utveckling. Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 192.

målet aktualiserar.¹⁵⁷ Likaså kan medlaren i Sverige vara någon annan än en domare.

Att också andra än domare skall kunna utses till medlare har ofta motiverats med att medlarens uppgift inte är att döma i målet utan att försöka få till stånd en förlikning på parternas villkor. Utgående från detta perspektiv kan det till och med vara till förfång att medlaren är domare – han eller hon kan ha svårt att lösgöra sig från sin domarroll, att så att säga ta av sig sina juridiska glasögon.¹⁵⁸ På ett mera generellt plan har det faktum att domare utses till medlare ansetts kunna bidra till att grumla uppfattningen om domarens och medlarens roller.¹⁵⁹ Man kan emellertid även hävda att domare bör anses lämpa sig särskilt bra som medlare med tanke på de särskilda krav på opartiskhet som ställs på domare.¹⁶⁰

På grund av de särskilda krav som den domstolsanknutna medlingen ställer på medlaren torde dennes personlighet de facto ofta spela en större roll än hans eller hennes utbildning. Utgående från detta kan man även förfäktat att medlaren inte nödvändigtvis ens behöver ha juridisk utbildning.¹⁶¹ Viktigt är emellertid att medlaren är särskilt utbildad för uppdraget samt behärskar de tekniker och det förfarande som medlingen förutsätter. Detta kan garanteras t.ex. genom ett krav på att medlare vid domstolsanknuten medling får förordnas endast från en fastställd förteckning över ackrediterade medlare.

Som motivering för att enbart domare enligt 5 § 1 mom. lagen om medling i tvistemål kan fungera som medlare vid medling i tvistemål anförs att detta är ändamålsenligt vid medling som förordnats av en domstol och att domare har goda förutsättningar att behandla konflikter.¹⁶² Enligt motiveringarna till lagen om medling i tvistemål är användningen av utomstående medlare förknippad med problem. För det första skulle en utomstående medlare generera kostnader för parterna.¹⁶³ För det andra skulle det vara problematiskt att anlita advokater

¹⁵⁷ I utkastet till ny *tvistelov* betonas ytterligare betydelsen av att medlaren också kan vara någon annan än en domare. Gällande detta, se t.ex. *Schei* i Festskrift till Per Henrik Lindblom, s. 595. *Schei* betonar särskilt att det har klara fördelar om medlaren varit någon annan än en domare i de fall då medlingen inte resulterar i en förlikning.

¹⁵⁸ För kritik av att domare fungerar som medlare vid rettsmekling, se t.ex. *Magnussen*, *Kritisk Juss* 1998, s. 359–367.

¹⁵⁹ Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 192. Se även *Austbø – Engebretsen*, *Mekling i rettskonflikter*, s. 38. *Austbø – Engebretsen* framhåller att medlarrollen tvivelsutan kräver andra egenskaper än domarrollen men att eftersom många av de grundläggande egenskaperna är gemensamma torde detta inte utesluta att domare kunde göra en god insats som medlare.

¹⁶⁰ Se bl.a. *von Koch*, *SvJT* 1981, s. 39. *von Koch* framför att domarens främsta fördel framom advokaten är att han eller hon är absolut oberoende: i sak, ekonomiskt och prestigemässigt.

¹⁶¹ Se dock här den kritik som framförts i *Brolin m.fl.*, *Tvistemålsprocessen I*, s. 139. Jfr dock *Norman*, *Medling*, s. 45 och 110–115.

¹⁶² Se RP 114/2004, s. 21 och 32 och LaUB 4/2005, s. 4.

¹⁶³ Enligt motiveringarna till lagen om medling i tvistemål skulle en utomstående person inte kunna förordnas till medlare utan att erhålla ett arvode. Detta arvode skulle betalas av parterna, vilket skulle öka kostnaderna. Se RP 114/2004, s. 21.

och allmänna rättsbiträden som medlare eftersom detta skulle innebära att ingendera parten kunde anlita ett biträde från den advokat- eller rättshjälpsbyrå som medlaren är anställd vid om medlingen misslyckades.¹⁶⁴

Lagens motiveringar förefaller inte övertygande på denna punkt. Vad för det första gäller motiveringen att en utomstående medlare skulle generera extra kostnader för parterna håller detta sannolikt streck. Dock kunde detta faktum lätt åtgärdas genom att man skulle förutsätta parternas samtycke för att utse en utomstående medlare. På detta sätt skulle parter som inte är beredda att bära den extra kostnaden inte utsättas för en sådan risk. Ett sådant tillvägagångssätt skulle också överensstämma med det faktum att medling i tvistemål i hög grad bör styras av parternas vilja.

Vad för det andra gäller motiveringen att utomstående medlare kunde förorsaka intressekonflikter bör framhållas att det visserligen är av yttersta vikt att inte parternas möjligheter att bli vederbörligen företrädna inskränks. Det är dock svårt att se något reellt hot på denna punkt. På de flesta orter finns det fler än en advokatbyrå, varför det förefaller osannolikt att medlingsuppdrag skulle minska tillgången på advokattjänster så att parternas möjligheter att bli vederbörligen företrädna skulle inskränkas. På orter där utbudet av advokattjänster är begränsat kan en intressekonfliktsituation även lätt uppkomma av andra orsaker.¹⁶⁵ Mot denna bakgrund förefaller de motiveringar som framförs i propositionen till lagen om medling i tvistemål svåra att godta.

Mot bakgrunden av den generella privatiseringstrend som kan skönjas inom rättsväsendet och som beskrivits ovan förefaller en monopolisering av medlaruppdragen överraskande. Samtidigt som man på annat håll – t.ex. inom konkursförfarandet och i rättegången i gemen – utlokaliserar domstolarnas uppgifter för att dessa skall kunna koncentrera sig på rättsskipningen går man alltså här i diametralt motsatt riktning.¹⁶⁶ Huruvida denna utveckling kan ses som ett medvetet ställningstagande mot privatiseringen av rättsväsendet är dock oklart.

3.4.2 Behovet av sakkunskap

En frågeställning som påverkar valet av medlare är vilket krav på sakkunskap som ställs på medlaren. Detta, i sin tur, sammanhänger med uppfattningen om vilken som är medlarens uppgift. Om man anser att medlarens primära uppgift

¹⁶⁴ Se RP 114/2004, s. 26.

¹⁶⁵ För rättshjälpsbyråernas del torde samarbetsarrangemang för att undvika intressekonfliktsituationer redan existera, varför lagens motiveringar inte förefaller berättigade heller i fråga om dessa.

¹⁶⁶ Strävan efter att fokusera domstolarnas verksamhet på rättsskipningen identifieras som en central trend i betänkandet av kommittén för utveckling av domstolväsendet. Se KB 2003:3, s. 132–155.

är att hjälpa parterna att nå en förlikning på ett allmänt plan är behovet av sakkunskap knappast särskilt stort. Om man däremot anser att medlaren också skall ha möjlighet att värdera tvisten och komma med lösningsförslag accentueras behovet av sakkunskap. Här återknyts alltså till diskussionen om facilitativ och evaluativ medling ovan i avsnittet gällande medling. Ju större element av värdering ett medlingsförfarande innefattar, desto större är också behovet av sakkunskap hos medlaren: att medlaren skulle värdera en tvist och ge ett lösningsförslag i en tvist där han eller hon på grund av bristande sakkunskap saknar förutsättningar för detta är knappast förenligt med parternas krav på rättskydd.

Med värdering av en tvist kan man avse olika saker. Man kan för det första avse en juridisk värdering, där medlaren alltså i hög grad utför samma uppgift som domaren i rättsskipningen, dvs. granskar argument och bevisning mot bakgrunden av gällande rätt. Man kan för det andra avse en substansvärdering – t.ex. i en byggnadstvist frågor om huruvida en entreprenad genomförts på vedertaget sätt. Det säger sig självt att en medlare som saknar juridisk utbildning knappast kan göra en juridisk värdering av tvisten medan en medlare som saknar kännedom om substansen knappast kan göra en substansvärdering.

Ett sätt att trygga tillgången på såväl juridisk kompetens som substanskompetens är att utse såväl en jurist som medlare som ett biträde med substanskompetens. Denna möjlighet finns uttryckligen både i Finland och Norge. I motive-ringarna till lagen om medling i tvistemål konstateras att biträdet innehållsmässigt kan sköta de flesta av de uppgifter som åvilar medlaren: biträdet kan bl.a. förhandla med parterna, särskilt i sådana frågor eller under sådana skeden i handläggningen som han eller hon har sakkunskap om.¹⁶⁷

Enligt 7 § lagen om medling i tvistemål skall medlaren i första hand bistå parterna i deras strävanden efter att nå samförstånd och en uppgörelse i godo. Medlaren ges dock även en möjlighet att värdera tvisten: medlaren kan göra en bedömning av tvisten och på parternas begäran eller med deras samtycke komma med förslag till förlikning. Samma utgångspunkt har anammats i Norge, där medlaren enligt försöksordningen har en uttrycklig möjlighet att ge ett förlikningsförslag. Av den norska regleringen framgår inte att parternas samtycke skulle krävas för förslaget. I den svenska lagtexten saknas motsvarande omnämnande men i förarbetena och rättslitteraturen har det framförts att medlaren vid särskild medling också bör kunna avge förlikningsförslag.¹⁶⁸ Samtliga pre-

¹⁶⁷ Se RP 114/2004, s. 33.

¹⁶⁸ Av förarbetena framgår att ett evaluativt element är utgångspunkten för den särskilda medlingen: det anförs att medlaren normalt inte behöver tveka att säga sin åsikt om sakfrågor och rättsfrågor eller att komma med ett konkret förlikningsförslag. Se prop. 1986/87:89, s. 208. Den evaluativa utgångspunkten har diskuterats av Lindell, som understryker att medlaren inte nödvändigtvis behöver värdera parternas ståndpunkter. Lindell utgår därigenom också från ett facilitativt element. Se *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 679.

senterade exempel accepterar således ett visst mått av värdering i förfarandet.¹⁶⁹

Det som talar för att domstolsanknuten medling skall kunna innefatta ett värderande element är att detta kan underlätta syftet med medlingen, dvs. att nå en uppgörelse i godo.¹⁷⁰ Det kan vara lättare för parterna att uppfatta de olika alternativa lösningar som finns för handen om medlaren pekar ut tvistens styrka och svaghet samt eventuellt ger en indikation av hur tvisten skulle avgöras inför domstol.

Det som i sin tur eventuellt kan anses tala emot ett evaluativt element vid domstolsanknuten medling är att detta kunde leda till att förfarandet i hög grad skulle sammanfalla med domarens förlikningsverksamhet. Man kan fråga sig om detta vore ändamålsenligt. Man kan emellertid också invända att det knappast vore till stort förfång även om den domstolsanknutna medlingen och domarens förlikningsverksamhet de facto skulle överlappa varandra. Eftersom bägge förfaranden har som främsta ledstjärna att parterna skall nå en överenskommelse i godo kan man därför även anse att alla förfaranden – överlappande eller inte – som strävar till en dylik lösning är berättigade.

För att kunna göra en juridisk värdering av tvisten bör en medlare utreda parternas yrkanden och grunder samt bevisningen på samma sätt som domaren gör i förberedelsen. Detta medför att den domstolsanknutna medlingen skjuts upp till ett relativt sent skede av rättegången – i ett tidigt skede av rättegången har parterna sällan preciserat sina yrkanden på ett sådant sätt att en juridisk värdering vore möjlig.¹⁷¹ Också en substansvärdering medför motsvarande risker, eftersom denna lätt kan få drag av bevisvärdering och försvåras av det faktum att domstolsanknuten medling sker i ett så tidigt skede.

Frågan om huruvida domstolsanknuten medling skall innehålla ett värderande element eller inte hänger samman med frågan om rättsinstitutets innersta väsen och särdrag. Om man betonar den domstolsanknutna medlingens släktskap med alternativ tvistlösning och ser rättsinstitutet som en tvistlösningsmetod som skall bygga uteslutande på frivillighet, flexibilitet och parternas vilja ligger det nära till hands att uppfatta evaluativ domstolsanknuten medling som främmande. Man kan anse att det strider mot den domstolsanknutna medlingens natur att medlaren kan värdera tvisten och komma med förlikningsförslag.¹⁷² Det

¹⁶⁹ Austbø – Engebretsen diskuterar ingående medlarens möjligheter att värdera tvisten. Se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 152–155.

¹⁷⁰ För argument till förmån för att tillåta evaluativ medling, se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 149–150.

¹⁷¹ Parternas yrkanden borde självfallet vara preciserade redan i stämningsansökan. I praktiken är så emellertid inte alltid fallet utan parternas yrkanden preciseras ofta först i den muntliga förberedelsen.

¹⁷² För sådan kritik, se t.ex. *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 154. Austbø – Engebretsen poängterar att frågan om medlaren skall kunna värdera tvisten eller inte är en fråga av stor betydelse för medlingens legitimitet som alternativ tvistlösning. Det bör därför göras full-

värderande elementet kan kännas främmande i en kontext av alternativ tvistlösning, eftersom evaluativ medling påminner om och utgör ett komplement till rättsskipningen.¹⁷³ Rättsskipningen är ju genomgående evaluativ: domarens primära uppgift är att ge en dom baserad på en juridisk värdering.¹⁷⁴ Om man emellertid betonar den domstolsanknutna medlingens anknytning till rättsskipningen och det faktum att den domstolsanknutna medlingen sker inom ramen för domstolarnas verksamhet kan man i sin tur hävda att en evaluativ ansats är motiverad.

Det faktum att den domstolsanknutna medlingen *per definitionem* är anknyten till rättsskipningen motiverar enligt mitt förmenande att förfarandet kan innefatta ett visst mått av värdering, dvs. vara evaluativt. Dock bör man hålla i minnet att den domstolsanknutna medlingen även har starka band till den alternativa tvistlösningen. Detta medför att förekomsten av ett värderande element bör knytas till parternas vilja. Huruvida medlaren värderar tvisten eller inte bör därmed i alla situationer vara beroende av parternas samtycke. En reglering där medlaren vore tvungen att evaluera tvisten eller där detta kunde ske mot parternas vilja vore oförenlig med den domstolsanknutna medlingens utgångspunkter. På motsvarande sätt kunde man också anse det olämpligt om medlaren var förhindrad att värdera tvisten om parterna uttryckligen så önskade.

3.4.3 Parternas samtycke till valet av medlare

En annan relevant fråga är vilken betydelse parternas vilja bör ges vid valet av medlare. Vid medling i tvistemål utesluts parternas möjligheter att påverka vilken domare som utses till medlare, medan ansatsen i Norge och Sverige är en annan. I Norge kan en person som inte båda parterna godkänner enligt 3 § *forskrift om forsøksordning med rettsmekling* endast undantagsvis utses till medlare. I Sverige har det ansetts att endast en person som parterna godkänner kan utses till medlare.¹⁷⁵

Med tanke på att parternas samtycke som ovan nämnts tillmäts stor betydelse då domstolen avgör om domstolsanknuten medling skall inledas eller inte kan

ständigt klart för parterna att de deltar i en medling där de själva bär ansvar för slutresultatet i stället för att de skulle underkasta sig ett avgörande av en tredje part som vid rättsskipning.

¹⁷³ Se RP 114/2004, s. 4.

¹⁷⁴ Just på denna grund ligger det nära för jurister att även vid medling utgå från ett evaluativt perspektiv. Gällande detta, se *Austbø – Engebretsen*, *Mekling i rettskonflikter*, s. 150–151. *Austbø – Engebretsen* påpekar att jurister ofta är präglade av sin utbildning och sin professionella verklighet och därför fokuserar på juridiska problemställningar i stället för att tänka helhetsmässigt på orsakerna till en konflikt.

¹⁷⁵ Se *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 678. *Lindell* hänvisar till förarbetena enligt vilka ”i princip” ingen bör utses till medlare som inte godtas av båda parterna. Se prop. 1986/87:89, s. 207. *Lindell* förhåller sig dock absolut till detta förbud.

man fråga sig om inte parterna själva borde kunna välja medlare. Om parterna samtyckt till förfarandet men inte har förtroende för den medlare som utses resulterar medlingen knappast i någon förlikning – särskilt som parterna t.ex. vid medling i tvistemål när som helst kan avbryta medlingen. Om således en person som parterna saknar förtroende för utses till medlare torde det vara lätt hänt att hela förfarandet är förgäves. Dessa faktorer sammantaget talar för att tillmäta parternas samtycke betydelse vid valet av medlare.

Att parternas vilja vid valet av medlare inte bör ges fritt spelrum kan emellertid också motiveras. Det faktum att den domstolsanknutna medlingen är knuten till rättsskipningen motiverar givetvis att domstolen bör ha en prövningsrätt vid valet av medlare. På grund av anknytningen till rättsskipningen är det av vikt att inte olämpliga personer utses till medlare. Detta förstärks av det faktum att det är domstolen som fattar beslut om att inleda förfarandet och utser medlaren. Mot denna bakgrund skulle det förefalla främmande om inte domstolen hade en möjlighet att utöva åtminstone en kontrollfunktion vid valet av medlare.

Vilken betydelse parternas samtycke skall ges vid valet av medlare sammanhänger delvis även med huruvida såväl domare som personer från andra yrkeskategorier kan utses till medlare. Särskilt i situationer där en domare utses till medlare rimmar parternas möjlighet att välja medlare illa med kraven på oavhängighet och opartiskhet: grundtanken i rättsskipningen är ju att ingen skall få välja sin domare. Emellertid kan man också hävda att det faktum att medlaren inte dömer i målet utan enbart hjälper parterna att nå en förlikning innebär att man inte behöver fästa vikt vid denna frågeställning. Om emellertid såväl domare som personer från andra yrkeskategorier kan utses till medlare ligger det nära till hands att anse att parterna i alla fall till den del de väljer en medlare som inte är domare bör kunna påverka valet.

Vilken betydelse parternas samtycke skall ges vid valet av medlare sammanhänger även med frågan om den domstolsanknutna medlingen skall vara enbart facilitativ eller också innefatta ett evaluativt element. Om parterna önskar att medlaren skall göra en värdering av tvisten och eventuellt komma med ett förlikningsförslag ligger det nära till hands att anse att parterna borde ges möjlighet att själva bestämma vem som skall utses till medlare. Ofta torde parterna själva känna substansen bättre än domstolen och därmed också kunna bilda sig en uppfattning om vilka personer som på grund av sitt specialkunnande kunde komma i fråga som medlare.

Mot bakgrunden av det ovan sagda förefaller det inte motiverat att helt utesluta parternas möjligheter att påverka valet av medlare, särskilt eftersom man på detta sätt torde kunna uppnå ett mera tillfredsställande resultat i själva förfarandet. Samtidigt förefaller det heller inte svårt att acceptera att domstolen bör tillskrivas vissa möjligheter att kontrollera vilka personer som utses till medlare. Den lösning som man gått in för i Norge och Sverige – dvs. att en person som parterna inte samtycker till heller inte kan utses till medlare – förefaller

motiverad. För att ytterligare tillmötesgå kravet på kvalitetskontroll i fråga om de medlare som utses kunde man också tänka sig att domstolen skulle tillhandahålla en förteckning över medlare och att parterna skulle ges möjlighet att välja den person de önskar utgående från denna förteckning.

3.4.4 Sammanfattning

Också då det gäller medlaren och de frågor som anknyter till honom eller henne är det enligt mitt förmenande skäl att återknyta till den domstolsanknutna medlingens nära släktskap med medlingen och den alternativa tvistlösningen i gemen. Detta avspeglas som ovan nämnts bl.a. i det faktum att förfarandet är beroende av parternas samtycke. Följaktligen ligger det nära till hands att också tillmäta parternas vilja stor betydelse vid valet av medlare. Det förefaller inte finnas skäl att begränsa valet av medlare enbart till en viss yrkeskategori, utan förefaller snarare vara i parternas intresse att den medlare som utses är lämplig för just den ifrågavarande tvisten. Vidare förefaller det motiverat att acceptera ett värderande element i förfarandet om detta är vad parterna önskar. Slutligen ligger det också nära till hands att tillmäta parternas samtycke betydelse då medlaren utses – att utse en medlare som parterna inte godkänner förefaller föga ändamålsenligt.

Att tillmäta parternas vilja betydelse vid valet av medlare innebär dock inte att man skulle frånga ett krav på att medlarna skall hålla hög kvalitet. Ett dylikt kvalitetskrav är av nöden för att trygga parternas rättsskydd – eftersom den domstolsanknutna medlingen är anknuten till rättsskipningen bör verksamheten hålla hög kvalitet. För att trygga att så sker är det viktigt att domstolen ges möjlighet att påverka vilka personer som utses till medlare. Kvaliteten torde tryggas bäst genom någon form av ackreditering.¹⁷⁶

3.5 KOSTNADER

Också vad gäller kostnaderna för domstolsanknuten medling är samtliga exempel relativt likriktade. I såväl Finland som Norge anses medlingen utgöra ett tjänsteuppdrag och domare som utses till medlare har inte rätt till något separat arvode. Om en person från någon annan yrkeskategori utses till medlare, vilket alltså är möjligt i Norge, har han eller hon rätt till arvode och ersättning för kostnader. Arvodet fastställs av domstolen enligt rättshjälpstaxan. Domstolen,

¹⁷⁶ Gällande ackreditering av medlare, se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 232–235.

medlaren och parterna kan dock också avtala om något annat.¹⁷⁷ Som utgångspunkt ansvarar parterna för medlarens arvode och ersättning. Vid *rettsmekling* står vardera parten för hälften av utgifterna för medlingen, men parterna kan också avtala om att domstolen fastställer kostnadsfördelningen enligt rettsmeklingens utfall.

Då det gäller parternas rättegångskostnader har man också gått in för något olika reglering i de olika exemplen. Vid medling i tvistemål ansvarar parterna själva för de rättegångskostnader förfarandet medför. Utgångspunkten är att parterna inte kan yrka att motparten skall ersätta dessa kostnader även om förfarandet inte leder till en uppgörelse i godo. Vid rettsmekling, i sin tur, ansvarar parterna visserligen också själva för sina rättegångskostnader i det fall att en förlikning nås, medan det blir domstolens sak att fatta ett avgörande om rättegångskostnaderna om rettsmeklingen inte resulterar i en förlikning.

I Sverige saknas lagstadganden om hur kostnaderna vid särskild medling skall regleras. Kostnadsregleringen har dock diskuterats i litteraturen. Utgångspunkten är, precis som i Finland och Norge, att parterna står för kostnaderna för den särskilda medlingen. Kostnaderna för den särskilda medlingen faller inom ramen för rättshjälpsregleringen, vilket innebär att staten står för kostnaderna om rättshjälp har beviljats.¹⁷⁸ Någon närmare diskussion om hur parternas rättegångskostnader behandlas eller om domstolen har möjlighet att intervensera har inte förts.

Risken för höga rättegångskostnader utgör ett reellt hot mot tillgången till rättsskydd i dagens rättssamhälle. Alternativ tvistlösning har till stor del utvecklats just för att råda bot på detta och den kostnadsinbesparing som alternativ tvistlösning ofta medför är en central del av dess *raison d'être*. Av denna anledning är regleringen av kostnaderna vid domstolsanknuten medling av centralt intresse.

Om den domstolsanknutna medlingen resulterar i en förlikning innebär detta sannolikt en kostnadsinbesparing jämfört med rättegång. I de fall då en domare fungerat som medlare förblir den domstolsanknutna medlingens kostnader för parterna ofta små eftersom medlaren inte har någon rätt till arvode och förfarandet därmed medför endast parternas egna rättegångskostnader.¹⁷⁹ Om en ut-

¹⁷⁷ Möjligheten att avtala om ett högre belopp än rättshjälpsstaxan är givetvis av stor betydelse i situationer där parterna vill utse en medlare med substanskännedom. Då rättshjälpsstaxorna generellt är låga jämfört med de arvoden som uppbärs i oreglerade förhållanden säger det sig självt att sannolikheten att hitta en expert som är beredd att åta sig medlingsuppdraget till beloppet av rättshjälpsstaxan är liten.

¹⁷⁸ Detta baserar sig på 42 kapitlet 18 § svenska rättegångsbalken. Det är dock skäl att notera att ersättningsregeln gäller endast om medlaren har utsetts av rätten enligt stadgandet om särskild medling, dvs. 42 kapitlet 17 § svenska rättegångsbalken. Ersättningen fastställs av rätten och skall utbetalas även om endast den ena parten beviljats rättshjälp.

¹⁷⁹ Hur stora parternas kostnader blir är givetvis beroende av om de är biträdda eller inte. I tillägg till kostnaderna för parterna uppkommer givetvis kostnader inom domstolsorganisationen,

omstående medlare utses tillkommer givetvis ett arvode för denne. Det är dock sannolikt att de totala kostnaderna fortsättningsvis är lägre än vid rättegång.

3.6 TIDPUNKT

Då det gäller tidpunkten för den domstolsanknutna medlingen bör man skilja mellan mål som redan är anhängiga och mål som inte ännu är anhängiga. Vad gäller mål som redan är anhängiga utgår man såväl i Finland som i Norge från att den domstolsanknutna medlingen skall inledas i ett relativt tidigt skede, dvs. relativt snart efter att målet anhängiggjorts.¹⁸⁰ I 2 § *forskrift om forsøksordning med rettsmekling* definieras tidpunkten som senast när svaromål inkommit. Varken vid medling i tvistemål eller rettsmekling utesluts emellertid att medling kunde inledas också senare.¹⁸¹ Den svenska regleringen om särskild medling innehåller ingen hänvisning till vid vilken tidpunkt förfarandet skall genomföras. I tidigare svensk rättslitteratur har man utgått från att medlaren bör eftersträva en förlikning som i så hög grad som möjligt motsvarar en framtida dom, vilket medfört att den särskilda medlingen i regel inletts först i ett relativt sent skede av förberedelsen, då parterna hunnit precisera sina yrkanden och målet blivit tillräckligt utrett. Detta i sin tur har lett till att den särskilda medlingen i Sverige mer eller mindre blivit en outnyttjad möjlighet. I nyare litteratur anförs emellertid att särskild medling gärna borde inledas så snabbt som möjligt efter att målet anhängiggjorts.¹⁸² Man har även frångått kravet på att förlikningen skall motsvara materiell rätt.

Som ovan nämnts är det i Finland, till skillnad från i Norge och Sverige, möjligt att inleda medling också i mål som inte är anhängiga. Det säger sig självt att medlingen i sådana mål sker tidigare än i anhängiga tvister.

För att den domstolsanknutna medlingen skall innebära den kostnadsinbesparing i förhållande till rättegång som ofta framhålls som ett av förfarandets främsta företräden är det av central vikt att den domstolsanknutna medlingen inleds i ett så tidigt skede som möjligt. Endast då lyckas man begränsa parternas rättegångskostnader på ett sådant sätt att den domstolsanknutna medlingen verkligen medför en inbesparing för parterna.

främst den del av domarens och kanslipersonalens lönekostnader som kan allokeras till den domstolsanknutna medlingen.

¹⁸⁰ I motiveringarna till lagen om medling i tvistemål konstateras uttryckligen att om medlingen inte leder till en uppgörelse i godo är det vanliga att man då begär in svaromål eftersom medlingen sannolikt genomförts strax efter att stämningsansökan inkommit. Se RP 114/2004, s. 23 och 39.

¹⁸¹ Enligt § 8-1 (1) i det norska förslaget skall domstolen i varje skede av tvisten hålla möjligheten till rettsmekling för ögonen. Också i motiveringarna till den finska lagen konstateras uttryckligen att medling i ett senare skede heller inte är uteslutet.

¹⁸² Se Lindell, Civilprocessen, s. 680–681.

3.7 SAMMANFATTNING

De presenterade exemplen på domstolsanknuten medling – finsk medling i tvistemål, norsk *rettsmekling* och svensk särskild medling – uppvisar i stor utsträckning gemensamma drag. Samtliga har som syfte att lösa en tvist genom förlikning och inte genom rättsskipning. Detta präglar också medlarens roll: hans eller hennes främsta uppgift är att hjälpa parterna att nå en förlikning utgående från deras egna premisser och intressen. Samtliga förfaranden möjliggör medling i anhängiga mål, dvs. som ett direkt alternativ till rättsskipningen.

Då det gäller förutsättningarna för medling ges parternas vilja stor betydelse i samtliga förfaranden. I tillägg till detta ges domstolen emellertid också en viss separat prövningsrätt – parternas viljeyttring är således inte en tillräcklig förutsättning för att den domstolsanknutna medlingen skall inledas. Den domstolsanknutna medlingen strävar efter att vara ett kostnadseffektivt alternativ till rättegången. Ofta eftersträvar man därför att den domstolsanknutna medlingen skall ske så tidigt som möjligt.

Det faktum att den domstolsanknutna medlingen är knuten till rättsskipningen visar sig också i fråga om vilka personer som utses till medlare. I samtliga förfaranden är det möjligt att domare utses till medlare, medan förfarandena uppvisar variationer i fråga om huruvida även andra än domare kan utses till medlare. I samtliga förfaranden accepteras att medlaren värderar tvisten och kommer med lösningsförslag.

Det faktum att de presenterade förfarandena uppvisar många gemensamma drag är givetvis föga överraskande, eftersom samtliga utgör exempel på rättsinstitutet domstolsanknuten medling. Utgående från presentationen ovan kan man dra slutsatsen att detta rättsinstitut präglas av två huvudsakliga drag. För det första tillmäts parternas vilja en avgörande betydelse på många plan, vilket sammanhänger med att den domstolsanknutna medlingen är en alternativ metod för tvistlösning, som är nära besläktad med medlingen. För det andra, emellertid, är den domstolsanknutna medlingen oundvikligen och *per definitionem* anknuten till rättsskipningen, vilket gör att domstolen bör ges en viss prövningsrätt i olika delar av förfarandet. Den domstolsanknutna medlingen är således en alternativ metod för tvistlösning, vars alternativitet kringskärs av anknytningen till rättsskipningen.

4 Domstolsanknuten medling i förhållande till övriga granskade rättsinstitut

4.1 DOMSTOLSANKNUTEN MEDLING – MEDLING

Den domstolsanknutna medlingen är en särform av medling och man kan hävda att båda rättsinstituten i själva verket är en och samma tvistlösningsmetod som utövas i olika omgivningar. På grund av sitt släktskap uppvisar domstolsanknuten medling och medling många gemensamma drag. Främst bland dessa är givetvis att båda rättsinstituten präglas av frivillighet och flexibilitet, vilket medför att parternas vilja är av avgörande betydelse. Båda förfarandena är konsensusbaserade och bygger på att parterna involverar en medlare vars uppgift är att hjälpa parterna att nå en förlikning.

Det finns emellertid en avgörande skillnad mellan rättsinstituten. Medling sker i privat regi medan domstolsanknuten medling *per definitionem* är anknuten till rättsskipningen. Medan medlingen således kan vara mycket fri och i det närmaste helt kan utformas efter parternas behov medför den domstolsanknutna medlingens anknytning till rättsskipningen vissa krav på hur rättsinstitutet utformas. I den domstolsanknutna medlingen ges domstolen och medlaren t.ex. vissa befogenheter som knappast vore tänkbara vid medling. Exempel på detta är att domstolen kan ha rätt att ta initiativ till att inleda förfarandet och att domstolen kan ha en separat prövningsrätt då den beslutar om domstolsanknuten medling skall inledas eller inte. Domstolens prövningsrätt kan motiveras med just det faktum att den domstolsanknutna medlingen är anknuten till rättsskipningen, ofta till en anhängig tvist och att domstolen därför bör ges möjlighet att påverka i vilka mål medling genomförs. Man bör givetvis även hålla i minnet att eftersom den domstolsanknutna medlingen sker i anknytning till rättsskipningen är det de facto domstolsväsendet som står för de kostnader som förfarandet medför. Även detta talar givetvis för att domstolen skall ges möjlighet att påverka i vilka mål förfarandet genomförs. Vid medling vore ett sådant tilläggskrav givetvis otänkbart, eftersom det inte finns någon remitterande myndighet.

Vad i sin tur gäller förekomsten av ett dömande eller värderande element bygger såväl medling som domstolsanknuten medling som ovan nämnts på konsensus, vilket utesluter ett dömande element. Visserligen utses en tredje person – medlaren – för att bidra till tvistens lösning, men denne saknar befogenheter att döma i målet. Däremot kan både medling och domstolsanknuten medling vara evaluativa. Huruvida så är fallet beror i hög grad på parternas preferenser, medlarens inriktning eller de regler på basis av vilka medlingen genomförs.

4.2 DOMSTOLSANKNUTEN MEDLING – DOMARENS FÖRLIKNINGSVERKSAMHET

Domstolsanknuten medling och domarens förlikningsverksamhet står också de varandra nära på flera punkter. En central likhet är att förfarandena har som syfte att få parterna att nå en förlikning. Båda förfarandena baserar sig därmed på parternas vilja, vilken ju är en absolut förutsättning för att en förlikning skall kunna nås. Förfarandena har emellertid också andra likheter. Domaren är aktör i båda förfarandena – domarens förlikningsverksamhet utövas ju alltid av en domare och i de presenterade exemplen på domstolsanknuten medling är medlaren också ofta domare. Den domstolsanknutna medlingen kan ses som ett komplement till domarens förlikningsverksamhet. Också de konkreta åtgärder som vidtas i vartdera förfarandet motsvarar varandra till viss del.

Trots de likheter som förfarandena uppvisar är dock domarens förlikningsverksamhet och den domstolsanknutna medlingen väsensskilda på flera punkter. I motiveringarna till lagen om medling i tvistemål konstateras t.ex. uttryckligen att domarens förlikningsverksamhet till stor del bygger på andra utgångspunkter än den domstolsanknutna medlingen: vid domarens förlikningsverksamhet har tvisten ofta redan blivit tillspetsad eftersom parterna varit tvungna att presentera yrkanden, grunder och bevisning. Den domstolsanknutna medlingen, i sin tur, infaller i ett tidigare skede innan parterna eventuellt intagit sina positioner i tvisten. Man kan därmed säga att den domstolsanknutna medlingen föregår tvistens kulmination medan domarens förlikningsverksamhet kommer efter kulminationen.¹⁸³

På ett mera abstrakt plan är en av de största och mest grundläggande skillnaderna det perspektiv domaren/medlaren anlägger på förlikningsverksamheten respektive den domstolsanknutna medlingen. Domarens förlikningsverksamhet utgör en fas i rättegången, vilket påverkar domarens perspektiv på förlikningsverksamheten. Om förlikningsverksamheten inte resulterar i en förlikning är domarens uppgift i sista hand att döma i målet. Detta gör att domarens förlikningsverksamhet färgas av ett rättighetscentrerat perspektiv. Situationen är annorlunda när det gäller domstolsanknuten medling. Eftersom medlarens uppgift är att hjälpa parterna att nå en förlikning utgående från deras egna premisser, inte att göra en juridisk bedömning, utgår den domstolsanknutna medlingen från ett intressebaserat perspektiv, inte från ett rättighetsbaserat perspektiv.

Det intressebaserade perspektivet vid domstolsanknuten medling kan härledas från det faktum att den domstolsanknutna medlingen är en form av medling, trots sin anknytning till rättskipningen och sina skenbara likheter med domarens förlikningsverksamhet. Den domstolsanknutna medlingens fokus ligger

¹⁸³ Se RP 114/2004, s. 49.

därför på parternas intressen, inte på en rättslig tolkning av deras rättigheter och skyldigheter. Syftet med den domstolsanknutna medlingen är ju inte att utreda vilka som är de relevanta rättsfrågorna, utan att underlätta för parterna att nå en förlikning som i så hög grad som möjligt överensstämmer med deras intressen.¹⁸⁴

4.3 DOMSTOLSANKNUTEN MEDLING – SKILJEFÖRFARANDE

Då det gäller domstolsanknuten medling och skiljeförfarande har även dessa båda tvistlösningsmetoder många gemensamma nämnare. En av de mest centrala är att båda förfarandena inleds genom en viljeyttring av parterna – skiljeförfarandet på basis av ett skiljeavtal och domstolsanknuten medling med parternas samtycke som en absolut förutsättning. I båda förfarandena är det alltså parterna som kan välja om de vill lösa sin tvist genom domstolsanknuten medling eller skiljeförfarande.

Trots likheterna skiljer sig domstolsanknuten medling och skiljeförfarande på vissa mycket centrala punkter. För det första är skiljeförfarandet bara frivilligt till en början, medan den domstolsanknutna medlingen är frivillig under hela förfarandet. En part som ingått ett skiljeavtal kan tvingas underkasta sig skiljeförfarandet, även om han eller hon senare skulle vilja dra sig ur, medan domstolsanknuten medling aldrig kan genomföras utan parternas samtycke. I fråga om skiljeförfarande innebär frivilligheten alltså snarast avtalsfrihet i fråga om skiljeavtalet och flexibilitet i fråga om förfarandets utformning, medan frivillighet och flexibilitet vid domstolsanknuten medling genomsyrar hela förfarandet.

För det andra resulterar skiljeförfarandet i ett slutgiltigt exigibelt avgörande, medan den domstolsanknutna medlingen resulterar i en förlikning. Skiljeförfarandet har alltså samma mål som rättsskipningen, dvs. att göra en juridisk bedömning av tvisten på basis av den framlagda bevisningen och att presterat ett verkställbart avgörande. Skiljeförfarandet präglas alltså av ett rättighetsbaserat perspektiv till skillnad från det intressebaserade perspektiv som genomsyrar den domstolsanknutna medlingen. Denna skillnad i perspektiv är dock något mindre än den till en början ter sig. För det första förskjuts perspektivet vid domstolsanknuten medling lätt från intressebaserat till rättighetsbaserat i de fall förfarandet är evaluativt. För det andra innefattar skiljeförfarandet också en

¹⁸⁴ Den verkliga skiljelinjen mellan intressebaserat och rättighetsbaserat perspektiv kan anläggas vid facilitativ medling. Till den del medlingen är evaluativ förskjuts perspektivet från intressebaserat mot rättighetsbaserat. Skillnaderna i det rättighetsbaserade perspektivet och det intressebaserade perspektivet luckras av denna anledning upp något.

möjlighet för skiljemannen att verka som *amiable compositeur*, dvs. avgöra tvisten utgående från skälighet. Med dessa två modifikationer förefaller skillnaden i perspektiv mellan skiljeförfarande och domstolsanknuten medling inte längre avgörande.

5 Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling

5.1 NORMATIV GRUND FÖR GRANSKNINGEN

Då man granskar huruvida rätten till opartisk handläggning, rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande samt rätten till offentlig förhandling skall tryggas vid domstolsanknuten medling bör man givetvis inledningsvis granska vilka normer för förfarandegarantier som blir tillämpliga.

Mänskorättskonventionens stadgande om förfarandegarantier är en självklar utgångspunkt för granskningen av vilka förfarandegarantier som tryggas i ett visst förfarande. Som granskningen ovan gett vid handen tillämpas artikel 6.1 i mänskorättskonventionen inte direkt på medling, medan den däremot tillämpas på domarens förlikningsverksamhet och skiljeförfarande.

Artikel 6.1 i mänskorättskonventionen tillämpas vid ”prövningen av [en enskilds] rättigheter och skyldigheter” (*”the determination of his civil rights and obligations”/”contestations sur ses droits et obligations de caractère civil”*). Frågan blir därför om domstolsanknuten medling kan anses utgöra en prövning av en enskilds rättigheter och skyldigheter – om så är fallet bör mänskorättskonventionen tillämpas. Om domstolsanknuten medling däremot inte anses innebära någon sådan prövning blir mänskorättskonventionen inte tillämplig.¹⁸⁵

Då man i konventionspraxis tagit ställning till huruvida artikel 6.1 skall tillämpas eller inte har man ofta tagit fasta på begreppet *contestations* som används i den franska konventionstexten. Begreppet kan lämpligen översättas till svenska med begreppet tvist eller meningsskiljaktighet. Begreppet prövning i den svenska konventionstexten kan i denna kontext anses vara något missvisande – det avgörande är inte enligt konventionspraxis om det sker någon prövning av de ifrågavarande rättigheterna och skyldigheterna utan snarare om det är fråga om en tvist som rör de ifrågavarande rättigheterna och skyldigheterna eller inte.

Då man avgör om det är fråga om en tvist eller inte bör man enligt konventionspraxis för det första uppmärksamma att begreppet tvist inte får tolkas för

¹⁸⁵ Begreppet rättighet enligt konventionspraxis begränsas inte till tvister som betecknas som privaträttsliga utgående från den finska rättsordningen. För att undvika missförstånd på denna punkt har ordet *civil* inte översatts i den officiella finska översättningen av konventionstexten. Begreppet rättighet skall tolkas autonomt och klassificeringen av en rättighet enligt nationell rätt är därför inte avgörande. Gällande detta, se t.ex. *Pellonpää*, Euroopan ihmisoikeussopimus, s. 340 och *Lindell*, Civilprocessen, s. 47.

snävt eller tekniskt.¹⁸⁶ För det andra kan meningsskiljaktigheten eller tvisten gälla inte enbart en rättighets existens utan också dess innehåll. För det tredje bör tvisten vara äkta och allvarlig. Och för det fjärde täcker uttrycket ”*contestations sur ses droits et obligations de caractère civil*” alla förfaranden som är omedelbart avgörande för rättigheterna och skyldigheterna på ett sådant sätt att ett för svagt samband mellan rättigheten och ett sådant förfarande inte räcker för att artikel 6.1 skall bli tillämplig.¹⁸⁷

Då domstolsanknuten medling genomförs i anhängiga mål, vilket är fallet vid rettsmekling och särskild medling och också huvudregeln vid medling i tvistemål, torde problem knappast uppkomma i detta hänseende. Det säger sig självt att en tvist som är anhängig i rättsskipningen bör anses uppfylla kraven på en tvist i mänskorättskonventionens bemärkelse. Frågan bör dock granskas separat i fråga om icke-anhängiga mål. Medling i dylika mål erbjuds som ovan nämnts vid medling i tvistemål. Enligt 1 § lagen om medling i tvistemål kan tvistemål och tvistiga ansökningsärenden i allmänna domstolar bli föremål för medling enligt vad som föreskrivs i den ifrågavarande lagen. I motiveringarna till stadgandet preciseras att det bör vara fråga om meningsskiljaktigheter som härrör från ett rättsligt förhållande mellan parterna. Dessa bör dock vara av sådan art att de kunde handläggas som tvistemål i rättsskipningen. I tillägg till detta bör parternas krav kunna verkställas genom ett domstolsavgörande.¹⁸⁸ Det torde föreligga föga tvivel om att meningsskiljaktigheter där de ifrågavarande förutsättningarna uppfylls samtidigt också uppfyller kriterierna på contestation enligt artikel 6.1 i mänskorättskonventionen.

Trots att alltså de tvister som blir föremål för domstolsanknuten medling utan tvekan uppfyller kraven på contestation enligt mänskorättskonventionen bör man fråga sig om domstolsanknuten medling verkligen kan anses vara ett sådant förfarande som omfattas av artikel 6.1 i mänskorättskonventionen. Det relevanta är på denna punkt hurdan verksamhet som omfattas av artikeln och hurdan verksamhet som faller utanför. I konventionspraxis har konstaterats att rådgivningsverksamhet inte omfattas av artikeln. Däremot faller givetvis rättsskipningen inom tillämpningsområdet – men dock inte till alla delar. I konventionspraxis har t.ex. konstaterats att kriterierna för att artikel 6.1 skall tillämpas inte uppfylls i fråga om handläggningen av ansökan om besvärstillstånd i högsta domstolen samt avgörandet av frågor gällande interimistiska säkringsåtgärder.

¹⁸⁶ Se t.ex. fallet *Moreiro de Azevedo* (1990) punkt 66, (“*Conformity with the spirit of the Convention requires that the word ‘contestation’ should not be construed too technically and that it should be given a substantive rather than formal meaning*”).

¹⁸⁷ Se t.ex. fallen *Le Compte, Van Leuven och De Meyere* (1981) punkt 47, *Pudas* (1987) punkt 31 och *Bodén* (1987) punkt 30.

¹⁸⁸ Se RP 114/2004, s. 27. För diskussion om de ifrågavarande förutsättningarna, se *Ervasti*, *So-vittelu tuomioistuimessa*, s. 143–146.

Till skillnad från rättsskipningen resulterar domstolsanknuten medling inte i ett avgörande av en utomstående: medlarens uppgift är huvudsakligen att hjälpa parterna att nå en uppgörelse i godo. Medlaren fattar inga beslut utan fungerar enbart som katalysator. Man kan därför hävda att den domstolsanknutna medlingen borde jämföras med rådgivning snarare än med rättsskipning och därigenom falla utanför tillämpningsområdet för artikel 6.1 i mänskorättskonventionen. Detta gäller särskilt facilitativ medling, där skillnaden till rådgivning inte kan anses vara avgörande. Att anse att facilitativ medling skulle innefatta en prövning av en enskilds rättigheter och skyldigheter förefaller långsökt.

Vid evaluativ medling är situationen något annorlunda. Här värderar medlaren parternas positioner och det ligger därför närmare till hands att uppfatta denna värdering som prövning av en enskilds rättigheter och skyldigheter. Även på denna punkt förefaller emellertid tolkningen långsökt. Även om evaluativa metoder innefattar ett värderande element saknas även här det för rättsskipningen karakteristiska beslutsfattandet – inte heller evaluativ medling kan således direkt uppfattas som en prövning av en enskilds rättigheter och skyldigheter.

Trots att den domstolsanknutna medlingen alltså uppvisar många gemensamma drag med rådgivning är det emellertid ett ofrånkomligt faktum att förfarandet *per definitionem* är anknutet till rättsskipningen. Visserligen resulterar den domstolsanknutna medlingen inte i något avgörande, men den har ändå många drag som är gemensamma med rättsskipningen. Detta gäller inte minst förfaranden där det är domare som fungerar som medlare och där medlingen sker i redan anhängiga mål. Samma problematik har behandlats ovan i fråga om domarens förlikningsverksamhet, där det konstaterats att trots att förlikningsverksamheten inte i sig innefattar någon prövning av en enskilds rättigheter och skyldigheter bör mänskorättskonventionen tillämpas eftersom förlikningsverksamheten är en fas i rättegången. Resonemanget i fråga torde inte direkt kunna tillämpas i fråga om domstolsanknuten medling, eftersom den domstolsanknutna medlingens anknytning till rättsskipningen är betydligt svagare än domarens förlikningsverksamhets. Till skillnad från domarens förlikningsverksamhet är den domstolsanknutna medlingen frikopplad från den egentliga rättegången och utgör således inte någon fas i densamma. Den domstolsanknutna medlingens anknytning till rättsskipningen består endast och enbart av det faktum att det är en domstol som fattar beslut om att förfarandet skall inledas. Man kan hävda att denna anknytning är så svag att man inte bör anse att artikel 6.1 skall tillämpas enbart med denna motivering.

Artikel 6.1 i mänskorättskonventionen utgår från att prövningen av en enskilds rättigheter och skyldigheter skall ske inför en domstol. Frågan är således om domstolsanknuten medling kan anses vara ett förfarande som försiggår vid en domstol. Begreppet domstol har i mänskorättskonventionens kontext givits en vid tolkning och avser betydligt mer än en semantisk analys ger vid handen. Detta framgår särskilt av den engelska artikeltexten som på denna punkt använder

begreppet *tribunal*. Som domstol i mänskorättskonventionens kontext räknas således inte enbart domstolarna inom ett lands domstolsväsende utan också andra organ som utför rättsskipningsuppgifter.¹⁸⁹ Det relevanta för att avgöra huruvida det rör sig om en domstol i konventionens mening har enligt konventionspraxis varit att organen är lagstadgade och att de är oavhängiga och opartiska.¹⁹⁰

Då man granskar domstolsanknuten medling utgående från detta kan man för det första konstatera att det organ som genomför den domstolsanknutna medlingen – medlaren – är lagstadgad. Huruvida medlaren också är oavhängig och opartisk är en fråga som kommer att granskas ingående senare i detta kapitel. Emellertid torde den mest avgörande frågan på denna punkt vara huruvida medlaren verkligen kan anses vara ett rättsskipningsorgan. Även på denna punkt bör betonas att den domstolsanknutna medlingen inte resulterar i ett avgörande av en utomstående utan i bästa fall i ett avtal mellan parterna. Utgående från detta förefaller det föga övertygande att jämställa medlaren med ett rättsskipningsorgan – helt oberoende av att förfarandet är lagstadgat och eventuellt också uppfyller kraven på oavhängighet och opartiskhet.

Trots det ovasagda torde det finnas starka skäl som talar för att artikel 6.1 i mänskorättskonventionen skall tillämpas på domstolsanknuten medling. Domstolsanknuten medling är visserligen ingen rättegång, men den är *per definitionem* starkt anknuten till rättsskipningen. Detta framträder särskilt tydligt i förfaranden som finsk medling i tvistemål, där medlaren alltid är en domare och där förfarandet för det mesta tillämpas i anhängiga mål. I en dylik kontext förefaller det svårt att föreställa sig att mänskorättskonventionen kunde åsidosättas. Man kan därför förvänta sig att om frågan skulle komma upp till prövning i konventionspraxis skulle konventionen tolkas extensivt på denna punkt.

5.2 RÄTTEN TILL OPARTISK HANDLÄGGNING

5.2.1 Finland, Norge och Sverige

Uppfattningen att medlaren skall vara opartisk är en gemensam nämnare i de presenterade förfarandena. Detta framträder dock på olika sätt. Vid medling i tvistemål framgår rätten till opartisk handläggning direkt ur lagtexten. I 6 § la-

¹⁸⁹ Gällande detta, se t.ex. *Pellonpää*, Euroopan ihmisoikeussopimus, s. 349. I konventionspraxis har t.ex. en medicinsk besvärnämnd, en nämnd för prövning av disciplinärenden mot advokater och en nämnd för prövning av frågor om tillstånd till förvärv av fast egendom ansetts vara domstolar i konventionens mening. Se t.ex. *Danelius*, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 153. Se även *Lindell*, Civilprocessen, s. 48.

¹⁹⁰ Se t.ex. fallen *Coëme m.fl. mot Belgien* (2000), punkt 98 och *McMichael mot Storbritannien* (1995), punkt 80, av vilka det senare gällde vårdnad mm. om barn. I domen konstaterades att det särskilt på familjerättens område kan finnas god grund för rättsskipningsorgan som inte är domstolar i traditionell bemärkelse ("*a court of law of the classic kind*").

gen om medling i tvistemål konstateras uttryckligen att medling i tvistemål skall genomföras snabbt och med iakttagande av opartiskhet och objektivitet. Enligt motiveringarna till det ifrågavarande stadgandet gäller detta främst medlarens agerande och innebär att parterna skall behandlas lika och att de skall ha samma möjligheter att föra fram sina synpunkter och bemöta den andra partens synpunkter.¹⁹¹ Rätten till opartisk handläggning anses innefatta bl.a. att medlaren skall informera sig om och lyssna till båda parternas förslag och önskemål om hur medlingen skall genomföras.¹⁹² Vidare skall medlaren också förhålla sig opartiskt och objektivt till det behandlade ärendets innehåll och får inte på förhand inta en ståndpunkt om hur tvisten skall lösas.

I den norska försöksordningen finns ingen uttrycklig hänvisning till domarens opartiskhet men i litteraturen har man utgått från att samma krav som ställs vid rättsskipningen skall uppfyllas också vid *rettsmekling*.¹⁹³ I § 8-5 (3) i förslaget till ny *tvistelov* nämns också uttryckligen att medlaren skall uppträda opartiskt. Det svenska stadgandet om särskild medling innehåller ingen uttrycklig hänvisning till att medlaren måste vara opartisk, men rätten till opartisk handläggning framgår av litteraturen.¹⁹⁴

Såväl 15 § 1 mom. lagen om medling i tvistemål som § 8-4 (2) i det norska förslaget till ny *tvistelov* utgår från att medlarens opartiskhet skall avgöras på basis av reglerna om domarjäv.¹⁹⁵ Detta förefaller motiverat med tanke på att båda förfarandena utgår från att medlaren ofta är domare. I Sverige existerar inga uttryckliga stadganden om hur medlarens jäv skall avgöras men eftersom medlaren även här ofta torde vara domare ligger det nära till hands att frågan om medlarens jäv skall avgöras utgående från stadgandena om domarjäv.

Frågan om huruvida medlaren efter en resultatlös medling kan övergå till att döma i målet är föremål för olika reglering i förfarandena. Vid medling i tvistemål begränsas medlarens rätt att som domare handlägga ett mål i vilket han eller hon tidigare medlat. Enligt 15 § 2 mom. lagen om medling i tvistemål får en medlare inte sitta domare i en rättegång om en sak som han eller hon skött som

¹⁹¹ Se RP 114/2004, s. 33.

¹⁹² Gällande detta konstateras uttryckligen att medlaren inte får övertala parterna att följa de arrangemang han eller hon själv önskar tillämpa utan att försäkra sig om att parterna godtar dylika arrangemang. Se RP 114/2004, s. 33.

¹⁹³ Ungefär samma regler anses gälla också advokater som fungerar som medlare. Se *Austbø – Engebretsen*, *Mekling i rettskonflikter*, s. 160. *Austbø – Engebretsen* framhåller att trots att medlaren inte skall avgöra målet kan han eller hon ha stort inflytande på medlingsprocessen och att det är avgörande för tilliten till medlaren att bägge parter har fullt förtroende för att medlaren är opartisk.

¹⁹⁴ Se t.ex. *Widebeck*, TSA 1976, s. 393–394.

¹⁹⁵ I motiveringarna till lagen om medling i tvistemål konstateras uttryckligen att regleringen är motiverad eftersom medlingen skall genomföras med iakttagande av opartiskhet och objektivitet. Lagen om medling i tvistemål utgår också från att jäv för medlarens biträde skall avgöras på samma grunder. Se RP 114/2004, s. 44.

medlare.¹⁹⁶ Med rättegång avses enligt lagens motiveringar såväl en rättegång som inletts före medling i tvistemål och som fortsätter efter denna som en rättegång om samma sak som inleds senare.¹⁹⁷ Vad som avses med ”samma sak” framgår inte. För att avgöra vad som är samma sak hänvisar lagens motiveringar till stadfästelsen av förlikningar. Den formulering förlikningen givits då den stadfästs bestämmer innehållet i och omfattningen av uppgörelsen. Av detta kan man dra slutsatser om tvistens omfattning så att frågan inte kan prövas i en senare rättegång.¹⁹⁸ Detta kan förefalla något problematiskt. Då ett mål anhängiggörs är det inte alltid från början klart vilka frågor som kommer att uppkomma vid handläggningen, varför det är möjligt att ett mål som från början inte gällt samma sak som det mål där medlingen föranstaltats senare kan komma att göra det.¹⁹⁹

Den ovannämnda begränsningen gäller enbart domaren, inte dennes biträde. I motiveringarna till lagen om medling i tvistemål konstateras att det är osannolikt att medlarens biträde i ett senare skede skulle komma att fungera som domare i ett mål där han eller hon fungerat som medlarens biträde. Därför har denna situation inte reglerats separat. Det konstateras dock uttryckligen att biträdet i ett dylikt fall kommer att vara jävigt att handlägga målet som domare till följd av kravet på rättvis rättegång och bestämmelserna i 13 kapitlet 7 § rättegångsbalken (441/2001), särskilt paragrafens 3 mom.²⁰⁰ Det förefaller något överraskande att man gjort denna distinktion. Eftersom såväl medlarens som biträdets möjligheter att senare som domare handlägga samma tvist torde regleras av de i propositionen nämnda normerna frågar man sig om det inte varit ändamålsenligt att i lagen om medling i tvistemål stadga om att varken medlaren eller biträdet kan fungera som domare vid en senare handläggning av målet.

¹⁹⁶ Gällande detta, se *Ervasti*, Sovittelu tuomioistuimessa, s. 162. Ervasti konstaterar uttryckligen att en motsatt reglering där medlaren tilläts sitta domare i en rättegång om en sak som han eller hon skött som medlare skulle kunna rubba förtroendet för både medlingen och rättsskipningen.

¹⁹⁷ Se RP 114/2004, s. 44.

¹⁹⁸ Se RP 114/2004, s. 37. Det torde även ligga nära till hands att som utgångspunkt ta den innebörd som begreppet ”samma sak” givits i kumulationsstadgandet i 18 kapitlet 3 § rättegångsbalken.

¹⁹⁹ Särskilda svårigheter torde uppkomma då medling i tvistemål anhängiggörs separat. I dylika fall blir tvisten knappast så preciserad under medlingen att man utgående från detta kan avgöra huruvida ett mål som anhängiggörs senare gäller ”samma sak” som det mål där medling i tvistemål genomförts. Vidare kan man fråga sig hur andra anhängiga rättegångar än den där medling begärts skall behandlas. I motiveringarna nämns uttryckligen endast en rättegång som inletts före medlingen och som fortsätter efter medlingen, vilket torde avse det mål där parterna begärt medling. Däremot är det oklart hur sådana eventuella anhängiga rättegångar mellan parterna skall behandlas som helt eller delvis tangerar samma frågor som den tvist där medling begärs men som inte kumulerats. Med tanke på att regleringen om medlarens jäv syftar till att upprätthålla både parternas och allmänhetens tilltro till rättsväsendet torde det vara i linje med stadgandena att den som fungerat som medlare inte heller skall kunna vara domare i denna typ av mål.

²⁰⁰ Se RP 114/2004, s. 44.

Enligt 7 § *forskrift om forsøksordning med rettsmekling*, dvs. den norska försöksordningen, kan medlaren, för det fall att rettsmeklingen inte resulterar i en förlikning, övergå till att döma i målet förutsatt att inte rätten finner detta problematiskt och att parterna inte kräver ett domarbyte. Ett motsvarande stadgande ingår också i § 8-7 (2) i förslaget till ny *tvistelov*. Genom att låta medlaren fortsätta som domare kan man uppnå synergieffekter, eftersom medlaren hunnit bilda sig en uppfattning om målet och därför bör ha goda förutsättningar att också döma i målet. Att medlaren efter en ”misslyckad” medling kan övergå till att döma i målet är dock inte helt oproblematiskt. Detta kan nämligen utgöra en risk för hans eller hennes opartiskhet eftersom medlaren sannolikt under medlingen fått kännedom om sådant som parterna inte skulle föra fram vid en rättegång. Utvärderingen av det norska försøket har visat att tillvägagångssättet upplevts äventyra domarens opartiskhet – detta alltså trots att en av förutsättningarna för att medlaren skall kunna övergå till att döma i målet är att parterna inte yrkar på domarbyte.²⁰¹ I *tvistemålsutvalgets* utredning (NOU 2001:32) föreslogs därför att medlaren inte under några som helst omständigheter skulle kunna övergå till att döma i saken. I den föreliggande propositionen har man emellertid trots detta återgått till försöksordningens modell. Detta motiveras med att modellen är oproblematisk ur rättssäkerhetsperspektiv, eftersom den förutsätter både ett gemensamt yrkande av parterna och en separat värdering av domstolen.²⁰² Det konstateras uttryckligen att parterna bör upplysas om att medlaren normalt inte fortsätter som domare och att medlare automatiskt byts ut om inte parterna ber att han eller hon skall fortsätta.

Den norska regleringen – både gällande och föreslagen – kan i ett nordiskt perspektiv anses vara kontroversiell. I 15 § 2 mom. lagen om medling i tvistemål ingår ett uttryckligt förbud för medlaren att övergå till att döma i målet om medlingen inte resulterar i en uppgörelse i godo. I Sverige gäller samma begränsning trots att detta inte uttryckligen framgår av lagtexten.²⁰³

Det säger sig självt att frågan om medlarens möjligheter att övergå till att döma i målet aktualiseras endast i fall där en domare utsetts till medlare. Om medlaren är utomstående, vilket alltså är möjligt i Norge, kan han eller hon självfallet inte övergå till att döma i målet.

²⁰¹ Gällande erfarenheter från Norge, se NOU 2001:32, s. 12 (§ 7-7(2)) och Raskere? Billigere? Vennligere? Evaluering av prøveordningen med rettsmekling, s. 12 och 90–96.

²⁰² Se Ot.prp. nr. 51, s. 127.

²⁰³ Se t.ex. SOU 1982:26, s. 157. Begränsningen gäller endast medlarens möjligheter att övergå till att vara domare – inte domarens möjligheter att övergå till att vara medlare. Att den domare som handlagt målet under förberedelsen övergår till att vara medlare har inte ansetts vara problematiskt. Dock förutsätts uttryckligen vid särskild medling att domaren då ger upp sitt uppdrag som domare, vilket i sin tur torde implicera att han eller hon inte senare kan återgå till att vara domare. Se *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 71 och *Brolin – Widebeck*, SvJT 1990, s. 594.

5.2.2 Utformning av rätten till opartisk handläggning

Rätten till opartisk handläggning tryggas i de presenterade exemplen på domstolsanknuten medling. Detta förefaller motiverat av såväl teoretiska som pragmatiska skäl. På ett teoretiskt plan kan man hänvisa till den domstolsanknutna medlingens anknytning till rättsskipningen. Denna innebär att förfarandet bör bidra till att allmänhetens tilltro till rättsväsendet upprätthålls – det vore otänkbart att domstolen skulle hänvisa parterna till ett förfarande som inte uppfyllde ens det mest grundläggande krav på opartiskhet.²⁰⁴ Rätten till opartisk handläggning är således ett sätt att legitimera förfarandet i såväl parternas som allmänhetens ögon.

På ett pragmatiskt plan kan man hänvisa till förfarandets ändamålsenlighet. Den domstolsanknutna medlingen bygger på att parterna har förtroende för medlaren. Om ett sådant förtroende saknas försvåras förfarandet avsevärt och det är ifrågasatt huruvida det alls finns förutsättningar för att nå en förlikning. Rätten till opartisk handläggning torde i praktiken bidra till att upprätthålla parternas förtroende för medlaren och därigenom trygga förfarandets ändamålsenlighet.

Frågan är emellertid hur rätten till opartisk handläggning skall utformas vid domstolsanknuten medling. Flera av de presenterade förfarandena utgår från att rätten till opartisk handläggning skall ges samma innehåll som i rättsskipningen, dvs. utformas utgående från stadgandena om domarjäv. Detta ligger givetvis nära till hands, särskilt i de fall då den medlare som utses är en domare. Man kan hävda att det vore olämpligt att tillämpa andra normer än stadgandena om domarjäv för att bedöma medlarens opartiskhet vid domstolsanknuten medling. Särskilt komplicerat skulle detta givetvis verka i fall där den domare som lett förberedelsen i målet också övergår till att fungera som medlare.

Att bedöma medlarens opartiskhet utgående från stadgandena om domarjäv kan motiveras också med det faktum att förfarandet är anknutet till rättsskipningen. Även detta talar – på ett mera allmänt plan – för att rätten till opartisk handläggning skall utformas på samma sätt som vid rättsskipningen. Det faktum att förfarandet är anknutet till rättsskipningen motiverar nämligen vissa krav på att förfarandet skall bidra till att upprätthålla parternas och allmänhetens tilltro till rättsväsendet.

Att utgå från stadgandena om domarjäv i fråga om domstolsanknuten medling är emellertid inte helt okomplicerat.²⁰⁵ Trots de starka band som föreligger mellan domstolsanknuten medling och rättsskipning avviker förfarandena avsevärt från varandra. På grund av avsaknaden av ett dömande element kan medla-

²⁰⁴ Gällande detta, se t.ex. *Laukkanen – Liljenfeldt*, DL 1998, s. 951. Laukkanen – Liljenfeldt konstaterar att alternativa metoder för tvistlösning som domstolsväsendet erbjuder måste basera sig på principerna om oavhängighet och opartiskhet.

²⁰⁵ Gällande detta, se t.ex. *Vindeløv*, *Konfliktmægling*, s. 314. Vindeløv framhåller att domarens neutralitet vid rättsskipningen är av helt annan karaktär än medlarens neutralitet.

ren delvis vidta åtgärder som är främmande för rättsskipningen. För att nå en förlikning måste medlaren ibland t.ex. turvis sätta sig in i vardera partens situation och ofta också ikläda sig rollen som djävulens advokat – medlaren måste ifrågasätta parternas ståndpunkter för att visa på deras verkliga intressen.²⁰⁶ Till medlarens centrala verktyg hör t.ex. också ex parte-möten, vilka som ovan nämnts inte är helt opproblematisks i rättsskipningens kontext.

Det faktum att medlaren alltså i den domstolsanknutna medlingen kan vidta åtgärder som är främmande i rättsskipningens kontext gör det utmanande att granska medlarens opartiskhet utgående från normerna om domarjäv. Problem torde knappast uppkomma i förhållande till strukturella jävsgrunder (t.ex. att medlaren/domaren är nära släkt med parterna eller att han eller hon har ett intresse i tvisten). Mera komplicerat kan det emellertid vara med jävsreglering av den typ som uttrycks genom generalklausuler. Dessa ger ofta uttryck för det objektiva elementet i rätten till opartisk handläggning, dvs. att medlaren/domaren inte enbart bör vara utan också bör förefalla opartisk. Det säger sig självt att en bedömning av huruvida medlaren förefallit vara opartisk bör göras utgående från andra premisser i fråga om medling än i fråga om rättsskipning – många av de åtgärder som medlaren vidtar skulle säkerligen i rättsskipningens kontext ge upphov till invändningar i förhållande till det objektiva elementet.

Särskilt vid domstolsanknuten medling i anhängiga mål är det viktigt att parterna inser skillnaden mellan domarens och medlarens tillvägagångssätt för att även förstå att det är motiverat att medlaren vidtar vissa åtgärder som domaren inte skulle kunna vidta, utan att det för den skull innebär att medlarens opartiskhet äventyras. För att undvika anklagelser om partiskhet är det viktigt att medlaren är medveten om vilka risker för rätten till opartisk handläggning som förfarandet kan medföra. Medlaren kan undvika många problematiska situationer genom att redan från början redogöra dels för vilka bindningar han eller hon har till parterna och målet, dels för hur medlingen kommer att gå till.²⁰⁷

Det faktum att den domstolsanknutna medlingen är en alternativ metod för tvistlösning gör att parternas samtycke ges stor betydelse i förfarandet. Man bör

²⁰⁶ Se *Norman*, Medling, s. 116–117. *Norman* nämner detta som exempel på tillvägagångssätt som lätt kan ge upphov till kritik gällande medlarens opartiskhet. På samma sätt kan medlarens opartiskhet också ifrågasättas om man ålägger medlaren att garantera att den förlikning som uppnås blir rättvis. Gällande denna problematik, se även *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 117. *Lindell* konstaterar att medlaren inte bör acceptera att en part ingår en förlikning som är klart ofördelaktig för honom eller henne. Se även gällande detta *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 163–164.

²⁰⁷ Se *Norman*, Medling, s. 116–117. Krav på att medlare skall avslöja sina bindningar uppställs i många standarder för medlare. Se t.ex. *Boulle*, Mediation: Principles, Process, Practice, s. 241. Här är det dock skäl att notera att krav på att medlaren skall tillkännage sina bindningar kan vara problematiskt i fall där medlaren kan vara advokat. Reglerna om advokatsekretess hindrar nämligen advokaten från att tillkännage t.ex. vilka klienter han eller hon tidigare företrätt. Gällande detta, se *Boulle*, Mediation: Principles, Process, Practice, s. 241.

fråga sig om detta bör avspeglade sig också i tolkningen av rätten till opartisk handläggning. Eftersom den domstolsanknutna medlingen som ovan nämnts förutsätter parternas samtycke i alla skeden kan man förfäktat att parterna bör ges en viss möjlighet att påverka valet av medlare. I förhållande till rätten till opartisk handläggning blir då frågan vilken rätt parterna bör ges att disponera över rätten till opartisk handläggning. Parternas möjligheter till att samtycka till att domaren är partisk är mycket begränsade i rättsskipningen – jävsreglerna är i grund och botten absoluta. På grund av den domstolsanknutna medlingens avvikande teoretiska utgångspunkt bör man fråga sig om så bör vara fallet också här. Med tanke på att den domstolsanknutna medlingen är en alternativ metod för tvistlösning kunde man också anse att rätten till opartisk handläggning skall tjäna enbart parternas syften, vilket skulle innebära att parterna kunde tillåtas avtala om en inskränkning av rätten till opartisk handläggning, t.ex. genom att utse en medlare som vore jävig enligt jävsreglerna i rättegångsbalken.

Som ovan nämnts är rätten till opartisk handläggning på ett pragmatiskt plan nära sammanlänkad med den domstolsanknutna medlingens syfte. Förfarandets syfte att få parterna att ingå en förlikning kan knappast uppnås om inte parterna har förtroende för medlaren, vilket i sin tur understöds av rätten till opartisk handläggning. Utgående från detta nära samband mellan rätten och förfarandets syfte kan man förfäktat att rätten till opartisk handläggning borde utformas instrumentellt för att stöda förfarandets syfte så väl som möjligt. För att förfarandets syfte – en förlikning – skall kunna uppnås kräver detta att medlaren har relativt fria händer och själv kan vara aktiv för att understöda parternas sökande efter förlikning på det sätt som är lämpligast i det föreliggande fallet. Rätten till opartisk handläggning borde därför inte utformas så strikt att den begränsar en effektiv medlingsverksamhet oskäligt mycket.

5.2.3 Domarens och medlarens rollbyte

På grund av de teoretiska och pragmatiska skillnader som föreligger mellan den domstolsanknutna medlingen och rättsskipningen trots den nära anknytningen mellan de två rättsinstituten är det skäl att ägna särskild uppmärksamhet åt skärningspunkterna mellan förfarandena. Dessa skärningspunkter hänför sig främst till situationer där domarens och medlarens roller överlappar varandra – detta särskilt som medlarna ofta är domare. Dylika situationer kan man kalla rollbyten.

Då domstolsanknutna medling utövas i anhängiga mål kan man identifiera två möjligheter till rollbyte. Det första rollbytet sker om den domare som leder förberedelsen övergår till att vara medlare.²⁰⁸ Detta medför inga allvarigare ris-

²⁰⁸ Gällande vad man bör beakta när domaren övergår till att vara medlare, se *Ervasti*, *Sovittelu tuomioistuimessa*, s. 155.

ker för rätten till opartisk handläggning, men är trots detta inte nödvändigtvis ändamålsenligt. Eftersom medlingen kräver helt andra kvalifikationer än rättskipningen kan det vara svårt för domaren att övergå till att vara medlare.²⁰⁹ Dessutom har domaren sannolikt redan bildat sig en juridisk uppfattning om målet som kan vara svår att frångå under medlingen men vilket inte nödvändigtvis är i parternas intresse.

Det andra rollbytet sker om medlaren övergår till att vara domare i det fall att medlingen inte resulterar i en förlikning. Detta anses vara avsevärt mera problematiskt än det ovannämnda första rollbytet. Vanskligheterna med detta rollbyte har också observerats i de ovan granskade exemplen på domstolsanknuten medling. I 15 § 2 mom. lagen om medling i tvistemål har ett dylikt rollbyte uteslutits med hänvisning till att det skulle äventyra medlarens opartiskhet.²¹⁰ Även vid särskild medling har man utgått från att ett rollbyte är uteslutet.

Rollbytet anses vara problematiskt eftersom medlarens och domarens roller avsevärt avviker från varandra. Medlarens roll är betydligt friare än domarens och en effektiv medling förutsätter att medlaren vidtar åtgärder som är relativt oortodoxa i rättskipningens kontext.²¹¹ Som ovan nämnts förutsätter en instrumentell tolkning av rätten till opartisk handläggning att medlingsverksamheten inte begränsas så att förfarandets syfte förfelas. Att medlaren vidtar sådana åtgärder innebär emellertid att hans eller hennes förhållande till parterna eventuellt utvecklas på ett sådant sätt att medlaren inte längre uppfyller det krav på opartiskhet som ställs på domaren. Kravet på opartiskhet måste nämligen vara mera omfattande för domaren än för medlaren just på grund av att domaren har som uppgift att döma i målet, inte enbart att hjälpa parterna att nå en uppgörelse i godo. Det faktum att domaren skall fatta ett avgörande i målet och således bedöma vad som är rätt och fel innebär att kravet på opartiskhet bör vara mycket omfattande. Det andra rollbytet bör således uteslutas för att det utgör en för stor risk för medlarens opartiskhet.

I Norge har man emellertid gått in för en helt annan reglering. Såväl den norska försöksordningen som § 8-7 (2) i den föreslagna *tvisteloven* accepterar roll-

²⁰⁹ Att den domare som lett förberedelsen skulle kunna axla rollen som medlare är inte självklart. Se *Brolin – Widebeck*, SvJT 1990, s. 594. Se även *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 121 och 126. Lindell konstaterar att även om han inte ser detta rollbyte som problematiskt i sig kan det dock vara oändamålsenligt ur parternas synvinkel. Om domaren övergår till att vara medlare kan det vara svårt för honom eller henne att kasta av sig sin domarroll, vilket i sin tur kan ha negativa konsekvenser för den domstolsanknutna medlingens effektivitet.

²¹⁰ Se RP 114/2004, s. 44, där det konstateras att modellen där medlaren inte kan övergå till att vara domare är klar och svarar mot allmän praxis i de länder som använts som jämförelse. Se även *Ervasti*, Sovittelu tuomioistuimessa, s. 162. Gällande Australien, se *Boulle*, Mediation: Principles, Process, Practice, s. 192.

²¹¹ Se t.ex. *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 38. Austbø – Engebretsen nämner som exempel att medlaren lätt kan göra sig inhabil att döma i målet genom att gå långt i att ge förslag till uppgörelse och genom att vid ex parte-möten inhämta information som den ena parten inte är medveten om.

bytet under förutsättning att parterna ber att medlaren skall fortsätta som domare och domstolen heller inte anser rollbytet problematiskt. Den norska regleringen stötte på patrull i *tvistemålsutvalget* och i dess utredning (NOU 2001:32) föreslogs därför att medlaren – precis som i Finland och Sverige – inte under några som helst omständigheter skulle kunna övergå till att döma i saken. I den föreliggande propositionen motiveras valet att möjliggöra rollbytet med att modellen är oproblematisk ur rättssäkerhetsperspektiv, eftersom den förutsätter både ett gemensamt yrkande av parterna och en separat värdering av domstolen.²¹² Man bör fråga sig om detta kan anses vara tillräckliga garantier för att utesluta de negativa konsekvenser för rätten till opartisk handläggning som ett rollbyte kan medföra. Visserligen rör det sig om en undantagsreglering – om inte parterna samstämmtigt ber medlaren fortsätta som domare byts denne automatiskt ut – men risken torde ändå finnas att parterna inte till fullo förstår innebörden av sitt val. Detta kan anses tala för att det vore motiverat att i alla lägen helt utesluta rollbytet.

Det första rollbytet innebär inte en lika direkt fara för rätten till opartiskhet som det andra rollbytet. Emellertid kan man förfäktat att även det första rollbytet bör uteslutas på långt samma grunder. Om medlaren – som i Finland och Sverige – inte efter en ofullbordad medling kan övergå till att döma kan man anföra att det ur resurssynvinkel skulle vara oändamålsenligt om den domare som lett förberedelsen övergick till att vara medlare. I det fall att medlingen inte leder till en uppgörelse i godo måste ”domarmedlaren” avsäga sig uppdraget och överlåta målet på en kollega, eftersom den som varit medlare i målet inte kan fungera som domare efter en misslyckad medling. Eftersom man med medlingen inte eftersträvar en förlikning som överensstämmer med materiell rätt behöver medlaren inte nödvändigtvis vara insatt i målet. Det kunde därför te sig ändamålsenligare om den domare som leder förberedelsen skulle ajournera domstolsbehandlingen och remittera målet till en utomstående medlare. I detta fall kunde den ursprunglige domaren som är väl insatt i målet fortsätta behandlingen av målet efter en resultatlös medling.

Frågan om hur problematiskt det första rollbytet blir sammanhänger också starkt med vid vilken tidpunkt den domstolsanknutna medlingen inleds. Om domstolsanknutna medling inleds i ett tidigt skede, dvs. då någon förberedelse av målet knappast skett, torde det spela föga roll om den domare som blivit tilldelad målet övergår till att vara medlare eller inte: även om medlingen inte resulterar i någon förlikning och målet därefter måste handläggas av en annan domare sker inget nämnvärt resurssvinn. Om den domstolsanknutna medlingen däremot inleds först då beredningen av målet är långt framskriden säger det sig självt att svinnets betydelse är större om den domare som ansvarat för beredningen övergår till att vara medlare men därefter blir tvungen att avsäga sig uppdraget.

²¹² Se Ot.prp. nr. 51, s. 127.

Problematiken med bytet av roll från medlare till domare bör granskas också i förhållande till konventionspraxis. Som ovan konstaterats har man gällande domarens opartiskhet åtskilliga gånger konstaterat att konventionen kränkts då domaren i ett tidigare skede av processen handlagt målet i någon annan egenskap än som domare. I de fall där man i konventionspraxis konstaterat en kränkning har det ofta varit fråga om situationer där domaren tidigare fattat ett beslut som förutsatt ett ställningstagande i själva sakfrågan. I sådana fall har man i konventionspraxis ansett att domaren varit tvungen att bilda sig en motiverad uppfattning om målet, vilket i vissa fall har gjort honom eller henne inhabil att senare handlägga målet i en annan egenskap. Man bör således fråga sig om bytet av roll från medlare till domare efter en resultatlös medling kan utgöra en sådan oacceptabel tidigare handläggning av målet som kan ge upphov till tvivel gällande domarens opartiskhet.

Då man tillämpar konventionspraxis på domstolsanknuten medling bör man skilja mellan facilitativ och evaluativ medling. Vid facilitativ medling är medlarens uppgift enbart att hjälpa parterna att nå en förlikning. Om medlaren byter roll till domare har han eller hon således inte fattat något beslut eller tagit ställning i någon sakfråga, varför den domstolsanknutna medlingen inte kan klassificeras som en sådan tidigare handläggning av målet som skulle äventyra rätten till opartisk handläggning. Vid evaluativ medling däremot är situationen något annorlunda. Medlaren inte enbart hjälper parterna att nå en förlikning utan värderar också tvisten och kommer med lösningsförslag. Denna möjlighet ges i såväl Finland som Norge. Vid evaluativ medling fattar medlaren visserligen inget beslut som skulle göra honom eller henne inhabil senare. Det finns dock fog för att anse att evaluativ medling innebär att medlaren tar ställning till tvistens sakfrågor på ett sådant sätt att medlarens rollbyte och fortsatta handläggning av målet starkt skulle kunna ifrågasättas i mänskorättskonventionens kontext.

På denna punkt är det särskilt intressant att beakta den möjlighet till s.k. *early neutral evaluation* som motiveringarna till lagen om medling i tvistemål omtalar. En dylik evaluering som uttryckligen går ut på att i ett så tidigt skede som möjligt ge en uppskattning av utgången kunde klassificeras som en tidigare handläggning av målet i det fall att medlingen inte skulle resultera i en förlikning och medlaren skulle kunna övergå till att döma i målet. Mot denna bakgrund är det motiverat att man i Finland enligt 15 § 2 mom. lagen om medling i tvistemål utgår från att medlaren inte skall kunna övergå till att döma i målet.

Utgående från konventionspraxis kan man alltså konstatera att facilitativ medling inte bör anses utgöra en sådan tidigare handläggning som skulle förhindra ett rollbyte, eftersom medlaren inte fattar något beslut eller tar ställning till någon sakfråga. Evaluativ medling, däremot, innebär ett sådant ställningstagande av medlaren som sannolikt skulle vara oacceptabelt ur mänskorättskonventionens synvinkel. Mot denna bakgrund förefaller det motiverat att man i de

förfaranden som möjliggör evaluativ medling utesluter medlarens möjlighet att övergå till att döma i målet.

Det faktum att facilitativ medling alltså inte *per se* bör anses utgöra en sådan tidigare handläggning av målet som mänskorättskonventionen utesluter betyder inte att rätten till opartisk handläggning inte skulle vara utsatt också vid facilitativ medling. Trots att medlaren vid facilitativ medling inte tar ställning till tvisten på ett sådant sätt att han eller hon därigenom blir inhabil kvarstår möjligheten att medlaren närmar sig parterna på ett sådant sätt att han eller hon är olämplig som domare i målet.²¹³ Medlaren kan t.ex. vid *ex parte*-möten få kännedom om sådana förhållanden som parterna vill hemlighålla för varandra och som kan vara svåra att lösgöra sig från i en senare rättegång. Om medlaren under sådana omständigheter kunde övergå till att döma i målet skulle detta även tyra hans eller hennes opartiskhet åtminstone enligt en objektiv måttstock.

Det faktum att medlaren alltså inte får byta roll till att vara domare i målet om medlingen inte resulterar i en förlikning påverkar också starkt hur medlingen i praktiken utformas. Medlaren behöver inte bry sig om att han eller hon vid medlingen får kännedom om sådant som kunde vara svårt att frigöra sig från vid en senare rättegång, utan han eller hon kan utöva medlingen relativt fritt i överensstämmelse med parternas vilja.²¹⁴

En intressant särfråga är hur rätten till opartisk handläggning kan tryggas i en redan anhängig tvist där medlaren utses bland domarna vid samma domstol där målet handläggs.²¹⁵ Detta torde redan i sig kunna väcka tvivel om medlarens opartiskhet. Det faktum att medlaren utses bland domarna vid den domstol där

²¹³ Se t.ex. *Brolin – Widebeck*, SvJT 1990, s. 594. Paralleller kan dras till den i USA utvecklade och tillämpade tvistlösningsmetoden *Mediation* eller *Med/Arb* där parterna innan medlingen påbörjas bestämmer att medlingen skall övergå i skiljeförfarande om ingen förlikning nås. Detta anses också vara problematiskt på grund av medlarens rollbyte. Gällande detta, se *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 39–40, *Brown – Marriott*, ADR Principles and Practice, s. 147 och *Redfern – Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, s. 36–37 och 43. Redfern – Hunter ifrågasätter specifikt hur öppna parterna i praktiken är i förhållande till medlaren om de vet att denne kan komma att avgöra tvisten om en förlikning inte uppnås. Vidare ifrågasätter de även hur skiljemannen kan uppfylla kraven på opartiskhet och en rättvis förhandling om han eller hon tidigare träffar parterna *ex parte* och i sådana möten indikerat sin uppfattning. De frågeställningar som uppkommer är således i hög grad samma som de som redogjorts för ovan.

²¹⁴ Genom att den domstolsanknutna medlingen till skillnad från domarens förlikningsverksamhet inte är en direkt del av rättegången har medlaren betydligt friare händer än domaren att försöka få parterna att nå en uppgörelse i godo. Han eller hon riskerar därför heller inte att lika lätt bli sedd som partisk. Se *Lindell*, Alternativ tvistlösning, s. 72. Se även *Virolainen*, *Alioikeusuu-distus*, s. 165 och *Widebeck*, TSA 1976, s. 393–394.

²¹⁵ Detta potentiella problem uppmärksammas i de presenterade förfarandena. Vid medling i tvistemål möjliggörs rollbytet utan att det anses vara problematiskt. I Sverige har man som ovan nämnts försökt med ett samarbete mellan två tingsrätter för att utesluta problematiken. Gällande detta, se SOU 2001:103, s. 298. I Norge, i sin tur, uppställs en särskild tystnadsplikt för medlaren. Se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rättskonflikter, s. 34–35. Av utvärderingen av försöket med rettsmekling framgår dock att tystnadsplikten inte alltid tjänat sitt syfte och att parternas tilltro till medlarens tystnadsplikt tidvis rubbats.

målet är anhängigt innebär givetvis inte *per se* en risk för att medlarens opartiskhet skulle äventyras, men rätten till opartisk handläggning bör granskas ur både subjektiv och objektiv synvinkel: även om medlarens opartiskhet inte de facto rubbas kan hans eller hennes opartiskhet givetvis rubbas i parternas ögon – t.ex. av vetenskapen om att medlaren av misstag kan avslöja något för den presumtiva domaren som är parterna till förfång.²¹⁶

5.2.4 Tvångsmedling, ex parte-möten och förlikningsförslag vid domstolsanknuten medling

Vid domarens förlikningsverksamhet enligt 5 kapitlet 26 § rättegångsbalken kan rätten till opartisk handläggning som ovan nämnts äventyras av t.ex. tvångsförlikning, *ex parte*-möten och förlikningsförslag. Eftersom den domstolsanknutna medlingen på många sätt påminner om domarens förlikningsverksamhet är det skäl att granska om motsvarande åtgärder kan äventyra rätten till opartisk handläggning om de vidtas vid domstolsanknuten medling.

Vid domarens förlikningsverksamhet anses tvångsförlikning, *ex parte*-möten och förlikningsförslag vara särskilt problematiska i förhållande till rätten till opartisk handläggning i det fall att förlikningsverksamheten inte resulterar i en förlikning. I dylika fall måste nämligen domaren återgå till att döma i målet – det sker således ett rollbyte.²¹⁷ Domaren måste därför under hela förlikningsverksamheten hålla i minnet att han eller hon eventuellt kommer att bli tvungen att döma i målet och måste därför utöva sin förlikningsverksamhet på ett sådant sätt att han eller hon inte äventyrar sina möjligheter till detta. Detta får följder

²¹⁶ En sådan rädsla kan, även om den inte skulle leda till att medlarens opartiskhet de facto rubbas, medföra att parternas förtroende för medlaren störs och att medlingen därför inte kan genomföras så effektivt och ändamålsenligt som möjligt. Om utgångspunkten däremot vore att medlaren inte utsågs bland domarna vid den domstol där målet är anhängigt kunde detta understryka betoningen av medlarens sakkunskap. Se t.ex. *Liljenfeldt*, DL 1995, s. 466. *Liljenfeldt* nämner att t.ex. domare som är väl bevandrade i byggnads- och entreprenadtvister kunde fungera som medlare också utanför sin egen domkrets.

²¹⁷ Vid domarens förlikningsverksamhet sker ofta två rollbyten. Först övergår domaren från att ha fungerat som domare i förberedelsen till att försöka få parterna att nå en förlikning i förlikningsverksamheten. Vid detta rollbyte uppstår inga större problem: det kan förvisso vara svårt för parterna att uppfatta skillnaderna i domarens roller, men detta får knappast några konsekvenser för rätten till opartisk handläggning. Jfr dock *Luterkort*, SvJT 1980, s. 380. *Luterkort* framhåller att domaren är olämplig att utöva förlikningsverksamhet, eftersom det är svårt för parter och ombud att tänka sig att domaren kan frigöra sig från sin uppgift att se på målet med ”juridiska ögon”. För kommentar till detta, se *Ekelöf*, SvJT 1981, s. 382. Situationen är emellertid en annan om domaren tvingas byta roll en andra gång och återgå från förlikningsverksamheten till sin ursprungliga domarroll. Se t.ex. *Nuotio*, Oikeus 1999, s. 209. *Nuotio* pekar på de psykologiska svårigheter som hänför sig till detta rollbyte. Rollbytet åskådliggörs också t.ex. av *Peltonen* som talar om att ”domaren närmast ’flyttar’ över förfarandet till förlikningsförhandlingar” (översättning GK). Se *Peltonen*, DL 1995, s. 424.

för hur förlikningsverksamheten utformas: förfarandegarantierna måste tryggas på samma sätt under hela rättegången, dvs. också vid domarens förlikningsverksamhet – annars skulle rollbytet medföra en rollkonflikt.²¹⁸

Som ovan nämnts är det i Finland och Sverige uteslutet att medlaren övergår till att vara domare om en förlikning inte uppnås.²¹⁹ Detta innebär att domarrollen och medlarrollen separeras och att vardera aktörs ställning, befogenheter och gränserna för desamma förtydligas. Eftersom medlaren inte skall döma i målet utan bara hjälpa parterna att nå en förlikning kan han eller hon vara betydligt friare i sitt tillvägagångssätt i förhållande till parterna. Medlaren bör enbart se till att hans eller hennes tillvägagångssätt inte äventyrar rätten till opartisk handläggning under medlingen, men behöver inte på samma sätt som domaren i domarens förlikningsverksamhet anticipera eventuella framtida problem för det fall att en förlikning inte uppkommer.²²⁰ Detta innebär t.ex. att ex parte-möten anses vara betydligt mindre problematiska vid domstolsanknuten medling än vid domarens förlikningsverksamhet.²²¹

²¹⁸ Gällande detta, se *Wolf*, ZJP 1976, s. 273–274 och *Stürner*, JR 1979, s. 136. Laukkanen har diskuterat möjligheten att införa en regel om att domaren efter misslyckad förlikningsverksamhet inte skulle kunna övergå till att döma i målet för att eliminera de risker för domarens opartiskhet som förlikningsverksamheten medför. Se *Laukkanen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehdot konfliktinratkaisumenetelmät*, s. 138. Laukkanens resonemang kan dock ifrågasättas. Han har förvisso rätt i att man på detta sätt lyckas eliminera de flesta av de risker gällande domarens opartiskhet som hänför sig till förlikningsverksamheten. Dock förefaller det i dagens läge närmast omöjligt att genomföra ett sådant försök – eftersom domarens förlikningsverksamhet är obligatorisk i de allra flesta civilmål skulle alla de mål som inte resulterade i förlikning behandlas av två domare. Detta skulle på ett oskäligt sätt öka både handläggningstiden och domstolarnas arbetsbörda, sannolikt också rättegångskostnaderna. Tankar som motsvarar Laukkanens har i Sverige framförts av *Luterkort*, SvJT 1980, s. 381. För kritik av dessa, se *von Koch*, SvJT 1981, s. 35 och *Ekelöf*, SvJT 1981, s. 382.

²¹⁹ I motiveringarna till lagen om medling i tvistemål konstateras uttryckligen att domaren i sin förlikningsverksamhet bör agera på ett sådant sätt att parternas förtroende till hans eller hennes förmåga att vid behov avgöra målet opartiskt och med tillämpning av bestämmelserna i lag inte rubbas. Vidare poängteras att det är viktigt att parterna inte får anledning att tro att domaren har en förhandsuppfattning om hur saken skall avgöras eller att hans eller hennes neutralitet annars äventyras. Se RP 114/2004, s. 50.

²²⁰ För synpunkter på vad medlaren bör beakta då han väljer tillvägagångssätt, se *Ervasti*, *Sovittelu tuomioistuimessa*, s. 177.

²²¹ Se t.ex. *York* som konstaterar att ex parte-möten är möjliga i s.k. *non-judicial situations*, dvs. situationer där ett dömande element saknas. Se *York*, *Practical ADR*, s. 85. Att införa domstolsanknuten medling vid sidan av domarens förlikningsverksamhet möjliggör en arbetsfördelning mellan rättsinstitutionen. Detta beaktas vid medling i tvistemål, där det i motiveringarna till lagen om medling i tvistemål uttryckligen konstateras att de tillvägagångssätt som är tillåtna i medling, å ena sidan, och i domarens förlikningsverksamhet, å andra sidan, kan variera. Visserligen framhålls att medlingen i tvistemål varken skall minska eller ändra domarens förlikningsverksamhet, men trots detta konstateras i motiveringarna upprepade gånger att man genom att införa medling i tvistemål klart har velat indikera att vissa förfaranden är tillåtna i medlingen. Som exempel nämns ex parte-möten. I propositionen konstateras att tvister där ett dylikt förfarande önskas skall hänvisas till medling i tvistemål. Se RP 114/2004, s. 19 och 50. Propositionens ordalydelse indikerar att man genom att tillåta ex parte-möten vid medling i tvistemål velat utesluta dessa vid

Det faktum att medlaren kan vara friare i sitt tillvägagångssätt innebär inte att inte tvångsmedling, ex parte-möten och förlikningsförslag kunde vara problematiska också vid domstolsanknuten medling. Vad gäller tvångsmedling förefaller sådan vid första anblicken inte aktualiseras alls, eftersom förfarandet i varje skede är beroende av parternas samtycke och parterna kan när som helst avbryta medlingen om medlarens tillvägagångssätt känns tvingande. En närmare granskning visar dock att tvångsmedling kan aktualiseras även vid domstolsanknuten medling.²²² Trots den frivillighet som präglar förfarandet befinner sig medlaren i en auktoritetsställning i förhållande till parterna och kan följaktligen utöva tvång för att få till stånd en förlikning. Om medlaren på detta sätt ger sken av att ta ställning för den ena parten kan rätten till opartisk handläggning äventyras. Även ex parte-möten och förlikningsförslag aktualiseras vid domstolsanknuten medling. Om dessa åtgärder vidtas oförsiktigt kan de ge upphov till att rätten till opartisk handläggning äventyras.

5.3 RÄTTEN TILL LIKA BEHANDLING OCH KONTRADIKTORISKT FÖRFARANDE

5.3.1 Finland, Norge och Sverige

Vid medling i tvistemål uppställs som ovan nämnts ett krav på att medlingen skall genomföras med iakttagande av opartiskhet och objektivitet. Detta krav ingår i 6 § lagen om medling i tvistemål. Enligt lagens motiveringar innebär detta bl.a. att parterna skall behandlas lika och ges samma möjligheter att föra fram sina synpunkter.²²³ Medlaren skall också informera sig om och lyssna till båda parternas förslag och önskemål om hur medlingen skall arrangeras. Lagens motiveringar kan tolkas som ett uttryck för att rätten till lika behandling skall tryggas i förfarandet.

I propositionen till lagen om medling i tvistemål konstateras också utgående från kravet på opartiskhet och objektivitet att parterna skall ges samma möjligheter att bemöta den andra partens synpunkter.²²⁴ Detta kan eventuellt tolkas som att medling i tvistemål också skall uppfylla rätten till kontradiktoriskt förfarande. Möjligheten att bemöta motpartens synpunkter brukar nämligen hänföras just till rätten till kontradiktoriskt förfarande.

Varken regleringen gällande *rettsmekling* eller särskild medling innehåller

domarens förlikningsverksamhet. Detta konstateras dock inte explicit. I det norska förslaget till ny tvistelov konstateras däremot uttryckligen att ex parte-möten är tillåtna vid domstolsanknuten medling, men uteslutna i domarens förlikningsverksamhet. Se NOU 2001:32, s. 11–12.

²²² Gällande tvångsmedling, se *Austbø – Engebretsen*, *Mekling i rettskonflikter*, s. 154–155.

²²³ Se RP 114/2004, s. 33. Se även *Ervasti*, *Sovittelu tuomioistuimessa*, s. 176.

²²⁴ Se RP 114/2004, s. 33.

någon uttrycklig hänvisning till rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande.

5.3.2 Behövs rätten till lika behandling vid domstolsanknuten medling?

Rätten till lika behandling hänger som ovan nämnts starkt samman med rätten till opartisk handläggning. Medan rätten till opartisk handläggning medför att medlaren inte får ta ställning för eller emot någondera parten medför rätten till lika behandling att medlaren skall behandla parterna jämlikt. Man kan således hävda att det i praktiken rör sig om olika aspekter av samma förfarandegaranti.

Man kan anlägga olika synpunkter på huruvida rätten till lika behandling skall tryggas vid domstolsanknuten medling eller inte. Eftersom rätten till lika behandling kan härledas från rätten till opartisk handläggning, vilken som ovan nämnts skall tryggas vid domstolsanknuten medling, kan man framhålla att det vore ohållbart om inte också rätten till lika behandling skulle ges betydelse i förfarandet.

Man kan emellertid också förfäktat åsikten att rätten till lika behandling rimmar illa med den domstolsanknutna medlingens karaktär av konsensusbaserad konfliktlösning på parternas villkor. Det faktum att den domstolsanknutna medlingens syfte är att lösa tvisten mellan parterna utgående från ett individuellt perspektiv, genom att låta parterna själva förfoga över tvisten, medför samtidigt att man starkt kan ifrågasätta huruvida det är ändamålsenligt att uppställa en rätt till lika behandling. Om det nämligen för lösningen av tvisten vore mest ändamålsenligt att parterna behandlades olika kan man förfäktat att rätten till lika behandling inte bör stå ivägen för detta.

Synen på huruvida rätten till lika behandling skall tryggas eller inte sammanhänger med betraktarens syn på den domstolsanknutna medlingen. Om man betonar förfarandets anknytning till rättsskipningen och dess roll som en del av den verksamhet som sker vid domstolarna ligger det nära till hands att anse att rätten till lika behandling inte kan förbises. Detta verkar vara utgångspunkten vid medling i tvistemål. Om man däremot betonar den domstolsanknutna medlingens släktskap med den alternativa tvistlösningen känns rätten till lika behandling främmande. Frågan är således även här hur starkt knuten till rättsskipningen den domstolsanknutna medlingen anses vara.

Den domstolsanknutna medlingen är förvisso en alternativ metod för tvistlösning men det faktum att förfarandet sker i anknytning till rättsskipningen gör att man enligt mitt förmenande inte helt kan förbigå rätten till lika behandling. Detta gäller särskilt metoder som är starkt knutna till rättsskipningen, t.ex. där förfarandet genomförs i anhängiga mål, där medlaren huvudsakligen utses bland domare vid den domstol där målet är anhängigt och där själva medlingen också

fysiskt genomförs vid domstolen. All domstolsanknuten medling – och särskilt sådan som uppvisar ovannämnda kännetecken – åberopar sig av rättsskipningens auktoritet på ett sätt som gör att rätten till lika behandling bör tryggas.

5.3.3 Utformning av rätten till lika behandling

Om man alltså uppställer en rätt till lika behandling vid domstolsanknuten medling är frågan givetvis hur denna rätt skall utformas. Det ligger nära till hands att utforma rätten utgående från den domstolsanknutna medlingens syfte att nå en förlikning – rätten får inte vara så omfattande att den förhindrar ett effektivt förfarande. Av särskilt intresse i detta sammanhang är *ex parte*-möten. Som ovan nämnts anses dessa ofta utgöra en organisk del av den domstolsanknutna medlingen. Sådana möten är inte i sig olämpliga med tanke på rätten till lika behandling, men en strikt utformning skulle utesluta att medlaren t.ex. träffade parterna olika många gånger (t.ex. så att medlaren träffade den ena parten en gång men den andra parten två gånger). Det vore kontraproduktivt om rätten till lika behandling utformades så att den förhindrade en effektiv användning av *ex parte*-möten.

Vid utformningen av rätten till lika behandling bör man därför beakta att förfarandet till syfte och utformning avviker avsevärt från rättsskipningen. Det faktum att man vid domstolsanknuten medling eftersträvar en förlikning på parternas villkor och att det saknas ett dömande element gör att det knappast finns skäl att utforma rätten till lika behandling lika strikt som vid rättsskipningen i gemen. Att därför utforma rätten till lika behandling så att den möjliggör att medlaren träffar parterna olika många gånger i enrum förefaller inte omöjligt, så länge rätten till lika behandling annars tryggas så att parterna generellt behandlas lika och ges samma möjligheter att föra fram sina synpunkter.

5.3.4 Behövs rätten till kontradiktoriskt förfarande vid domstolsanknuten medling?

Rätten till kontradiktoriskt förfarande kan uppfattas på olika sätt. Å ena sidan kan man förfäktat att rätten till kontradiktoriskt förfarande huvudsakligen innebär att parterna skall ha rätt att ta del av processmaterialet. Å andra sidan kan man förfäktat att rätten till kontradiktoriskt förfarande skall ges en mera vidsträckt tolkning och anses innefatta också en allmän rätt att bemöta det motparten fört fram.

Oberoende av vilken av ovannämnda tolkningar man ger rätten till kontradiktoriskt förfarande kan man fråga sig om rätten har någon relevans vid domstolsanknuten medling. I vartdera fallet torde rätten aktualiseras främst i förfarande

randen där avgörandet görs på basis av processmaterialet och på basis av vad parterna fört fram.²²⁵ Då ett dömande element saknas vid domstolsanknuten medling och förfarandet tvärtom i bästa fall resulterar i en överenskommelse mellan parterna kan man förfäktat att det heller inte finns något behov av en rätt till kontradiktoriskt förfarande. Detta avspeglas i praktiken i det faktum att t.ex. ex parte-möten anses vara oproblematiskska vid domstolsanknuten medling, trots att dessa innebär att medlaren mottar information av den ena parten som den andra parten inte har någon möjlighet att bemöta.

Att avfärda frågan om huruvida rätten till kontradiktoriskt förfarande skall tryggas vid domstolsanknuten medling med att hänvisa till att förfarandet saknar ett dömande element förefaller emellertid något förhastat. Särskilt i fråga om förfaranden som möjliggör evaluativ medling kan man förfäktat att rätten till kontradiktoriskt förfarande alls inte är betydelselös. Vid evaluativ medling värderar medlaren tvisten utgående från parternas framställningar. Även om medlaren inte fattar något avgörande i målet på basis av denna värdering säger det sig självt att medlarens värdering kan vara av stor praktisk betydelse för hur tvisten löses: på grund av sin auktoritetsställning har medlaren de facto större makt än en formell granskning av förfarandet låter påskina. Om medlaren gör en värdering av tvisten och kanske kommer med ett förlikningsförslag kan det i praktiken vara svårt för parterna att nå en förlikning som avviker från förslaget, särskilt i ett mål som är anhängigt. Medlarens värdering och förlikningsförslag uppfattas då lätt som en domsprognos. Det kan därför vara av betydelse att parterna haft möjlighet att bemöta vad motparten framfört.

Även i detta sammanhang är *ex parte*-möten av särskilt intresse. Vid *ex parte*-möten mottar medlaren information som motparten sannolikt inte är medveten om och som denna inte har någon möjlighet att bemöta. Vid evaluativ medling ligger det nära till hands att utgå från att den information medlaren mottar under *ex parte*-möten används också till att värdera tvisten. Riktigheten i detta kan givetvis ifrågasättas utgående från rätten till kontradiktoriskt förfarande.

Trots att man alltså kan finna motiv för att ge rätten till kontradiktoriskt förfarande större betydelse vid evaluativ än vid facilitativ medling torde det knappast finnas fog för att uppställa krav på att rätten till kontradiktoriskt förfarande skall tryggas vid domstolsanknuten medling. Visserligen är medlaren i en auktoritetsställning i förhållande till parterna men det är ändå parterna som i sista hand fattar beslut om huruvida en förlikning skall ingås eller inte och på vilka villkor. Att uppställa ett krav på kontradiktoriskt förfarande vid domstolsanknuten medling skulle rimma illa med rättsinstitutets natur som konsensusbaserat förfarande. Mot denna bakgrund ter det sig emellertid något förvånande att

²²⁵ Då det gäller processmaterialet är det ytterligare skäl att notera att såväl medling i tvistemål som rettsmekling utesluter att information som parterna får kännedom om vid den domstolsanknutna medlingen skulle kunna utnyttjas om medlingen inte resulterar i en förlikning.

man i propositionen till lagen om medling i tvistemål konstaterar att parterna skall ges samma möjligheter att bemöta den andra partens synpunkter. Samtidigt möjliggör man *ex parte*-möten, vilka som ovan nämnts i praktiken utesluter parternas möjligheter att bemöta den andra partens synpunkter. Mot denna bakgrund måste uttalandet i motiveringarna till lagen om medling i tvistemål snarast tolkas som ett uttryck för rätten till lika behandling, inte rätten till kontradiktoriskt förfarande: båda parterna skall ges samma möjligheter att bemöta motpartens synpunkter men denna rätt behöver inte gälla allt det som anförs. Huvudsaken är emellertid att parterna behandlas lika – utgående från detta vore det omöjligt att t.ex. ge den ena parten möjlighet att kommentera vad den andra anfört, men att förvägra motparten samma rättighet.

5.4 RÄTTEN TILL OFFENTLIG FÖRHANDLING

5.4.1 Finland, Norge och Sverige

Medling i tvistemål har som utgångspunkt att medling i tvistemål skall vara offentlig.²²⁶ Enligt 12 § 1 mom. lagen om medling i tvistemål gäller i fråga om offentligheten för medlingen, de handlingar som behandlas där och förlikningen i tillämpliga delar vad som föreskrivs i lagen om offentlighet vid rättegång (945/1984). I fråga om själva medlingsförfarandet innebär kravet på offentlighet att medlingssammanträdena som utgångspunkt skall vara öppna för allmänheten.

I 12 § lagen om medling i tvistemål ingår två möjligheter att begränsa offentligheten, utöver de möjligheter som lagen om offentlighet vid rättegång erbjuder. För det första utesluter det ovannämnda stadgandet att allmänheten är närvarande vid *ex parte*-möten. I lagens motiveringar anförs som stöd för detta att *ex parte*-möten ofta kräver konfidentialitet. Syftet med *ex parte*-möten är ju att utreda sådant som parten inte vill avslöja när motparten är närvarande och det vore därför bakvänt om allmänheten – men inte motparten – kunde följa handläggningen. I motiveringarna konstateras också uttryckligen att ett dylikt arrangemang kunde möjliggöra missbruk eftersom det bland åhörarna kunde ingå personer som skulle underrätta motparten om innehållet i *ex parte*-förhandlingarna.²²⁷

²²⁶ Att man tagit offentlighet som utgångspunkt är intressant med tanke på att Europarådet i sina rekommendationer om medling i civilmål konstaterat att medlingen bör vara konfidentiell så att den information som kommer fram under medlingen inte kan användas senare om inte detta uttryckligen tillåts av parterna eller av nationell lagstiftning. Se Europarådets rekommendation om medling i civilmål (Recommendation (2002) 10 of the Committee of Ministers on mediation in civil matters). Se även RP 114/2004, s. 13.

²²⁷ Se RP 114/2004, s. 42.

För det andra skall enligt 12 § lagen om medling i tvistemål också någon annan del av medlingen på begäran av en part genomföras utan att allmänheten är närvarande, om det finns risk för att förlikning annars inte nås, och tilltron till att medlingen går riktigt till eller något annat vägande skäl inte kräver att behandlingen är offentlig.

Bedömningen av huruvida förfarandet skall vara offentligt trots parternas begäran om icke-offentlighet görs av domstolen. Domstolen har således en separat prövningsrätt i fråga om huruvida förfarandet skall vara offentligt eller inte. I fråga om andra behandlingsfaser än ex parte-möten har parterna alltså ingen absolut rätt att få medlingen i tvistemål genomförd utan att allmänheten är närvarande.

I 13 § lagen om medling i tvistemål ingår vidare ett förbud mot utnyttjande av uppgifter. I en senare behandling av saken får en part inte utan motpartens samtycke åberopa sådant som denne anfört under medlingen för att uppnå förlikning. Med senare behandling avses t.ex. att medlingen i tvistemål inte resulterar i en förlikning och behandlingen av målet fortsätter som ett rättsskipningsärende. Något motsvarande stadgande om medlarens tystnadsplikt finns inte.

Vid norsk *rettsmekling*, däremot, är utgångspunkten en annan. Rettsmeklingen är icke-offentlig. Det konstateras uttryckligen att rettsmeklingen försiggår utanför rettsmøter, dvs. utanför den egentliga handläggningen av målet. Undantaget från rätten till offentlig förhandling torde kunna föras tillbaka på det faktum att rettsmeklingen inte anses vara en del av rättegången utan ett separat förfarande. Rettsmeklingen omfattas också av en tystnadsplikt för både parterna och medlaren. Tystnadsplikten uppmärksammas särskilt i förslaget till ny tvistelov, i vilket konstateras att parterna inte får *gi forklaring* om det som framkommit under rettsmeklingen, varken i det ifrågavarande målet eller i andra mål.

Av det svenska stadgandet om särskild medling framgår inte huruvida förfarandet skall vara offentligt eller inte. Utgångspunkten torde dock med hänvisning till förfarandets natur vara icke-offentlighet. Något stadgande om tystnadsplikt vid särskild medling finns heller inte. Behovet av tystnadsplikt har dock diskuterats i litteraturen.²²⁸ Vad gäller medlaren konstateras emellertid i förarbetena att medlaren definieras som en uppdragstagare hos myndighet enligt sekretesslagen.²²⁹ Detta innebär att medlaren har tystnadsplikt i fråga om sådana uppgifter som är sekretessbelagda enligt sekretesslagen (SFS 1980:100), t.ex. en enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden.²³⁰ I förarbetena diskuteras emellertid om man inte borde gå ännu längre och införa en regel om generell sekretess i fråga om uppgifter som lämnas inför en medlare om den part

²²⁸ Se Lindell, Alternativ tvistlösning, s. 127.

²²⁹ Se SOU 1982:26, s. 161. Utredningen hänvisar till 1 kapitlet 6 § sekretesslagen.

²³⁰ Se Lindell, Civilprocessen, s. 682

som lämnar uppgiften begär att den skall hållas hemlig.²³¹ Något sådant stadgande existerar emellertid inte, varför sekretessen är begränsad till de fall som nämns i den ifrågavarande lagen. Parternas tystnadsplikt diskuteras inte i förarbetena och någon tystnadsplikt för parterna kan inte anses föreligga annat än om man vid den särskilda medlingen separat avtalar om detta.

5.4.2 Behövs rätten till offentlig förhandling vid domstolsanknuten medling?

Frågan om huruvida rätten till offentlig förhandling skall tryggas vid domstolsanknuten medling är således omstridd och de presenterade förfarandena avviker i fråga om huruvida rätten till offentlig förhandling bör tryggas eller inte.²³² Som ovan nämnts utgår lagen om medling i tvistemål från att förfarandet är offentligt: ett stadgande om detta ingår i 12 § lagen om medling i tvistemål, i vilket det ingår en uttrycklig hänvisning till lagen om offentlighet vid rättegång.

I motiveringarna till 12 § lagen om medling i tvistemål motiveras offentligheten för det första med att denna tillgodoser den demokratiska kontrollen av rättsvården då allmänheten kan försäkra sig om förfarandets korrekthet genom att följa arbetet. För det andra anförts att offentligheten garanterar neutraliteten och opartiskheten i medlarens arbete, varför offentligheten ligger i parternas intresse.²³³ För det tredje motiveras offentligheten också med det faktum att medlingen bekostas av allmänna medel, varför det enligt propositionen bör anses vara korrekt att allmänheten genom att närvara kan följa vilka frågor som blir föremål för medling och sålunda bedöma ändamålsenligheten och effektiviteten i resursanvändningen för detta ändamål.²³⁴

²³¹ En motsvarande regel finns i 8 kapitlet 15 § sekretesslagen beträffande uppgifter som en part i en arbetstvist lämnar till en förlikningsman. I utredningen anför dock ett flertal skäl som talar mot en motsvarande reglering i fråga om medlare, bl.a. att förlikningsverksamheten i arbetstvister är av speciell natur och att eftersom särskild medling ligger förhållandevis nära domarens förlikningssträvanden i rättegången vore det svårt att motivera en total tystnadsplikt för medlaren men inte för domaren. Vidare anförts att det är vanskligt att särreglera sekretessen vid särskild medling utan att samtidigt överväga sekretessen i skiljeförfarandet, där motsvarande regler saknas. Det konstateras även att behovet av fullständig sekretess hos medlare torde vara avsevärt mindre än i fråga om skiljemän, eftersom tvisten vid särskild medling redan blivit anhängig och därmed offentlig. Se SOU 1982:26, s. 161–162. Se även *Lindell*, Civilprocessen, s. 682–683.

²³² För kritik av offentligheten, se *Ervasti*, Sovittelu tuomioistuimessa, s. 169–170.

²³³ Det är oklart om man med neutralitet och opartiskhet avser samma sak som i 6 § lagen om medling i tvistemål där det stadgas att medlingen skall genomföras med iakttagande av opartiskhet och objektivitet. Innehållet i begreppen neutralitet och objektivitet motsvarar inte helt varandra, utan objektivitet kan snarare uppfattas som ett överbegrepp som omfattar såväl neutralitet som opartiskhet. Det torde dock ligga nära till hands att anse att avvikelserna i begreppsanvändningen inte på denna punkt bör ges någon avgörande betydelse för tolkningen.

²³⁴ För diskussion gällande detta, se RP 114/2004, s. 40–41.

Både argumentet att offentligheten skall tillgodose den demokratiska kontrollen av rättsvården och argumentet att offentligheten skall garantera neutraliteten och opartiskheten i medlarens arbete torde i praktiken handla om samma sak, nämligen behovet att legitimera medlingen i tvistemål. Inom rättsskipningen anses rätten till offentlig förhandling ofta just ha en legitimerande funktion i förhållande till den maktutövning som rättsskipningen innebär. Den demokratiska kontrollen av rättsvården torde ofta genomföras just genom en kontroll av att domaren – eller i detta fall medlaren – förfar adekvat, dvs. i praktiken att han eller hon är neutral och opartisk. På detta sätt kopplas rätten till offentlig förhandling ofta samman med rätten till opartisk handläggning: genom att allmänheten tillåts närvara vid förfarandet blir kravet på att medlaren inte bara bör vara opartisk utan också verka opartisk mera konkret.

Man kan dock ifrågasätta vilken betydelse allmänhetens närvaro i praktiken har. Visserligen kan allmänheten säkerligen genom att närvara vid medlingen uppdaga flagranta brister i medlarens agerande. På samma sätt torde allmänhetens närvaro vara ett incitativ för medlaren att lägga extra vikt vid att uppträda korrekt. Mera subtila brister som hänför sig till medlarens förhållande till parterna kan dock vara hart när omöjliga för en utomstående att upptäcka. Mot denna bakgrund kan man fråga sig om allmänhetens roll som garant för rättsvårdens kvalitet och medlarens opartiskhet i praktiken är något mera än en läpparnas bekännelse.

Att genom rätten till offentlig förhandling ge allmänheten en roll som garant för medlarens opartiskhet kan särskilt ifrågasättas i den domstolsanknutna medlingens kontext. Eftersom den domstolsanknutna medlingen på många sätt avsevärt avviker från rättsskipningen är det motiverat att också tolkningen av rätten till opartisk handläggning avviker. Denna distinktion torde dock vara i det närmaste omöjlig för allmänheten att göra. En utomstående som iakttar hur medlaren (som ju vid medling i tvistemål alltid är en domare vid den domstol där medlingen försiggår) försöker få parterna att förlikas kan uppfatta medlaren som partisk utgående från den tolkning rätten till opartisk handläggning ges i rättsskipningen trots att medlaren de facto inte är partisk utgående från den tolkning som rätten till opartisk handläggning ges vid domstolsanknuten medling. En dylik situation är knappast optimal.

Således finns det skäl att starkt ifrågasätta huruvida rätten till offentlig förhandling kan motiveras med allmänhetens roll som garant för demokratisk kontroll och adekvat förfarande vid medling i tvistemål, och vid domstolsanknuten medling i gemen.

Vad för det tredje gäller argumentet att medlingen bekostas av allmänna medel, varför det bör anses vara korrekt att allmänheten genom att närvara kan följa vilka frågor som blir föremål för medling och sålunda bedöma ändamålsenligheten och effektiviteten i resursanvändningen för detta ändamål kan man konstatera att samma resonemang som ovan håller streck på flera punkter. Det

stämmer förvisso att domstolsanknuten medling bekostas med allmänna medel, eftersom förfarandet utövas inom ramen för domstolarnas verksamhet. Dock kan man även på denna punkt ifrågasätta allmänhetens förmåga att bedöma ändamålsenligheten och effektiviteten i resursanvändningen. En sådan bedömning beror givetvis alltid på vilken måttstock man anlägger – dvs. ett hårdant förfarande allmänheten anser vara ändamålsenligt och effektivt. Med beaktande särskilt av det faktum att den domstolsanknutna medlingen till sin utformning avviker avsevärt från rättsskipningen föreligger det därmed en uppenbar risk för att allmänheten inte finner förfarandet ändamålsenligt och effektivt därför att det jämförs med rättsskipningen. Om så sker förfelas givetvis syftet med rätten till offentlig förhandling.

Frågan om medling i tvistemål skulle vara offentlig eller inte blev föremål för särskilt intresse i lagutskottet. Lagutskottet konstaterade att medling i tvistemål är ett nytt rättsinstitut i finsk rätt, vilket väsentligen baserar sig på strävan att bygga upp en så förtroendefull kommunikation mellan parterna att de kan bilägga sina meningsskiljaktigheter.²³⁵ Lagutskottet konstaterade emellertid också att medling i tvistemål är myndighetsutövning, vilket innebär att förfarandets möjligheter att lyckas baserar sig på det förtroende som myndighetsutövningen åtnjuter på grund av särskilda förfarandegarantier och andra rättsskyddsfaktorer. Utgående från detta ansåg lagutskottet att lagförslagets utgångspunkt om att medlingen i tvistemål skulle vara offentlig var motiverad, även om medling i tvistemål inte direkt kan jämföras med en rättegång. Lagutskottet konstaterade att offentligheten är till fördel särskilt eftersom den tryggar att de handlingar som behandlas i medlingen och själva förlikningen är offentliga.

Frågan huruvida rätten till offentlig förhandling skall tryggas vid domstolsanknuten medling sammanhänger med vilken syn man anlägger på förfarandets anknytning till rättsskipningen. Den domstolsanknutna medlingen är ju – till skillnad från medling och skiljeförfarande – alltid knuten till rättsskipningen, vid vilken rätten till offentlig förhandling spelar en framträdande roll.

Om man betonar förfarandets anknytning till rättsskipningen – att det ofta är domare som fungerar som medlare och att förfarandet för det mesta genomförs i anhängiga mål – ligger det nära till hands att anse att rätten till offentlig förhandling bör tryggas också vid domstolsanknuten medling. Man anlägger då lätt ett krav på att förfarandet skall bidra till att upprätthålla tilltron till rättsväsendet, för vilket i sin tur rätten till offentlig förhandling anses vara en garanti.

Om man däremot betonar den domstolsanknutna medlingens karaktär av alternativ tvistlösning ter sig rätten till offentlig förhandling inte alls lika självskriven. Den domstolsanknutna medlingens syfte är att få parterna att nå en förlikning och det torde vara klart att detta syfte bäst uppnås om förfarandet är icke-offentligt: en förlikning uppkommer ofta om medlaren lyckats skapa en

²³⁵ Se LaUB 4/2005, s. 5.

förtroendefull atmosfär under medlingen och detta torde vara svårt att uppnå i närvaro av utomstående. Detta talar för att rätten till offentlig förhandling bör uteslutas vid domstolsanknuten medling.

Då man granskar behovet av en rätt till offentlig förhandling i förhållande till domstolsanknuten medling är det skäl att uppmärksamma skillnaden mellan facilitativ och evaluativ medling. Vid facilitativ medling, där medlaren har som uppgift att enbart hjälpa parterna att nå en uppgörelse i godo, kan man hävda att rätten till offentlig förhandling bör ges mindre betydelse än vid evaluativ medling, där medlaren också värderar tvisten och eventuellt kommer med lösningsförslag. Vid facilitativ medling är medlarens roll nämligen ofta rätt tillbakadragen och han eller hon vidtar föga sådana åtgärder som skulle kunna rubba tilltron till att medlingen går riktigt till. Evaluativ medling, däremot, påminner i högre grad om rättsskipningen och medlaren har en betydligt aktivare roll än vid facilitativ medling. Därmed kan man också argumentera för att rätten till offentlig förhandling kunde ges större betydelse vid evaluativ medling än vid facilitativ medling.

Mot denna bakgrund är den lösning man stannat för i lagen om medling i tvistemål intressant. Lagen om medling i tvistemål hänvisar uttryckligen till lagen om offentlighet vid rättegång, vilken uttryckligen gäller rättegångar. Hänvisningen indikerar att lagstiftaren uppenbarligen uppfattat medling i tvistemål som jämförbar med rättsskipning, vilket i sin tur avspeglar ett starkt legalistiskt synsätt som bortser från förfarandets karaktär av alternativ tvistlösning. Man kan fråga sig om detta är motiverat. Som framgår av granskningen ovan är de motiveringar för offentlighet som anförs i förarbetena till lagen om medling i tvistemål knappast övertygande i den domstolsanknutna medlingens kontext. Med beaktande av att domstolsanknuten medling är en tvistlösningsmetod som baserar sig på frivillighet och flexibilitet och att den har som syfte att parterna skall nå en uppgörelse i godo rimmar det illa med den domstolsanknutna medlingens grundtanke att rätten till offentlig förhandling tryggas i förfarandet. Offentlighet vid domstolsanknuten medling torde i själva verket ofta vara kontraproduktiv i förhållande till rättsinstitutets syfte: allmänhetens närvaro försvårar uppnåendet av en uppgörelse i godo.

Dessa faktorer sammantagna talar starkt för att det inte finns ett behov av att trygga rätten till offentlig förhandling vid domstolsanknuten medling. I förhållande till medling i tvistemål kan man därför fråga sig om det inte varit mera ändamålsenligt att stadga att handläggningen skall vara icke-offentlig om inte parterna uttryckligen begär motsatsen. Detta var utgångspunkten i det arbetsgruppsbetänkande som legat till grund för lagberedningen. Det är dock skäl att notera att betänkandet på denna punkt innefattade en avvikande åsikt av tre av arbetsgruppens medlemmar, vilka förordade den nu gällande regleringen.

Det är dock ytterligare skäl att notera att det faktum att den domstolsanknutna medlingen är anknuten till rättsskipningen innebär att själva uppgiften om

att medling försiggår inte kan hållas hemlig. Anknytningen till rättsskipningen motiverar därmed att förfarandet är diarieoffentligt. Oberoende av om förfarandet i övrigt är offentligt eller inte bör uppgifter om i vilka mål domstolsanknuten medling sker samt vem som fungerar som medlare vara offentliga. Det säger sig självt att frågan om diarieoffentligheten blir intressant snarast då domstolsanknuten medling genomförs i mål som inte är anhängiga vid domstol, vilket möjliggörs vid medling i tvistemål. Mål som redan är anhängiga omfattas hur som helst av diarieoffentligheten, varför det knappast torde vara av betydelse om den domstolsanknutna medlingen är diarieoffentlig eller inte.

5.4.3 Undantag från rätten till offentlig förhandling enligt lagen om medling i tvistemål

Som ovan nämnts innehåller 12 § lagen om medling i tvistemål två undantag från rätten till offentlig förhandling. För det första utesluter det ovannämnda stadgandet att allmänheten är närvarande vid *ex parte*-möten. För det andra skall också någon annan del av medlingen på begäran av en part genomföras utan att allmänheten är närvarande, om det finns risk för att förlikning annars inte nås, och tilltron till att medlingen går riktigt till eller något annat vägande skäl inte kräver att behandlingen är offentlig.

Regleringen av undantagen från offentlighet i 12 § lagen om medling i tvistemål avviker från vad som föreslogs i det lagförslag som ingick i propositionen. Även detta gav två möjligheter att begränsa offentligheten. För det första föreslogs att *ex parte*-möten kunde genomföras utan allmänhetens närvaro om en part begärde att *ex parte*-mötet skulle vara icke-offentligt. För det andra föreslogs att vissa delar av medlingen på en parts begäran skulle kunna genomföras utan allmänhetens närvaro om en offentlig behandling riskerade medlingens syfte. Som ovan nämnts är medlingens syfte enligt 2 § lagen om medling i tvistemål att nå en uppgörelse i godo. Som exempel på när det ifrågakarande undantaget kunde tillämpas nämndes en situation där parterna tillsammans värderar förlikningsvillkoren med tanke på vad som är godtagbart för dem bägge. Om utomstående kunde närvara i detta skede av förhandlingarna kunde detta skada en fördomsfri behandling av ärendet och parternas förlikningsvilja.²³⁶ Dock föreslogs i propositionen att offentligheten på denna grund endast skulle kunna begränsas om det inte förutsattes att behandlingen skulle vara offentlig för att bevara förtroendet för rättsvärderna eller av något annat vägande skäl. Som exempel på ett sådant fall nämndes medling i frågor av särskilt stor samhällelig betydelse.²³⁷

²³⁶ Se RP 114/2004, s. 42.

²³⁷ Se RP 114/2004, s. 42.

Enligt propositionens lagförslag var det således domstolen som i sista hand skulle avgöra om det fanns skäl att göra undantag från förfarandets offentlighet – både i fråga om ex parte-möten och i fråga om andra behandlingsfaser. I fråga om ex parte-möten angavs i motiveringarna inga exempel på vilka synpunkter domstolen skulle anlägga vid bedömningen. I fråga om övriga behandlingsfaser skulle medlaren enligt propositionen bedöma om det är ändamålsenligt att samtycka till parternas begäran. Denna ändamålsenlighetsbedömning skulle göras med hänsyn till att medlingens syfte annars kunde äventyras och med hänsyn till de omständigheter som talar för offentlighet. I motiveringarna till förslaget konstaterades dock att det i regel vore skäl för domstolen att bifalla parternas begäran eftersom den domstolsanknutna medlingen är avsedd att genomföras i enlighet med parternas önskan och eftersom man på detta sätt kan bevara parternas förtroende för förfarandet.

Den i propositionen föreslagna regleringen mötte dock motstånd i lagutskottet. Lagutskottet ansåg att man borde betona själva förlikningsförhandlingarnas konfidentialitet i högre grad och föreslog därför att ex parte-möten alltid skulle vara icke-offentliga. I fråga om andra behandlingsfaser än ex parte-möten konstaterade lagutskottet att särskild vikt borde läggas vid parternas uppfattning om huruvida allmänhetens närvaro kan utgöra en risk för att förlikning inte nås. Enligt lagutskottet borde parternas begäran om icke-offentlighet som huvudregel tjäna som bevis på detta. Lagutskottet ansåg dock att man inte helt kunde utesluta det allmänna intresset. Av denna orsak föreslogs att medlingen trots parternas begäran skulle vara offentlig om tilltron till att medlingen går riktigt till eller något annat vägande skäl så kräver. I fråga om detta sista villkor hänvisade lagutskottet till 6 § 1 mom. lagen om medling i tvistemål, enligt vilken medlingen skall genomföras snabbt och med iakttagande av opartiskhet och objektivitet. Lagutskottet nämnde som exempel att om parterna är mycket ojämlika kan tilltron till att medlingen går riktigt till kräva att allmänheten tillåts närvara åtminstone under någon del av förfarandet. De av lagutskottet föreslagna ändringarna godkändes av riksdagen.

De två undantagen från rätten till offentlig förhandling kan anses väl motiverade i en kontext där förfarandet i grunden är offentligt. Vad gäller det första undantaget förefaller det ändamålsenligt att ex parte-möten alltid är icke-offentliga. I motiveringarna till 12 § lagen om medling i tvistemål konstaterades uttryckligen att det kunde försämrade en parts tillit till förfarandet och försämrade viljan att agera i enlighet med medlingens syften om parternas begäran om icke-offentlighet vid ex parte-möten avlogs. Mot denna bakgrund och med tanke på att ex parte-möten för det mesta kräver konfidentialitet förefaller det därför mera ändamålsenligt att helt utesluta offentligheten vid ex parte-möten än att – som i propositionens lagförslag – göra frågan beroende av domstolens prövning.

Även det andra undantaget förefaller motiverat. Eftersom parterna bäst torde kunna bedöma huruvida allmänhetens närvaro utgör en risk för att förlikning

inte nås bör det räcka med parternas blotta begäran för att utesluta offentligheten. Det torde inte vara skäl att ge domstolen någon separat prövningsrätt på denna punkt.

I fråga om det andra undantaget torde skillnaderna mellan propositionens lagförslag och lagtexten ha föga praktisk betydelse och propositionens motiveringar kan därmed anses vara användbara trots att utformningen av stadgandet sedermera ändrats. För det första talade man i propositionens lagförslag om att en offentlig behandling utgjorde en risk för medlingens syfte medan man i 12 § lagen om medling i tvistemål talar om att en offentlig behandling utgör en risk för att en förlikning annars inte nås. Denna skillnad är enbart skenbar: medlingens syfte är enligt 2 § lagen om medling i tvistemål att nå en uppgörelse i godo och skillnaden mellan propositionens lagförslag och lagtexten är således att man i lagtexten explicit skrivit ut medlingens syfte och inte enbart hänvisat till detta. För det andra talade man i lagförslaget om ”förtroendet för rättsvården” och i lagen om ”tilltron till att medlingen går riktigt till”. Inte heller denna skillnad kan anses vara av avgörande betydelse. Sannolikt kan lagtextens utformning föras tillbaka på det faktum att medling de facto inte kan anses vara rättsvård.

Man kan dock kritisera hur stadgandet gällande det andra undantaget är utformat. Eftersom man enligt motiveringarna utgått från att parternas begäran skall räcka för att utesluta offentligheten förefaller tillägget ”om det finns risk för att förlikning annars inte nås” föga motiverat. Detta tillägg indikerar nämligen att domstolen skulle ha en separat prövningsrätt. Man kan även fråga sig om inte tillägget dessutom är ett slags truism: offentlighet torde i de flesta fall av domstolsanknuten medling utgöra en viss risk för att förlikning inte nås. Eftersom medling handlar om kommunikation och ömsesidiga eftergifter torde allmänhetens närvaro kunna försvåra medlingen. Utgående från detta hade det därför räckt med att stadga att också någon annan del av medlingen skall genomföras utan att allmänheten är närvarande om en part så begär.

Då det emellertid gäller stadgandet om att förfarandet trots en parts begäran kan vara offentligt om tilltron till att medlingen går riktigt till eller något annat vägande skäl inte kräver att behandlingen är offentlig kan man ifrågasätta lagutskottets motiveringar. I lagutskottets betänkande nämns som exempel att allmänhetens närvaro kan förutsättas särskilt i fall där parterna är mycket ojämlika och man hänvisar uttryckligen till 6 § 1 mom. lagen om medling i tvistemål, enligt vilken medlingen skall genomföras med iakttagande av opartiskhet och objektivitet. Situationer där det föreligger stor skillnad i styrkeförhållandena mellan parterna är problematiska i medlingssammanhang, eftersom det finns en uppenbar risk för att den starkare parten utnyttjar den svagares ställning för att genomdriva sina intressen. I en dylik situation är medlaren ofta rätt hjälplös, eftersom direkt processledning för att balansera parternas styrkeförhållanden bör anses utesluten. Om parterna är ojämlika och den starkare under medlingen pressar den svagare till förlikning är medlarens enda vapen därmed ofta att av-

bryta medlingen. Genom att göra så kan medlaren givetvis bevara tilltron till att medlingen går riktigt till, men det kan ifrågasättas huruvida detta kan anses vara en åtgärd som visar att medlaren är objektiv och opartisk.

Slutligen är det skäl att också fråga sig om de ovannämnda undantagen i 12 § lagen om medling i tvistemål är förenliga med lagen om offentlighet vid rättegång. Lagen om offentlighet vid rättegång innehåller ett stadgande om att offentligheten kan begränsas genom stadganden i någon annan lag, varför det inte torde vålla problem att de undantag som nämns i 12 § lagen om medling i tvistemål inte faller direkt under någon av de undantagsgrunder som nämns i lagen om offentlighet vid rättegång.

5.4.4 Undantag från rätten till offentlig förhandling enligt mänskorättskonventionen

Förutom den ovannämnda nationella regleringen av rätten till offentlig förhandling tryggas denna rätt även i artikel 6.1 i mänskorättskonventionen. Som ovan nämnts kan man diskutera huruvida artikel 6.1 i mänskorättskonventionen skall tillämpas på domstolsanknuten medling. Trots att artikeltexten inte direkt ger stöd för ett sådant synsätt förefaller det i det närmaste omöjligt att man inom domstolsväsendet kunde ägna sig åt verksamhet som inte skulle omfattas av mänskorättskonventionens krav på en rättvis rättegång. Av denna anledning är det skäl att också granska rätten till offentlig förhandling i förhållande till mänskorättskonventionen.

Granskningen av undantagen från rätten till offentlig förhandling vid domstolsanknuten medling gäller inte i första hand medling i tvistemål. Eftersom denna enligt 12 § lagen om medling i tvistemål är offentlig säger det sig självt att rätten till offentlig förhandling enligt artikel 6.1 i mänskorättskonventionen tryggas. Då det emellertid gäller rettsmekling och särskild medling, vid vilka rätten till offentlig förhandling som utgångspunkt inte tryggas, är det givetvis skäl att fästa uppmärksamhet vid de undantag som mänskorättskonventionen medger. I tillägg till detta bör givetvis också de undantag från rätten till offentlig förhandling som ingår i 12 § lagen om medling i tvistemål granskas utgående från mänskorättskonventionen för att säkerställa att undantagen är acceptabla i förhållande till denna.

Artikel 6.1 i mänskorättskonventionen innehåller således ett antal möjligheter till att göra undantag från rätten till offentlig förhandling.²³⁸ Det av dessa un-

²³⁸ De övriga undantagen är att offentligheten kan inskränkas (i) av hänsyn till sedligheten, (ii) av hänsyn till den allmänna ordningen, (iii) av hänsyn till den nationella säkerheten, (iv) av hänsyn till minderåriga och (v) av hänsyn till parternas privatliv. Dessa övriga undantag torde inte finna tillämpning på domstolsanknuten medling annat än i undantagsfall där detta sammanhänger med det ifrågavarande målet.

dantag som främst är av intresse i förhållande till domstolsanknuten medling är att undantag från rätten till offentlig förhandling kan göras i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt i fall där offentlighet på grund av särskilda omständigheter skulle skada rättvisans intresse.

Det förefaller berättigat att börja med en granskning av huruvida det med hänsyn till det ifrågavarande undantaget är befogat att, som i norsk rettsmekling, göra domstolsanknuten medling icke-offentlig. För det första bör man fråga sig vad som avses med rättvisans intresse. I brist på praxis har det anförts att man vid tolkningen av begreppet rättvisans intresse kunde utgå från den i konventionspraxis utarbetade doktrinen om statens prövningsmarginal (*margin of appreciation*), vilken har utvecklats i konventionspraxis i samband med tolkningen av inskränkningarna av artiklarna 8–11.²³⁹ Enligt doktrinen har konventionsstaterna rätt att i vissa fall själva bedöma i vilken grad en rättighet som tryggas av konventionen kan inskränkas utan att inskränkningen för den skull kränker den ifrågavarande rättigheten.

Vidare kunde man vid tolkning av begreppet rättvisans intresse också utgå från begreppet nödvändigt i ett demokratiskt samhälle (*necessary in a democratic society*) i artiklarna 8–11. Det har anförts att andan i de ifrågavarande artiklarna är densamma som i artikel 6.1, varför inskränkningen av rätten till offentlig förhandling bör gå i samma riktning som inskränkningen av de rättigheter som tryggas i de ifrågavarande artiklarna.²⁴⁰

Vidare kan man fråga sig om det föreligger ett intresse för rättvisa vid domstolsanknuten medling. Begreppet rättvisans intresse hör hemma i rättsskipningen där domstolen utövar kontroll över utgången. Däremot förefaller begreppet malplacerat i den alternativa tvistlösningens kontext. Domstolsanknuten medling är ju en alternativ metod för tvistlösning där man inte eftersträvar rättvisa utan en uppgörelse i godo på parternas villkor.

Man kan emellertid också anlägga ett holistiskt perspektiv och utgående från detta ge begreppet rättvisans intresse en mera vidsträckt tolkning. Utgående från detta perspektiv kan man se domstolsanknuten medling som en tvistlösningsmetod som kompletterar rättsskipningen och erbjuder ett effektivt alternativ till densamma. Den domstolsanknutna medlingen stöder därmed rättvisans intresse genom att en del mål som annars skulle avgöras genom rättsskipning kanaliseras till domstolsanknuten medling – detta avlastar rättsskipningen och möjliggör för denna att förverkliga rättvisans intresse i högre grad än annars. Utgående från detta perspektiv kan man således anse att rättvisans intresse är av relevans också i den domstolsanknutna medlingens kontext.

²³⁹ Se *Harris m.fl.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 219. Gällande innehållet i statens prövningsmarginal, se *Yourow*, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*.

²⁴⁰ Se *Harris m.fl.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 219.

Ett undantag från rätten till offentlig förhandling förutsätter vidare att offentlighet skulle skada rättvisans intresse på grund av särskilda omständigheter. Att sådana särskilda omständigheter föreligger vid domstolsanknuten medling kan motiveras med medlingens syfte att nå en uppgörelse i godo. Detta syfte kan knappast uppnås effektivt om förfarandet är offentligt och den domstolsanknutna medlingen kan vara ett effektivt alternativ till rättsskipning endast om förfarandet är icke-offentligt. Endast som icke-offentligt tjänar förfarandet således rättvisans intresse. Utgående från detta resonemang kan man således hävda att det föreligger sådana särskilda omständigheter som avses i konventionen.

Ett undantag från rätten till offentlig förhandling förutsätter ytterligare att det är strängt nödvändigt att begränsa offentligheten. Hur begreppet strängt nödvändigt skall tolkas enligt konventionen är oklart – på denna punkt saknas praxis. Ledning kunde dock tas i motsvarande begrepp som används i andra artiklar, t.ex. begreppet absolut nödvändigt (*absolutely necessary*) i artikel 2. Även på denna punkt torde det ligga nära till hands att hänvisa till medlingens syfte: eftersom syftet knappast torde kunna uppnås om medlingen är offentlig kan man anse det vara strängt nödvändigt att förfarandet är icke-offentligt.

Utgående från resonemanget ovan kan man således motivera att rettsmekling är undantagen offentlighet.

En granskning av om de undantag från rätten till offentlig förhandling som stadgas i 12 § lagen om medling i tvistemål är förenliga med artikel 6.1 i mänskorättskonventionen bör göras från samma utgångspunkter. Man bör dock hålla i minnet att medling i tvistemål är offentlig och att undantagen gäller enbart vissa behandlingsfaser: ex parte-möten är alltid icke-offentliga medan andra behandlingsfaser kan vara icke-offentliga om parterna så begär och en offentlig behandling skulle riskera att en förlikning uppnås och det inte förutsatts att behandlingen är offentlig för att bevara förtroendet för att medlingen genomförs korrekt eller av något annat vägande skäl.

Då det för det första gäller ex parte-möten är dessa, som ovan nämnts, en vital fas i den domstolsanknutna medlingen. Vidare säger det sig självt att ex parte-möten där allmänheten men inte motparten tillåts närvara förlorar sin karaktär. Mot denna bakgrund och med hänvisning till resonemanget ovan förefaller det berättigat att hävda att det i fråga om ex parte-möten är strängt nödvändigt att begränsa rätten till offentlig förhandling, eftersom offentlighet på grund av särskilda omständigheter skulle kunna skada rättvisans intresse.

Vad för det andra gäller andra behandlingsfaser än ex parte-möten utgår 12 § lagen om medling i tvistemål således från att dessa på begäran av en part skall genomföras utan att allmänheten är närvarande om det finns risk för att förlikning annars inte nås och tilltron till att medlingen går riktigt till eller något annat vägande skäl inte kräver att behandlingen är offentlig. När man tolkar detta undantag mot bakgrunden av mänskorättskonventionen kan man anse att behovet att undvika att riskera att en förlikning inte nås kan ses som en sådan sär-

skild omständighet som skulle kunna skada rättvisans intresse. Också begränsningen av undantaget, dvs. de situationer där det förutsätts att behandlingen skall vara offentlig, kan ses som en hänvisning till rättvisans intresse.

Givetvis kan man även i fråga om undantagen i 12 § lagen om medling i tvistemål ifrågasätta huruvida begreppet rättvisans intresse kan anses adekvat i den domstolsanknutna medlingens kontext. Till denna del gäller samma argumentation som ovan.

Som framgår av resonemanget ovan förefaller de undantag från rätten till offentlig förhandling som stadgas i 12 § lagen om medling i tvistemål vara förenliga med artikel 6.1 i mänskorättskonventionen.

Det som torde förorsaka problem både i förhållande till möjligheten att helt utesluta offentligheten vid domstolsanknuten medling och att inskränka offentligheten i delar av förfarandet är det faktum att man i konventionstexten uttryckligen hänvisar till domstolen som den som beslutar om att göra undantag från rätten till offentlig förhandling. Detta indikerar att det är fråga om en bedömning som görs från fall till fall, inte att undantag kan göras för ett helt rättsinstitut på lagstiftningsnivå eller för delar av detta.

5.4.5 Tystnadsplikt

Rätten till opartisk handläggning hänger nära samman med behovet av en tystnadsplikt för parter och medlare. Till medlarens *modus operandi* hör att han eller hon under förfarandet skall upprätta en så förtroendefull atmosfär att parterna kan nå en förlikning. Detta förutsätter att parterna litar på att den information som lagts fram under förfarandet inte läcker ut eller på annat sätt används mot parterna i ett senare skede.

En tystnadsplikt för parterna kan motiveras bl.a. med att avsaknaden av densamma i värsta fall kan hindra parterna från att helhjärtat delta i medlingen. I stället kan parterna av rädsla för senare missbruk vara återhållsamma med information, vilket kan minska möjligheterna att genomföra medlingen på ett sätt som överensstämmer med parternas intresse. Det bör därför vara sanktionerat för parterna att vid en senare rättegång använda sig av vad motparten anfört och vilka eftergifter motparten eventuellt gjort.

Även en tystnadsplikt för medlaren kan motiveras med motsvarande argument. Medlarens tystnadsplikt borde gälla också i förhållande till den domare som eventuellt kommer att avgöra målet om medlingen inte resulterar i förlikning. Vad parterna under medlingssammanträdena avslöjat för medlaren om t.ex. sina mål i tvisten och gränserna för vid vilket belopp förlikning kan uppnås får medlaren inte föra vidare. Om sådana uppgifter kom till domarens kännedom skulle han eller hon inte kunna fortsätta som domare i målet. Även på denna punkt tangerar rätten till offentlig förhandling alltså rätten till opartisk

handläggning. Som ovan nämnts i samband med rätten till opartisk handläggning är en central förutsättning att man skiljer åt domarens och medlarens person. På grund av de skäl som angivits ovan är detta av betydelse också i fråga om tystnadsplikt och bör understrykas med särskilda bestämmelser.²⁴¹

När man granskar medling i tvistemål kan man konstatera att denna omfattar ett förbud mot utnyttjande av uppgifter i förhållande till parterna. Enligt 13 § lagen om medling i tvistemål får en part inte utan motpartens samtycke i en senare behandling av saken åberopa sådant som motparten anfört under medlingen för att uppnå förlikning. Enligt lagens motiveringar garanterar stadgandet medlingens konfidentialitet: om medgivanden som en part gör under medlingen kan åberopas av motparten vid en senare behandling försvagar detta parternas vilja att engagera sig i medlingen och agera för att uppnå dess syften.²⁴² Det konstateras uttryckligen att förbudet gäller det parten anfört för att uppnå förlikning.

Förbudet mot utnyttjande av uppgifter i 13 § lagen om medling i tvistemål bör anses adekvat. Däremot kan motiveringarna till detta förbud delvis ifrågasättas. För det första hänvisas i motiveringarna till att ett motsvarande förbud finns i 39 § i de vägledande reglerna om god advokatsed.²⁴³ Det är dock skäl att notera att de vägledande reglerna om god advokatsed tillämpas enbart på advokater och således inte på advokatens huvudman. Något förbud för parterna i en rättegång att åberopa förlikningsanbud i ett senare skede finns inte. Stadgandet om tystnadsplikt för parterna vid medling i tvistemål kan därför svårligen jämföras med stadgandet i de vägledande reglerna om god advokatsed.

För det andra kan man fråga sig om förbudet mot utnyttjande av uppgifter gäller allt som en part anfört under medlingen eller enbart vissa delar av det som anförts. Enligt 13 § lagen om medling i tvistemål gäller tystnadsplikten sådant som en part ”anfört under medlingen för att uppnå förlikning”. Frågan är därmed om en part under medlingen kan anföra något i annat syfte än att uppnå förlikning och som därmed inte skulle omfattas av tystnadsplikten. Svaret på denna fråga torde vara nej. Eftersom syftet med förfarandet enligt 2 § lagen om medling i tvistemål är att nå en uppgörelse i godo kan man hävda att allt som anförts under medlingen anförts för att uppnå förlikning. En dylik tolkning innebär att tystnadsplikten utsträcks till allt det parterna anför under medlingen. Detta bör också anses vara korrekt, eftersom en motsatt tolkning skulle leda till svåra tolkningsproblem i praktiken.

²⁴¹ I den utvärdering som gjorts av den norska försöksordningen med rettsmekling tog man också upp denna problematik. Det empiriska materialet visade att en stor del av ombuden och parterna betvivlar att medlaren iakttar sin tystnadsplikt medan medlarna själva i de allra flesta fallen angav att de inte äventyrat sekretessbestämmelserna. Se utvärderingen Raskere? Billigere? Vennligere? Evaluering av prøveordningen med rettsmekling, s. 12 och 95–96. Se även *Austbø – Englebreiten*, *Mekling i rettskonflikter*, s. 41.

²⁴² Se RP 114/2004, s. 42.

²⁴³ Se RP 114/2004, s. 42.

Formuleringen av stadgandet avviker något från vad som föreslogs i det arbetsgruppsbetänkande som legat till grund för lagberedningen. Arbetsgruppen föreslog inte enbart att det skulle vara förbjudet att direkt åberopa dylika uppgifter utan också att avslöja dem.²⁴⁴ Man kan fråga sig om inte arbetsgruppens formulering varit mera adekvat. Skillnaden mellan en tystnadsplikt som omfattar enbart att åberopa vissa fakta och att avslöja dylika är markant. Lagens ”åberopa” bör tolkas utgående från reglerna om åberopsbörda.²⁴⁵ Detta innebär att en part kränker sin tystnadsplikt enligt 13 § lagen om medling i tvistemål enbart om han eller hon direkt åberopar vissa rättsfakta som lagts fram under medlingen. Med tanke på medlingens syfte och syftet med tystnadsplikt vid medling förefaller en dylik reglering oändamålsenlig. Den domstolsanknutna medlingen strävar inte efter att klarlägga juridiska fakta, varför det i samband med den lätt kommer fram sådant som i en senare rättegång endast med svårighet kan kläs i sådan dräkt att det uppfyller kraven på åberopande. Däremot kan det trots detta finnas ett starkt intresse för att skydda dylik information av andra orsaker, t.ex. parternas förtroende för medlingen och dess praktiska genomförande. På det sätt som stadgandet nu är utformad är det ifrågasatt om dylik information skyddas. Detta måste anses vara ett missförhållande.

Nämnda 13 § lagen om medling i tvistemål gäller enbart parterna – lagen om medling i tvistemål innehåller inga stadganden som skulle ålägga medlaren någon tystnadsplikt. Detta torde ha sin förklaring i det faktum att förfarandet enligt 12 § lagen om medling i tvistemål är offentligt. Det ligger nära till hands att tänka sig att man i lagberedningen ansett det olämpligt att ålägga medlaren en tystnadsplikt i ett offentligt förfarande. I det arbetsgruppsbetänkande som legat till grund för beredningen föreslogs medling i tvistemål däremot vara icke-offentlig och i linje med detta föreslogs ett uttryckligt stadgande om att varken medlaren eller dennes biträde skulle få avslöja något som parterna anfört under medlingen.

Behovet av en tystnadsplikt för medlaren accentueras vid *ex parte*-möten.²⁴⁶ Den norska regleringen om rettsmekling uppställer, till skillnad från medling i tvistemål, en sådan tystnadsplikt. Syftet med *ex parte*-möten är ju att medlaren skall vinna parternas tillit så mycket att de för medlaren avslöjar även sådant som de inte vill att motparten skall få kännedom om. För att *ex parte*-mötena skall fylla sin funktion bör parterna kunna lita på att medlaren inte för motparten avslöjar vad de anförtrott honom eller henne.

I litteraturen har man utgående från den norska regleringen diskuterat vilka etiska problem som kan uppkomma i förhållande till medlarens tystnadsplikt.

²⁴⁴ Se Tuomioistuinsovittelu. Työryhmän mietintö 2003:2, s. 64.

²⁴⁵ Gällande detta, se t.ex. *Lappalainen*, Siviiliprosessioikeus, s. 393–398 och *Virolainen*, Lainkäyttö, s. 270–271.

²⁴⁶ Gällande medlarens tystnadsplikt vid *ex parte*-möten, se *Austbø – Engebretsen*, Mekling i rettskonflikter, s. 166–167.

Kravet på absolut tystnadsplikt för medlaren i fråga om vad som framkommit under ex parte-möten kan nämligen stå i vägen för en etiskt försvarlig förlikning.²⁴⁷ Om en part vid ett ex parte-möte ger medlaren upplysningar som denne anser vara en avgörande förutsättning för den andra parten men som den part som ger upplysningarna förutsätter att inte får avslöjas är medlarens sits svår. Det har anförts som en klar utgångspunkt att medlaren inte får medverka till förlikningar som medlaren vet att bygger på ofullständiga eller oriktiga upplysningar.²⁴⁸ Om parten inte tar rättning trots att medlaren påtalar olägenheten måste medlaren avsluta medlingen utan att tystnadsplikten äventyras.

Det hade enligt mitt förmenande varit skäl att ta in ett stadgande om en tystnadsplikt för medlaren också i lagen om medling i tvistemål. Även om man i 12 § lagen om medling i tvistemål stadgar att förfarandet skall vara offentligt hade detta knappast hindrat att medlaren ålagts en tystnadsplikt. Detta hade väsentligen ökat förtroendet för tvistlösningsmetoden. Man torde knappast kunna motivera avsaknaden av en tystnadsplikt med det faktum att förfarandet är offentligt. Dels torde medlingssammanträden i praktiken ofta vara icke-offentliga, eftersom allmänhetens intresse för dem och möjlighet att få kännedom om dem är ringa. Dels medger 12 § lagen om medling i tvistemål som ovan nämnts möjligheter till undantag från offentligheten. Då explicita stadganden om en tystnadsplikt för medlaren nu saknas innebär detta i alla fall i teorin en lucka i skyddet av parternas konfidentiella uppgifter. I fall där man enligt 12 § lagen om medling i tvistemål gör undantag från rätten till offentlig förhandling är det därför i princip fritt fram för medlaren att avslöja vad som framkommit under sammanträdena. Det hade därför varit på sin plats att stadga även om en tystnadsplikt för medlaren, åtminstone i de fall där förfarandet är icke-offentligt. En motsvarande tystnadsplikt borde givetvis också gälla medlarens biträde. På denna punkt kan man således hävda att den norska regleringen är mera ändamålsenlig än den finska och framför allt att den överensstämmer bättre med den domstolsanknutna medlingens syfte.

5.5 SAMMANFATTNING

Granskningen ovan ger vid handen att det främst är rätten till opartisk handläggning och i dess kölvatten också rätten till lika behandling som bör ges betydelse vid domstolsanknutna medling. Så har också skett i de presenterade förfarandena. Rätten till opartisk handläggning och rätten till lika behandling tryggar dels parternas tilltro till förfarandet, dels förfarandets legitimitet i allmänhetens ögon. På grund av den domstolsanknutna medlingens särdrag, där med-

²⁴⁷ Se *Austbø – Engebretsen*, *Mekling i rettskonflikter*, s. 166–167.

²⁴⁸ Se *Vindeløv*, *Konfliktmægling*, s. 215.

larens huvudsakliga uppgift är att hjälpa parterna att nå en förlikning och inte att döma i målet, är det inte nödvändigt att uppställa lika höga krav på rätten till opartisk handläggning som i rättsskipningen. Trots avsaknaden av ett dömande element är det viktigt att medlarens möjligheter att delta i den fortsatta behandlingen av målet utesluts för att rätten till opartisk handläggning skall kunna tryggas. Medlaren bör under inga omständigheter kunna övergå till att döma i målet i det fall att medlingen inte resulterar i någon förlikning.

Eftersom den domstolsanknutna medlingen saknar ett dömande element har rätten till kontradiktoriskt förfarande föga betydelse. Detta gäller särskilt facilitativ medling, där medlarens uppgift enbart är att hjälpa parterna att nå en uppgörelse i godo. Större skäl att uppmärksamma rätten till kontradiktoriskt förfarande finns emellertid i fråga om evaluativ medling, där medlaren värderar tvisten och eventuellt kommer med lösningsförslag. Eftersom medlaren dock heller inte vid evaluativ medling avgör tvisten utan avgörandet alltid ligger i parternas händer finns det inte skäl att trygga rätten till kontradiktoriskt förfarande heller vid evaluativ domstolsanknuten medling.

Rätten till offentlig förhandling är den kanske mest problematiska av de granskade förfarandegarantierna. Man kan med fog hävda att ett till alla delar offentligt medlingsförfarande knappast uppfyller sitt syfte. Man kan också fråga sig om inte förfarandets alternativa karaktär går förlorad om man betonar vikten av att förfarandet är offentligt. Att emellertid helt utesluta offentligheten – som man gjort t.ex. i rettsmekling – är inte helt lätt att motivera. Det förefaller i stället mera berättigat att som vid medling i tvistemål stadga att förfarandet i sig är offentligt men att man kan göra undantag från offentligheten på vissa grunder. Dylika undantag kan lättare anses vara i överensstämmelse med de undantagsgrunder som ingår i mänskorättskonventionen. För att en dylik reglering emellertid inte skall inkränkta på den domstolsanknutna medlingens syfte att nå en uppgörelse i godo bör undantagen ges en vid utformning och domstolens prövningsrätt i så hög grad som möjligt uteslutas.

De svårigheter det medför att motivera att rätten till offentlig förhandling helt och hållet utesluts vid domstolsanknuten medling är ytterligare ett tecken på den domstolsanknutna medlingens hybrida natur. Det faller sig inte lätt att tvinga in den domstolsanknutna medlingen i redan existerande fällor.

Vilka förfarandegarantier som skall tryggas vid domstolsanknuten medling sammanhänger starkt med synen på den domstolsanknutna medlingens natur. Om man betonar förfarandets anknytning till rättsskipningen medför detta att den domstolsanknutna medlingen skall trygga parternas rättsskydd och att förfarandegarantierna skall tillmätas stor betydelse. Om man däremot betonar förfarandets karaktär av alternativ tvistlösning medför detta att förfarandet skall vara fritt och inte begränsas av rigida förfarandegarantier.

Eftersom den domstolsanknutna medlingen genomförs i anknytning till rättsskipningen kan förfarandet trots sin starka prägel av partsautonomi inte vara

helt fritt i förhållande till förfarandegarantierna. Domstolarnas samhälleliga uppgift är att tillhandahålla rättvisa och att erbjuda parterna rättsskydd på ett sätt som överensstämmer med förfarandegarantierna vid rättsskipningen. Trots att den domstolsanknutna medlingen alltså är alternativ i förhållande till rättsskipningen präglas förfarandet av det faktum att medlingen sker i anknytning till domstolens verksamhet. Detta medför bl.a. också att själva förfarandet vid domstolsanknutna medling tar intryck av förfarandet vid rättegång.²⁴⁹ Sett ur denna synvinkel kan man hävda att den domstolsanknutna medlingen skall bidra till att upprätthålla allmänhetens tilltro till rättsväsendet. På denna punkt är förfarandegarantierna av central betydelse.

Att den domstolsanknutna medlingen skall bidra till att upprätthålla allmänhetens tilltro till rättsväsendet innebär dock inte att förfarandegarantierna skall utformas på samma sätt som vid rättsskipningen. Den domstolsanknutna medlingen resulterar ju inte i ett slutligt avgörande på basis av en juridisk värdering, varför behovet av förfarandegarantier inte är lika starkt som i rättsskipningen. Kravet på förfarandegarantier vid domstolsanknutna medling kan sägas huvudsakligen hänföra sig till det strukturella faktum att förfarandet är anknutet till rättsskipningen och inte till ett behov att de facto trygga parternas rättsskydd. Förfarandegarantierna tryggar därför snarare förfarandets legitimitet än parternas rättsskydd i det enskilda fallet. Detta bör givetvis beaktas vid utformningen av garantierna.

²⁴⁹ Se t.ex. *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 663. Lindell konstaterar uttryckligen att om tvisten är anhängig vid domstol skall den av parterna först få uttala sig som skulle ha hållit sakframställan om målet hade behandlats vid domstol. Denna synpunkt är intressant eftersom rättsskipningens inverkan på hur medling utformas generellt anses vara liten, främst kanske på grund av att det vid medling saknas ett motsatsförhållande mellan parterna. Boulle definierar avsaknaden av ett motsatsförhållande som den största skillnaden mellan medling och rättsskipning. Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 74.

6 Spänningen mellan partsautonomi och rättsskydd

Eftersom domstolsanknuten medling kombinerar drag av såväl rättsskipning som alternativ tvistlösning ligger det nära till hands att fråga sig vilken vikt partsautonomi och rättsskyddet har i förfarandet. Frågan kan granskas utgående från en systematisk ansats: om man uppfattar att domstolsanknuten medling systematiskt står närmare den alternativa tvistlösningen än rättsskipningen förefaller det naturligt att betona partsautonomins betydelse. Detta ligger nära till hands, eftersom partsautonomi är central i all alternativ tvistlösning. Precis som medling är domstolsanknuten medling i avgörande grad beroende av parternas gemensamma vilja. Detta tar sig något olika uttryck i de presenterade förfarandena. Vid medling i tvistemål är parternas samtycke en absolut förutsättning för att inleda medlingen, medan rettsmekling utgår från att domstolen skall lägga vikt vid parternas vilja då den fattar beslut om att inleda medling.²⁵⁰ I samtliga förfaranden har parterna stora möjligheter att själva påverka hur förfarandet utformas.

Om man däremot uppfattar att domstolsanknuten medling systematiskt ligger närmare rättsskipningen än den alternativa tvistlösningen förefaller det naturligt att betona rättsskyddet. Detta ligger nära till hands eftersom man, som ovan nämnts, kan se en viss korrelation mellan anknytningen till rättsskipningen och rättsskyddets betydelse. Rättsskyddets betydelse vid domstolsanknuten medling framträder bl.a. genom att domstolen i flera av förfarandena har en separat prövningsrätt när det gäller att fatta beslut om att inleda förfarandet – trots parternas unisona viljeyttring kan domstolen således avslå parternas begäran om domstolsanknuten medling. Domstolen har också en central roll då det gäller att utse medlaren.

Rättsskyddets betydelse avspeglas också i kravet på förfarandegarantier. Genom att uppställa krav på förfarandegarantier försäkrar man sig om en miniminivå på förfarandet, vilken i sin tur har som syfte att trygga rättsskyddet för parterna. Då man frågar sig huruvida förfarandegarantier skall tryggas i ett visst förfarande kan man förfäktas åsikten att ett visst mått av förfarandegarantier bör

²⁵⁰ Av motiveringarna till lagen om medling i tvistemål framgår även att partsautonomi givits stor betydelse vid utformningen av rättsinstitutet. Se t.ex. RP 114/2004, s. 20, där det konstateras att det följer av dispositionsprincipen att domstolen i regel skall remittera ett mål till medling om behandlingen av rättegångsären den tillåter detta och om parterna begär medling. Se även RP 114/2004, s. 18, där det konstateras att den domstolsanknutna medlingen skall vara ett starkt partsfokuserat förfarande och bygga helt på frivillighet.

tryggas i alla tvistlösningsmetoder som är anknutna till rättsskipningen. Detta ställningstagande baserar sig då på att man anser att anknytningen till rättsskipningen förutsätter att metoden tryggar en miniminivå av rättsskydd för parterna.

Utöver anknytningen till rättsskipningen påverkas kravet på förfarandegarantier också av huruvida en tvistlösningsmetod innefattar ett dömande element eller inte. Detta har framgått i samband med granskningen av skiljeförfarandet ovan. Något dömande element existerar inte vid domstolsanknuten medling, vilken i bästa fall resulterar i ett avtal mellan parterna. Däremot innefattar domstolsanknuten medling som ovan nämnts ett värderande element, vilket delvis fyller samma funktion som ett dömande element, om än i lindrigare form. Det säger sig självt att om ett värderande element är så starkt att det bidrar till hur tvisten avgörs bör detta få implikationer också för kravet på förfarandegarantier.

7 Reglering av hybridmetoder

7.1 INLEDNING

Då man knyter alternativa metoder för tvistlösning till rättsskipningen inställer sig givetvis frågan i vilken utsträckning sådana metoder bör regleras. De ovan presenterade exemplen på domstolsanknuten medling intar något olika ställning i denna fråga: finsk medling i tvistemål och norsk rettsmekling är relativt reglerade, medan svensk särskild medling inte regleras av några detaljerade stadganden om hur förfarandet skall utformas.

För reglering talar det faktum att den domstolsanknutna medlingen är anknuten till rättsskipningen. Detta sammanhänger med det faktum att rättsskipningen är så reglerad: om en tvistlösningsmetod är anknuten till rättsskipningen innebär det att förfarandet i viss mån bör tillgodose parternas rättsskydd och upprätthålla allmänhetens tilltro till rättsväsendet.²⁵¹ Ofta krävs även någon form av reglering redan för att göra det möjligt för domstolen att t.ex. remittera ett mål till domstolsanknuten medling.

Att reglera domstolsanknuten medling är emellertid inte helt oproblematiskt. Frågan är nämligen hur stort mått av reglering man kan acceptera utan att den domstolsanknutna medlingens alternativa karaktär går förlorad.²⁵² Frågan är också om och i vilken utsträckning det kan vara av nöden att genom reglering precisera förhållandet mellan domstolsanknuten medling och domarens förlikningsverksamhet.

Nedan kommer jag att granska vilka frågor som uppkommer i förhållande till reglering av domstolsanknuten medling, särskilt i förhållande till domarens förlikningsverksamhet. Denna granskning sker utgående från hur rättsinstituten reglerats i Finland.

²⁵¹ Gällande betydelsen av allmänhetens tilltro till rättsväsendet, se *Lambertz* i Festskrift till Per Henrik Lindblom, s. 371. *Lambertz* konstaterar att allmänhetens tilltro till rättsväsendet är den fråga som jurister har störst anledning att engagera sig i vid sidan om lagarnas och rättsväsendets sakliga kvalitet.

²⁵² Gällande denna problematik, se *Koulu* i *Prosessioikeus*, s. 1043. *Koulu* talar om allt mera formaliserad (*formalisoituva*) alternativ tvistlösning. Se även *Rognes – Sky*, *Jussens Venner* 1999, s. 241. *Rognes – Sky* konstaterar att man internationellt kommit långt med att formalisera och institutionalisera medling och annan alternativ tvistlösning.

7.2 I FOKUS: DOMSTOLSANKNUTEN MEDLING OCH DOMARENS FÖRLIKNINGSVERKSAMHET

Såväl domstolsanknuten medling som domarens förlikningsverksamhet är alternativa i förhållande till rättsskipningen såtillvida att de har som syfte att parterna skall nå en förlikning. Samtidigt är de dock knutna till rättsskipningen. Bägge rättsinstituten är föremål för viss reglering: domstolsanknuten medling regleras i lagen om medling i tvistemål medan domarens förlikningsverksamhet grundar sig på stadganden i 5 kapitlet rättegångsbalken. På detta grundläggande plan är alltså båda rättsinstituten reglerade.

Då det gäller detaljregleringen av rättsinstituten föreligger vissa skillnader. Lagen om medling i tvistemål innehåller delvis relativt ingående stadganden om hur den domstolsanknutna medlingen skall genomföras. Hur förfarandet slutligen utformas överlämnas dock till medlaren och parterna. I fråga om domarens förlikningsverksamhet, i sin tur, saknas detaljreglering. Regleringen begränsar sig till de två stadganden i rättegångsbalken enligt vilka domstolen skall utreda om det finns förutsättningar för en förlikning och försöka få parterna att förlikas samt under vissa omständigheter ge ett förlikningsförslag. Hur domarens förlikningsverksamhet i praktiken gestaltas överlämnas även här till huvudsakligen domarens omdöme.

I fråga om bägge rättsinstituten är det således medlaren/domaren som rent konkret kan påverka hur förfarandet utformas i praktiken. Detta medför givetvis en viss risk för att förfarandena inte enbart kompletterar utan också överlappar varandra. Rättsinstituten uppvisar ett antal gemensamma nämnare – båda har som mål att parterna skall nå en förlikning, båda kan genomföras i anhängiga mål och i båda förfaranden är det domaren som är aktör. De gemensamma nämnarna gör att det föreligger en viss risk för att rättsinstituten utformas mer eller mindre identiskt utan att någon egentlig skillnad uppkommer mellan dem.

I Norge har man uppmärksammat denna problematik och infört reglering för att undvika överlappningar. I det föreliggande förslaget till ny *tvistelov*, i vilket *rettsmekling* föreslås bli permanent, drar man upp gränserna för vad som är tillåtet respektive förbjudet i rettsmekling och domarens förlikningsverksamhet. Man slår fast att medlaren i rettsmekling får träffa parterna var för sig och ge förlikningsförslag. Vid domarens förlikningsverksamhet däremot anses dessa två åtgärder uttryckligen vara förbjudna.²⁵³

Som granskningen ovan visat är det just *ex parte*-möten och förlikningsförslag som kan vålla huvudbry i förhållande till förfarandegarantierna. Rettsmekling utesluter flera av dessa potentiella problem genom att åtgärda riskerna på

²⁵³ Se NOU 2001:32, s. 11–12.

ett normativt plan. Rettsmeklingen kan emellertid kritiseras för att urvattna såväl den domstolsanknutna medlingens som domarens förlikningsverksamhets grundtanke om frivillighet och flexibilitet. Denna grundtanke torde förverkligas maximalt om rättsinstitutet belastas av ett minimum av reglering eller – om reglering är av nöden – att normerna utformas vagt för att rättsinstitutets karaktär skall kunna bibehållas. Endast om så sker kan rättsinstitutet anpassas på ett sätt som är adekvat i den enskilda tvisten. Rigid reglering, i sin tur, begränsar lätt användningsområdet för såväl domstolsanknuten medling och domarens förlikningsverksamhet. Utgående från detta kan man hävda att den finska utgångspunkten bättre än den norska motsvarar grundtanken i såväl den domstolsanknutna medlingen som domarens förlikningsverksamhet.

7.3 REGLERING OCH DISKURSERNA OM CIVILPROCESSENS FUNKTION

7.3.1 Inledning

För att rättsinstitutet skall kunna anpassas på ett sätt som är adekvat i den enskilda tvisten bör således eventuella normer utformas vagt. Man frågar sig givetvis vilka följder detta får i praktiken. Normerna om domstolsanknuten medling och domarens förlikningsverksamhet utgör ypperliga exempel på normgivningen i det senmoderna samhället, vilken ofta är vag och elastisk. Vaga och elastiska normer medför som ovan nämnts en maktförskjutning i riktning mot domstolarna, eftersom den vaga utformningen utökar utrymmet för tolkning.²⁵⁴ Detta i sin tur betyder att domarens värden och värderingar får stor betydelse: medlaren/domaren har stora möjligheter att utforma förfarandet i enlighet med sin egen uppfattning.

I detta sammanhang förefaller det naturligt att återknyta till granskningen av

²⁵⁴ Man kan på denna punkt dra paralleller till hur civilprocessens funktion förverkligas i samband med tillämpning av generalklausuler. Gällande detta, se *Lindell*, Partsautonomins gränser, s. 89–90. Lindell konstaterar, med hänvisning till Teubner, att under liberalismen begränsades avtalsfriheten endast av de i samhället giltiga moralnormerna. På 1800-talet skedde dock en stor samhällsomvandling i industrialismens kölvatten och man ansåg inte längre att konflikter kunde självregleras med hänvisning till rådande moralvärderingar utan att det bl.a. också krävdes att man tog hänsyn till den svagare parten. I samband med detta inträdde generalklausulerna på arenan som ett redskap för staten att påverka moraluppfattningen i samhället genom handlingsdirigering. Lindell förefaller dock ställa sig kritisk till denna uppfattning och konstaterar att generalklausuler utan större begränsningar ger utrymme för såväl handlingsdirigering som konfliktlösning, men att de primärt anknyter till gällande moral och därför torde vara konfliktlösande. Utgående från Lindells synsätt kan man fråga sig om inte den domstolsanknutna alternativa tvistlösningen bör ses som en ny typ av generalklausuler, dvs. metoder för tvistlösning som lämnar utrymme för såväl handlingsdirigering som konfliktlösning beroende på domarens värderingar, inte statens vilja att styra de enskilda samhällsmedborgarnas handlande.

diskurserna om civilprocessens funktion i kapitel II. Domarens värden och värderingar avspeglas nämligen bl.a. i hans eller hennes uppfattning om civilprocessens funktion: man kan hävda att diskurserna om civilprocessens funktion är en abstraktion av betraktarens värden och värderingar. I det följande kommer jag att granska hur de två huvudsakliga diskurserna om civilprocessens funktion – handlingsdirigering och konfliktlösning – aktualiseras av de vaga normerna om domstolsanknuten medling och domarens förlikningsverksamhet.

7.3.2 Domstolsanknuten medling

Synen på civilprocessens funktion som handlingsdirigerande betonar vikten av att varje tvist löses på ett sätt som bidrar till att styra framtida handlande hos inte bara parterna utan medborgarna i allmänhet. En person som anser att civilprocessens funktion huvudsakligen bör vara att styra utomprocessuellt handlande, dvs. vara handlingsdirigerande, anser eventuellt domstolsanknuten medling vara olämplig i civilprocessens kontext: förfarandet bidrar ju inte till att upprätthålla civilprocessens handlingsdirigerande funktion. Tvärtom förhindrar rättsinstitutet handlingsdirigering, eftersom förfarandet har som syfte att parterna skall nå en uppgörelse i godo. Handlingsdirigeringen förhindras särskilt om den uppgörelse som nås vid domstolsanknuten medling inte behöver fastställas och därmed inte blir offentlig. Detsamma gäller om den uppgörelse som eftersträvas inte behöver överensstämja med gällande rätt utan kan bygga på skälighet. Den som är övertygad om att civilprocessen bör fungera handlingsdirigerande torde eventuellt ha svårt att acceptera den domstolsanknutna medlingen.

Synen på civilprocessens funktion som konfliktlösande, däremot, betonar vikten av att den enskilda konflikten löses utgående från parternas intressen, oberoende av om en sådan lösning överensstämmer med några högre samhällsmål. En person som anser att civilprocessens huvudsakliga funktion bör vara att lösa enskilda konflikter torde förhålla sig relativt positivt till domstolsanknuten medling. En sådan person torde se en tydlig beställning på domstolsanknuten medling.²⁵⁵ Likaså torde en sådan person generellt sett förhålla sig positiv till alternativ tvistlösning. Den domstolsanknutna medlingen ses kanske som ett välkommet tillskott till existerande tvistlösningsmetoder.

Den inverkan synen på civilprocessens funktion får på hur den domstolsanknutna medlingen utformas i praktiken torde dock dämpas något av det faktum att alla domare knappast kommer att fungera som medlare. Medling i tvistemål

²⁵⁵ I förarbetena till lagen om medling i tvistemål kan man skönja ett visst konfliktlösande perspektiv. Se RP 114/2004, s. 18. I propositionen konstateras att medlingens syfte är förenligt med domstolarnas samhälleliga uppgift som konfliktlösare.

utgår från att förfarandet kräver sådana färdigheter av domarna att det kan vara skäl att för detta ändamål välja särskilda domare. I praktiken torde detta leda till att främst sådana domare som har ett intresse av domstolsanknuten medling – och som följaktligen sannolikt ser civilprocessens funktion som konfliktlösande – kommer att fungera som medlare. Domare som däremot förhåller sig avvaktande till rättsinstitutet – och som följaktligen sannolikt ser civilprocessens funktion som handlingsdirigerande – kommer knappast att fungera som medlare. Det kan antas att detta urval av medlare får inverkningar för hur normerna om domstolsanknuten medling tolkas.

Den domstolsanknutna medlingen genomförs av en medlare, varför det är medlaren som tolkar normerna och varför det följaktligen är dennes syn på civilprocessens funktion som blir utslagsgivande för hur tolkningen utfaller. Emellertid kan diskurserna om civilprocessens funktion få betydelse också på ett annat plan. Eftersom domstolsanknuten medling inleds på basis av ett beslut av domstol kan även synen hos den domare som behandlar ansökan om domstolsanknuten medling få relevans. Detta gäller särskilt medling i tvistemål, där domstolen har en separat prövningsrätt i fråga om huruvida förfarandet skall inledas eller inte. Domaren bör i detta sammanhang pröva dels om domstolsanknuten medling är lämplig, dels om den är ändamålsenlig. Det säger sig självt att en dylik prövning kan påverkas av domarens syn på civilprocessens funktion.

Uppfattningen om civilprocessens funktion är av betydelse också i fråga om huruvida förfarandegarantier skall tryggas vid domstolsanknuten medling. En person som ser civilprocessens funktion som handlingsdirigerande torde lägga stor vikt vid att förfarandegarantier tryggas. Endast om förfarandet varit oantastligt kan det läggas till grund för dirigerings i framtiden. En person som emellertid betonar civilprocessens konfliktlösande funktion kan eventuellt anse att förfarandegarantierna är av underordnad betydelse. Eftersom det enda syftet med den domstolsanknutna medlingen enligt detta synsätt är att lösa konflikten mellan parterna kan man lätt föreställa sig att en uppfattning om att ändamålen helgar medlen kan komma att påverka tolkningen av förfarandegarantierna. Man kan t.ex. tänka sig att en person som uppfattar civilprocessens funktion som konfliktlösande har lättare att acceptera att parterna tillåts disponera över t.ex. rätten till opartisk handläggning så länge detta inte innebär att rätten inskränks på ett oacceptabelt sätt.

Uppfattningen om civilprocessens funktion är av betydelse också för hur den domstolsanknutna medlingen inordnas i civilprocessrättens systematik. På grund av rättsinstitutets hybrida natur är frågan givetvis om den domstolsanknutna medlingen över huvudtaget kan systematiseras som en del av rättsskipningen eller om den bör systematiseras som en del av den alternativa tvistlösningen. Om civilprocessens funktion uppfattas som handlingsdirigerande kan den domstolsanknutna medlingen knappast inordnas som en del av rättsskip-

ningen. Den domstolsanknutna medlingens syfte är ju att nå en förlikning utgående från parternas intressen, inte ett avgörande med utgångspunkt i gällande rätt. Den domstolsanknutna medlingen måste därmed systematiseras som en del av den alternativa tvistlösningen.

Om civilprocessens funktion däremot uppfattas som konfliktlösande möjliggör detta att systematisera den domstolsanknutna medlingen som en del av rättsskipningen. Det faktum att man i den domstolsanknutna medlingen eftersträvar en uppgörelse i godo utgör då inget hinder för att uppfatta den domstolsanknutna medlingen som en del av rättsskipningen: en syn på civilprocessens funktion som konfliktlösande möjliggör nämligen också att alternativa metoder för tvistlösning systematiseras som rättsskipning.

7.3.3 Domarens förlikningsverksamhet

I fråga om domarens förlikningsverksamhet innebär de vaga och elastiska normerna att betraktarens syn på civilprocessens funktion inverkar dels på hur befogad eller viktig förlikningsverksamheten anses vara, dels på vilket innehåll förlikningsverksamheten i praktiken ges.²⁵⁶

En person som ser civilprocessens huvudsakliga funktion som handlingsdirigerande kan lätt inta en i grunden negativ inställning till förlikningsverksamheten. En ortodox anhängare av handlingsdirigering kan anse att förlikningsverksamheten är olämplig eftersom man eftersträvar en förlikning och förhindrar att mål avgörs genom dom. Förlikningsverksamheten minskar också prejudikatsbyggnaden, vilken är av central betydelse för upprätthållandet och stärkandet av den handlingsdirigerande funktionen.

Uppfattningen om civilprocessens funktion som handlingsdirigerande kan också få verkningar för hur förlikningsverksamheten utövas i praktiken.²⁵⁷ En person som anser att civilprocessen bör vara handlingsdirigerande torde utgå från att de förlikningar som uppnås till följd av domarens förlikningsverksamhet till sitt innehåll överensstämmer med materiell rätt. Detta innebär alltså att domaren inte bör försöka få parterna att förlikas till vilket pris som helst utan att han eller hon tvärtom endast bör medverka till förlikningar vilkas innehåll motsvarar en presumtiv dom i målet. Endast under sådana omständigheter bidrar förlikningen till att ge de materiella normerna genomslagskraft i samhäl-

²⁵⁶ Om funktionernas betydelse för synen på domarens förlikningsverksamhet, se *Ervasti*, DL 2004, s. 833–837.

²⁵⁷ Gällande detta, se t.ex. *Lappalainen*, Siviilijutun käsittely käräjäoikeudessa vuoden 2002 uudistuksen mukaan, s. 94. Lappalainen konstaterar att hur eftersträvarsvärt det än är att parterna förlikas i en rättegång medför förlikningsverksamheten problem i fråga om hur aktivt domaren kan eftersträva förlikning. Lappalainen konstaterar att konfliktlösning inte är civilprocessens enda funktion utan att den även bör förverkliga rätten i varje enskilt fall samt vara handlingsdirigerande.

let.²⁵⁸ För att en förlikning skall vara förenlig med civilprocessens handlingsdirigerande funktion bör den alltså motsvara en presumtiv dom i målet och får inte beakta utomrättsliga faktorer.

En person som däremot betonar civilprocessens konfliktlösande funktion torde förhålla sig betydligt positivare till domarens förlikningsverksamhet. Den allmänna hållningen till rättsinstitutet torde vara positiv, eftersom domarens förlikningsverksamhet bidrar till en effektiv konfliktlösning. Att förlikningsverksamheten förvisso innebär att det uppkommer färre prejudikat ses knappast som problematiskt eftersom prejudikatsbildningen anses sakna ett egenvärde i en konfliktlösande kontext.

En betoning av civilprocessens konfliktlösande funktion torde också inverka på hur rättsinstitutet tolkas. Eftersom det huvudsakliga syftet är att uppnå en förlikning torde i det närmaste alla medel vara tillåtna. Vidare saknas ett behov av att binda förlikningens innehåll till materiell rätt och domaren kan fritt beakta också utomrättsliga faktorer.

Även i fråga om domarens förlikningsverksamhet kan uppfattningen om civilprocessens funktion få verkningar för tolkningen av förfarandegarantierna. Precis som i fråga om den domstolsanknutna medlingen ovan torde synen på civilprocessens funktion som handlingsdirigerande innebära att stor vikt läggs vid att förfarandegarantierna tryggas. En syn på civilprocessens funktion som konfliktlösande, däremot, kan eventuellt få motsatt effekt.

Då det gäller frågan om funktionsdiskursernas betydelse för systematiseringen kan man konstatera att motsvarande frågeställningar som vid domstolsanknuten medling knappast uppkommer i förhållande till systematiseringen av domarens förlikningsverksamhet. Trots att även domarens förlikningsverksamhet är alternativ i förhållande till rättsskipningen är den samtidigt klart en fas i rättegången. Den systematiska utgångspunkten torde därför vara klar: domarens förlikningsverksamhet bör systematiskt hänföras till rättsskipningen. Denna utgångspunkt kan eventuellt kritiseras utgående från förlikningsverksamhetens syfte. Precis som i fråga om den domstolsanknutna medlingen är också syftet med domarens förlikningsverksamhet att nå en förlikning. Man kan gi-

²⁵⁸ Se *Ekelöf m.fl.*, Rättegång V, s. 66. Ekelöf framhåller att domaren genom sin processledning kan medverka till att den förlikning som nås ligger så nära det materiella rättsläget som möjligt. Jfr dock *Laukkanen* i *Sovittelu ja muut vaihtoehdot* konfliktinratkaisumenetelmät, s. 129. Enligt *Laukkanen* frigör sig kompromissförlikningar visserligen från den handlingsdirigerande funktionen eftersom de inte upprepar och fastställer innehållet i den materiella rätten. Dock visar den diskussion som förts om restorativ rätt enligt *Laukkanen* att också individuella förlikningar kan stöda samhällsmoralen och uppmuntra medborgarna till ett normenligt beteende. Förlikningar i enlighet med parternas vilja betyder därigenom inte nödvändigtvis att man överger den handlingsdirigerande funktionen. *Laukkanen* anser också att en förlikning tryggar rättsfriden till och med bättre än en dom. Se även *Ekelöf* i *Festskrift till Lars Welamson*, s. 133, *Ervasti*, *Riitaprosessiuidustuksen arviointi*, s. 59–60, *Koulu* i *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*, osa 2, s. 190, *Aaltonen*, LM 2000, s. 1322 och *Kangasluoma*, *Oikeus* 1999, s. 263.

vetvis fråga sig hur väl detta passar ihop med en uppfattning om civilprocessens funktion som handlingsdirigerande. Att förfäktat åsikten att domarens förlikningsverksamhet skulle stå utanför civilprocessens systematik vekar dock inte hållbart.

7.3.4 Slutsats

Vaga och elastiska normer om domstolsanknuten medling och domarens förlikningsverksamhet förefaller vara av nöden för att man skall kunna bibehålla rättsinstitutens alternativa karaktär. Samtidigt innebär det emellertid att domarens värden och värderingar får stor betydelse för hur rättsinstituten tolkas och systematiseras. Dessa värden och värderingar kan abstraheras som betraktarens uppfattning om civilprocessens funktion.²⁵⁹ Uppfattningen om civilprocessens funktion utgör därmed den bakgrund mot vilken de enskilda rättsinstituten granskas och uppställer gränser för tolkningen. Civilprocessens funktion fungerar alltså som referensram vid tolkningen och systematiseringen av enskilda rättsinstitut.

Såväl domstolsanknuten medling som domarens förlikningsverksamhet förefaller existensberättigade endast utgående från civilprocessens konfliktlösningsfunktion. Man kan därför hävda att enbart medlare eller domare som ser civilprocessens funktion som konfliktlösningsfunktion borde ägna sig åt sådan verksamhet. Vid domstolsanknuten medling utgår man som ovan nämnts från att enbart vissa domare skall fungera som medlare. Det förefaller sannolikt att sådana domare har en mer eller mindre uttalad syn på civilprocessens funktion som konfliktlösningsfunktion och därigenom också en uppfattning om att den domstolsanknutna medlingen är berättigad. I fråga om domarens förlikningsverksamhet saknas däremot en motsvarande möjlighet till urval: skyldigheten att utreda möjligheterna till förlikning åligger alla domare som handlägger tvistemål. Att på motsvarande sätt som vid domstolsanknuten medling välja de domare som skulle utöva domarens förlikningsverksamhet skulle inte vara möjligt.

En person som uppfattar civilprocessens funktion som handlingsdirigerande kan t.ex. ta avstånd från såväl domstolsanknuten medling som domarens förlikningsverksamhet inom de gränser som kravet på laglydighet uppställer. En person som däremot uppfattar civilprocessens funktion som konfliktlösningsfunktion torde förhålla sig positiv till såväl domstolsanknuten medling som domarens förlikningsverksamhet.

²⁵⁹ Vilket som är sambandet mellan en enskild persons uppfattning om enskilda rättsinstitut och hans eller hennes samhällssyn har diskuterats. Trots att några direkta slutsatser inte kan dras ligger det nära till hands att utgå från att samhällssynen i alla fall i viss mån kan komma att påverka tolkningen av rättsinstituten. För motsvarande tankar på ett allmänare plan, se *Lindblom*, Studier i processrätt, s. 31. Här kan även paralleller dras till den funktionella argumentationsanalys som *Lindblom* utför i samma verk, s. 125–130.

7.4 SYNTES

Frågan om i vilken utsträckning domstolsanknuten medling och domarens förlikningsverksamhet bör regleras är som ovan framgått mångfacetterad. Å ena sidan kan man hävda att dylika metoders syfte att nå en förlikning torde kunna uppnås bäst om förfarandena begränsas av enbart ett minimum av reglering. Om den normativa grunden är elastisk lämpar den sig lättare för de vitt skilda situationer som kan föreligga i olika tvister. Å andra sidan kan man hävda att det är oändamålsenligt med vaga normer eftersom detta möjliggör dels att tvistlösningsmetoderna utvecklas så att de överlappar varandra, dels att medlarens eller domarens värden och värderingar i hög grad tillåts influera tolkningen. Detta i sin tur talar för en mera ingående reglering av den typ som föreslås i rettsmekling.

Det avsevärda utrymme för domarens värden och värderingar som vag normgivning lämnar kan ifrågasättas på ett principiellt plan. Man kan med fog fråga sig om det är försvarligt att medlarens eller domarens ofta förborgade värden och värderingar tillåts inverka så mycket på tolkningen av enskilda rättsinstitut som ovan åskådliggjorts. Ur parternas synvinkel torde situationen inte vara optimal: möjligheten till dylik variation kan knappast anses överensstämma med de krav på förutsägbarhet och rättsskydd som bör uppställas vid såväl domstolsanknuten medling som domarens förlikningsverksamhet på grund av anknytningen till rättsskipningen.²⁶⁰

Trots det element av godtycke det osvikligen medför är det emellertid ofrånkomligt att betraktarens värden och värderingar genomsyrar tolkningen av normerna: i själva verket torde just dessa värden och värderingar vara en förutsättning för själva tolkningsoperationen. Det säger sig självt att det är omöjligt att skapa ett vakuum som skulle utesluta betraktarens värden och värderingar – det vore att hävda värdenihilism. Med tanke på syftet med att kombinera rättsskipning och alternativ tvistlösning förefaller det mera ändamålsenligt att utforma normerna vagt och acceptera att de därigenom lämnar utrymme för tolkning, än att försöka reglera tvistlösningsmetoderna genom rigida normer, vilka sannolikt inte helt lyckas utesluta betraktarens värden och värderingar. Domstolsanknuten medling och motsvarande metoder som kombinerar rättsskipning och alternativ tvistlösning torde därför vinna på ett minimum av reglering.

²⁶⁰ Det säger sig självt att det faktum att stort utrymme lämnas för domarens värden och värderingar i viss mån ökar risken för godtycke: det blir svårt för parterna att förutse resultatet av tolkningen. I anknytning till detta, se *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 97. Lindell konstaterar att det processuella systemet måste vara stabilt och inte hur som helst kunna anpassas efter tillämparens värderingar om vad som är samhällsnyttigt.

V AVSLUTNING

1 Retrospektiv granskning av tesen

I inledningen uppställde jag som avhandlingens tes att man vid domstolsanknuten medling bör uppställa krav på förfarandegarantier. Den granskning jag utfört i avhandlingen har verifierat tesen. Genom att först granska vilken betydelse de valda förfarandegarantierna ges i de tre rättsinstitutet medling, domarens förlikningsverksamhet och skiljeförfarande har jag kunnat fastställa att alla rättsinstitut i viss utsträckning tryggar alla eller vissa av de valda förfarandegarantierna.

Därefter har jag fokuserat granskningen på domstolsanknuten medling. Genom att granska hur rättsinstitutet utformats i Finland, Norge och Sverige har jag kunnat fastställa vilka som är den domstolsanknutna medlingens centrala karakteristika. Jag har därefter jämfört domstolsanknuten medling med de ovannämnda rättsinstitutet och mot bakgrund av detta kunnat fastställa vilka av de valda förfarandegarantierna som bör tryggas. Genom att därefter granska vilken betydelse principerna om partsautonomi och rättsskydd ges vid domstolsanknuten medling har jag kunnat konstatera att förfarandets starka anknytning till rättsskipningen samt förekomsten av ett värderande element även talar för att man bör ställa krav på förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling.

I inledningen definierade jag avhandlingens forskningsproblem som huruvida förfarandegarantier bör tryggas vid domstolsanknuten medling. Då granskningen begränsats till att gälla rätten till opartisk handläggning, rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande samt rätten till offentlig förhandling är det skäl att inledningsvis konstatera att några slutsatser gällande huruvida andra förfarandegarantier än dessa skall tryggas givetvis inte kan dras.

Forskningsproblemet kan besvaras på följande sätt: domstolsanknuten medling präglas av partsautonomi, vilken dock kringskärs av det krav på rättsskydd som följer av förfarandets anknytning till rättsskipningen. Anknytningen till rättsskipningen medför ett krav på legitimitet och förutsägbarhet i fråga om förfarandet, vilket kan tillgodoses genom ett krav på förfarandegarantier. Genom att uppställa krav på förfarandegarantier försäkrar man sig om att domstolen inte hänvisar parterna till ett förfarande som kan skada rättsskipningens legitimitet och därigenom tilltron till rättsväsendet. Samtidigt minimeras möjligheterna till godtycke och understryks förutsägbarheten i förfarandet. Vid utformningen av garantierna bör man emellertid ta i betraktande att domstolsanknuten medling är en hybrid med drag av såväl rättsskipning som alternativ tvistlösning.

2 Sökandet efter alternativa metoder – ett perpetuum mobile?

Avhandlingens kontext utgörs av den förhärskande trenden att kombinera rättskipning och alternativ tvistlösning, vilken på flera håll resulterat i uppkomsten av exempel på domstolsanknuten medling. En närmare granskning av nämnda trend ådagalägger ett intressant mönster i utvecklingen.

Utgående från rättskipningen som grundmodell för tvistlösning kan man se uppkomsten av skiljeförfarande som en reaktion mot rättskipningens hegemoni. Rättskipningens reglerade och rigida natur har skapat ett behov för ett flexibelt alternativ, som kan beakta parternas vilja och behov i det enskilda fallet. Då man granskar skiljeförfarandets utveckling kan man emellertid konstatera att förfarandet genomgått en förändring från att ha varit fritt och oreglerat till att bli allt mera styvt och reglerat.¹ Denna utveckling kan åtminstone delvis tillskrivas behovet av att trygga parternas rättsskydd: skiljeförfarandet resulterar ju i ett verkställbart avgörande. I och med den ökade regleringen anses skiljeförfarandet emellertid på många sätt ha förlorat sin alternativa karaktär och blivit allt mera likt rättskipningen, som förfarandet ursprungligen profilerade sig emot.²

Då skiljeförfarandet utvecklats mot att bli allt mera reglerat har det i sin tur uppkommit ett behov av tvistlösningsmetoder som är alternativa till skiljeförfarandet och som har de karakteristika av frivillighet och flexibilitet som gått förlorade i utvecklingen.³ Det kanske huvudsakliga exemplet på en dylik tvistlösningsmetod är medling. I takt med att skiljeförfarandet i allt högre grad börjat påminna om rättskipningen har medlingen vunnit terräng på grund av sin flexibla natur – som en alternativ metod för tvistlösning i begreppets sanna bemärkelse.

Den utveckling som medlingen genomgår i dag är intressant, särskilt mot denna bakgrund. På många håll står medlingen nämligen under starkt tryck mot ökad reglering – på samma sätt som skiljeförfarandet gjort tidigare. I regleringsivern betonas särskilt krav på rättvisa och förfarandegarantier.⁴ Det förefaller således som om medlingen är på väg att genomgå samma förändring som

¹ Gällande detta, se t.ex. *Redfern – Hunter*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, s. 3. Redfern – Hunter konstaterar att dagens skiljeförfarande har förlorat den enkelhet som tidigare karakteriserade rättsinstitutet och blivit mera komplext, legalistiskt och institutionaliserat.

² Man kan därmed säga att skiljeförfarandet fungerar i en stark skugga av lagen. Se *Boulle*, *Mediation: Principles, Process, Practice*, s. 72. Gällande den kritik som riktats mot skiljeförfarandet, se t.ex. *Jarvin*, *SvJT* 1994, s. 579.

³ Se *Vindeløv*, *Konfliktmægling*, s. 259.

⁴ Gällande detta, se t.ex. *Lindell*, *Alternativ tvistlösning*, s. 253–254.

skiljeförfarandet: från oreglerat och flexibelt alternativ mot reglerat och därmed mer eller mindre styvt förfarande. Samtidigt uppkommer frågan om detta kommer att medföra ett behov av att skapa ett alternativ till medlingen, vilket skulle uppfylla de krav på frihet och flexibilitet som medlingen inte längre lyckas tillgodose. Man kunde således säga att det vore fråga om ett alternativ till alternativets alternativ.⁵

Mot denna bakgrund kan trenden att knyta alternativa metoder för tvistlösning till rättsskipningen ifrågasättas. Eftersom domstolsanknuten medling som ovan konstaterats på grund av sin anknytning till rättsskipningen kräver en viss grad av reglering frågar man sig om det faktiskt finns en beställning på dylika reglerade alternativa metoder. Granskningen ovan visar att regleringssträvanden som regel resulterat i uppkomsten av nya tvistlösningsmetoder som försökt ta vara på den alternativa karaktär som kanske till syvende och sist är den alternativa tvistlösningens *raison d'être*. Det verkar således vara fråga om en utveckling utan slut – så fort man strävar efter att reglera en alternativ metod för tvistlösning resulterar detta i uppkomsten av nya, oreglerade metoder. Man kan framhålla att denna utveckling är av ondo, eftersom den leder till en oönskad dynamik i fråga om existerande tvistlösningsmetoder och till att parterna har svårt att veta vad de kan förvänta sig i olika förfaranden.⁶ Man kan emellertid också anse att utvecklingen för något gott med sig, eftersom den bidrar till att utöka den mångfald av tvistlösningsmetoder som står till parternas förfogande.⁷

Inställningen till hybrider av rättsskipning och alternativ tvistlösning kan till syvende och sist föras tillbaka på huruvida man förfäktar en pluralistisk syn på tvistlösning eller inte. Om man anser att det ligger i parternas intresse att det finns ett stort antal tvistlösningsmetoder att välja mellan torde det knappast finnas skäl att motsätta sig den nuvarande utvecklingen. Om man däremot anser att det är viktigare att bibehålla en tvistlösningspalett som är överskådlig kan man motsätta sig utvecklingen. Man bör emellertid alltid hålla i minnet att det ligger i parternas intresse att kunna förutse vad som skall ske i förfarandet, varför det kanske inte är så lyckat att låta förfarandena variera otroligt mycket.

⁵ Gällande denna utveckling, se *Lindell*, *Civilprocessen*, s. 688. Lindell konstaterar att man i vissa länder där medling är relativt vedertagen, t.ex. Österrike och Belgien, drivit det legislativa nitet så långt att man nu söker efter alternativ till alternativ tvistlösning. Se även *Menkel-Meadow* i *Mediation. Theory, Policy and Practice*, s. xxiii. Menkel-Meadow konstaterar att det givetvis är ironiskt att medlingen som var tänkt att vara kreativ, flexibel och informell i allt högre grad håller på att bli reglerad och formell.

⁶ Se *Vindeløv*, *Konfliktmægling*, s. 261.

⁷ Den ovannämnda utvecklingen har många gemensamma drag med den generella utveckling som kan skönjas inom civilprocessen i gemen och som uppmärksamats av Lindblom. Se *Lindblom*, *Progressiv process*, s. 252. Lindblom konstaterar att "[c]ivilprocessens utveckling tycks vara fråga om dialektik i såväl tid och rum. Måhända är den ett nollsummespel där ingenting förändras totalt sett; det är bara delarna som byter plats."

3 Förfarandegarantier som en stor berättelse?

I kapitel II (Avhandlingens teoretiska referensram) nämnde jag de stora berättelsernas död som en av de trender som karakteriserar det senmoderna samhället och som därigenom också starkt kommit att influera rättsskipningen och – framför allt – utvecklingen av dess alternativ. Mot bakgrunden av granskningen ovan är det emellertid skäl att fråga sig om man verkligen kan hävda att de stora berättelserna är döda. Det stämmer förvisso att det senmoderna samhället och därmed också rättsskipningen präglas av fragmentarisering och privatisering, i vilkas kölvatten den alternativa tvistlösningen fått allt större betydelse. Trots detta kan man skönja en tydlig beställning på regler för hur förfarandet i den enskilda tvistlösningsmetoden skall utformas, något jag i avhandlingen valt att benämna förfarandegarantier. Som granskningen visat finns det uppenbarligen ett behov av att garantera att förfarandet är adekvat, oberoende av hur influerad av partsautonomi en tvistlösningsmetod är.

Det i det närmaste universella krav på förfarandegarantier som avhandlingen ådagalägger tyder på att det i vad man kunde kalla reptilhjärnan hos varje jurist – eller åtminstone processualist – finns en minsta gemensam nämnare. Denna minsta gemensamma nämnare kan abstraheras till något så fundamentalt som Rättvisa, vilket i denna kontext avser grundläggande krav på förfarandet, processen. Detta fundamentala krav på Rättvisa kan förenklat uttryckas som ett krav på att parterna skall behandlas rättvist och lika, till vilket ansluter sig t.ex. krav på opartiskt bemötande och lika möjligheter att föra sin sak. Man kan med fog fråga sig vad detta fundamentala krav på Rättvisa annat är än en stor berättelse – kanske inte i den betydelse som begreppet använts om politiska ideologier men tvivelsutan i betydelsen gemensam värdegrund. Och vad gäller denna stora berättelse ger granskningen ovan vid handen att den är allt annat än död – tvärtom verkar den leva i högönsklig välmåga.

Tiivistelmä

Gisela Knuts

MENETTELYTAKEET TUOMIOISTUINSOVITTELUSSA

Tuomioistuinsovitteleminen sijoittuu lainkäytön ja vaihtoehtoisen riidanratkaisun välimaastoon. Tuomioistuinsovitteleminen on tuomioistuimessa tapahtuvaa menettelyä, joka nauttii lainkäytön auktoriteettia. Samalla tuomioistuinsovitteleminen on myös vapaaehtoinen ja joustava vaihtoehtoinen riidanratkaisumenetelmä. Lainkäytön ja vaihtoehtoisen riidanratkaisun välillä on huomattavia eroja: lainkäyttö on vahvasti säänneltyä, kun taas vaihtoehtoinen riidanratkaisu yleensä on sekä vapaaehtoista että joustavaa. Lainkäyttö ja vaihtoehtoinen riidanratkaisu voidaan nähdä toistensa vastakohtina.

Tuomioistuinsovittelemisen hybridi luonne ilmenee erityisen selvästi, kun tarkastelun kohteeksi otetaan siviiliprosessuaaliset menettelytakeet. Lainkäytössä menettelytakeille annetaan huomattava painoarvo: lainkäytön pitää olla puolueetonta, tasapuolista ja julkista. Sen sijaan vaihtoehtoisessa riidanratkaisussa huomio ei ole niinkään menettelytakeissa, vaan osapuolten intresseissä ja tahdossa. Tämä ero lainkäytön ja vaihtoehtoisen riidanratkaisun välillä antaa perustellusti aiheutta kysymykseen siitä, mikä painoarvo menettelytakeille annetaan tuomioistuinsovittelemisessä.

Tämän selvittämiseksi väitöskirjassa tarkastellaan lähemmin kolmea menettelytakeita: oikeutta puolueettomaan käsittelyyn, oikeutta tasapuoliseen kohteluun ja kontradiktoriseen menettelyyn sekä oikeutta julkiseen käsittelyyn. Väitöskirjassa tarkastellaan kolmea tuomioistuinsovittelemisen mallia: Suomessa 1.1.2006 käyttöön otettavaa sovittelua tuomioistuimessa, Norjan *rettsmekling*-mallia ja Ruotsin *särskild medling*-mallia. Lisäksi tarkastellaan kolmea muuta riidanratkaisumenetelmää: sovittelua, OK 5 luvun 26 §:n mukaista tuomarin toimintaa sovinnon aikaansaamiseksi sekä välimiesmenettelyä. Näiden riidanratkaisumenetelmien pohjalta väitöskirjassa analysoidaan, miten oikeus puolueettomaan käsittelyyn, oikeus tasapuoliseen kohteluun ja kontradiktoriseen menettelyyn sekä oikeus julkiseen käsittelyyn toteutuvat tuomioistuinsovittelemisessä. Väitöskirjan päätelmä on, että puolueettomuus ja tasapuolisuus ovat ensisijaisen tärkeitä myös tuomioistuinsovittelemisessä, kun taas julkisuus on huomattavasti vaikeammin yhteensovitettavissa tuomioistuinsovittelemisen luonteeseen.

Abstract

Gisela Knuts

PROCEDURAL GUARANTEES IN COURT-ANNEXED MEDIATION

Adjudication and alternative dispute resolution show basic differences as separate methods of dispute resolution. Adjudication is exercised within the courts and is governed by extensive procedural regulation whereas alternative dispute resolution generally is both voluntary and flexible. Hence, adjudication and alternative dispute resolution can on several levels be considered each other's opposites. Court-annexed mediation, which is the focus of this thesis, is however, a hybrid of adjudication and alternative dispute resolution. On the one hand, it is exercised within the courts, hence has the authority of adjudication. On the other hand, it is also voluntary and flexible similar to alternative dispute resolution.

The hybrid nature of court-annexed mediation engenders specific interest with regard to fundamental procedural guarantees. In adjudication procedural guarantees are considered paramount. Adjudication is presumed to embody the characteristics of an impartial, equal and public procedure. In contrast, alternative dispute resolution mechanisms do not inherently emphasize procedural guarantees but rather on the parties' interests. This divide naturally raises the question and spectre of the role of procedural guarantees in court-annexed mediation procedures.

To address that core issue the thesis focuses on three specific procedural guarantees: impartiality, equality of arms, and publicity. It commences by depicting the court-annexed mediation schemes in Finland (*medling i tvistemål / sovittelu tuomioistuimessa*), Norway (*rettsmekling*) and Sweden (*särskild medling*) and analyses the main features of court-annexed mediation with these procedures as a frame of reference. Thereafter, for the purposes of establishing a comparative framework, the thesis presents three related dispute resolution schemes, namely mediation, mediation by judges, and arbitration. Based on the conclusions obtained from an analysis of the dispute resolution models in the comparative framework, the thesis attempts to evaluate the importance of impartiality, equality of arms, and publicity for court-annexed mediation procedures. The thesis concludes that impartiality and equality of arms are vital also to court-annexed mediation, whereas publicity is much more difficult to fit into the objectives thereof.

Finnish Lawyers' Association 2006
ISBN 951-855-252-5

Rättsfallsregister

Domar från Europeiska mänskorättsdomstolen

<i>Axen</i> (8.12.1983, A 72)	68
<i>Barberá, Messengué och Jabardo mot Spanien</i> (6.12.1988, A 146)	67
<i>Bodén</i> (27.10.1987, A 125)	199
<i>Campbell och Fell</i> (28.6.1984, A 80)	65
<i>Coëme m.fl. mot Belgien</i> (22.6.2000, Reports 2000-VII)	201
<i>De Cubber</i> (26.10.1984, A 86)	60
<i>De Moor mot Belgien</i> (23.6.1994, A 292-A)	69
<i>Delcourt</i> (17.1.1970, A 11)	66, 112
<i>Diennet mot Frankrike</i> (26.9.1995, A 325-A)	69
<i>Feldbrugge</i> (29.5.1986, A 99)	67
<i>Golder</i> (21.2.1975, A 18)	10
<i>Hauschildt</i> (24.5.1989, A 154)	66, 115
<i>Håkansson och Sturesson</i> (1.3.1990, A 171)	69
<i>Kamasinski</i> (19.12.1989, A 168)	67
<i>Kerojärvi mot Finland</i> (19.7.1995, A 328)	88
<i>Le Compte, Van Leuven och De Meyere</i> (23.6.1981, A 43)	199
<i>McMichael mot Storbritannien</i> (24.2.1995, A 308)	88, 201
<i>Moreiro de Azevedo</i> (23.10.1990, A 189)	199
<i>Piersack</i> (1.10.1982, A 53)	66, 115
<i>Pretto m.fl. mot Italien</i> (8.12.1983, A 71)	68
<i>Pudas</i> (27.10.1987, A 125)	199
<i>Scarth mot Storbritannien</i> (22.7.1999)	127

Rättsfall från Högsta domstolen

HD 2005:14	132
HD 2001:11	127

Rättsfall från Sveriges högsta domstol

NJA 2000, s. 538	138
------------------	-----

Sakordsregister

Access to Court 10

Access to Justice 3, 32–33, 53–54, 72

ADR, se *Alternative Dispute Resolution*

Advokat

- som medlare 85, 88

Allmänna läror 63

Alternativ tvistlösning

- definition 46–47
- funktion 47
- fördelar 48–51
- i förhållande till *Access to Justice* 53–54
- nackdelar 52

Alternative Dispute Resolution 3

Audiatur et altera pars, se Rätten till kontraktöriskt förfarande

Caucus meetings, se *ex parte*-möten

Civilprocessens funktion

- den handlingsdirigerande funktionen 38
- den konfliktlösande funktionen 36–37
- den rättsskapande funktionen 40
- kontrollfunktionen 39
- marknadsanpassning 43
- rättsskyddsfunktionen 36

De stora berättelsernas död 28

Domare som medlare 183–185

Domarens förlikningsverksamhet

- förfarandegarantier 110–118
- innehåll 106–110
- tidpunkt 104–106

Dommertilkendegivelse 4–5

Domstolsanknuten medling

- domstolens prövningsrätt 178–182
- kostnader 190–192
- parternas samtycke till förfarandet 176–177
- syfte 174–176
- tidpunkt 192
- typ av mål 174–176

Early Neutral Evaluation (ENE) 210

Enskilda samtal, se *ex parte*-möten

Equality of Arms, se Rätten till lika behandling

Europarådets konvention om de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna, se Mänskorättskonventionen

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna 61

EUs grundfördrag 61

Evaluativ medling 82, 86–87, 94–95, 185–186, 200, 210–211, 217–218, 223

Ex parte-möten

- vid medling 84, 98
- vid domarens förlikningsverksamhet 113, 116–118, 144
- vid domstolsanknuten medling 158, 164, 212–214, 217–219

Facilitativ medling 82, 86–87, 94–95, 185–186, 200, 210–211, 217–218, 223

Fair trial, se Rättvis rättegång

Finlands advokatförbunds regler för förlikningsförfarande 87–89

Forliksråd 4, 182

Frivillighet

- vid domstolsanknuten medling 176–178
- vid medling 78–82
- vid skiljeförfarande 122–124

Förfarandegarantier

- vid domarens förlikningsverksamhet 110–118
- vid domstolsanknuten medling 198–235
- vid medling 89–100
- vid skiljeförfarande 126–139

Förlikningsförslag

- vid domarens förlikningsverksamhet 102–103, 113–116
- vid domstolsanknuten medling 212–214
- vid medling 95

Förlikning vid skiljeförfarande 125–126

Förrättsligande 31–32

Grundlagen 61–63

Handlingsdirigering 38

Hybridmodeller 55–56

Indispositiva mål 40–42, 101–102, 155, 175–176

Internationella konventionen om medborgersliga och politiska rättigheter 60–61

Juridifiering, se Förrättsligande

Konfliktlösning 36–37

Kontradiktoriskt förfarande, se Rätten till kontradiktoriskt förfarande

Kontrollfunktionen 39

Lika behandling, se Rätten till lika behandling

Marknadsanpassning 43

Mediation/Arbitration (Med/Arb) 211

Medlare

- kostnader 190–192
- neutralitet 90–96
- opartiskhet 90–96, 201–214
- rollbyte 207–212
- tystnadsplikt 230–233
- vid den domstol där målet är anhängigt 211–212

Medling

- definitioner 76–78
- frivillighet som grundtes 78–82
- förfarandegarantier 89–100
- praktisk utformning 83–85

Medling i tvistemål 152–162

Multi-door courthouse 4

Mänskorättskonventionen 59–60, 198–201, 227–230

Neutralitet 90–96

Oavhängighet 65, 127–128

Offentlighet, se Rätten till offentlig förhandling

Opertiskhet, se Rätten till opertisk handläggning

Ordre public 132–136

Partsautonomi 69–71, 146–147, 236–237

Procedural Justice 58–59

Processledning 143–144

Retsmægling (Danmark) 5

Rettsmekling (Norge) 163–168

Rollbyte 207–212

Rätten till lika behandling

- vid domarens förlikningsverksamhet 116–117

– vid domstolsanknuten medling 214–218

– vid medling 97–98

– vid skiljeförfarande 133–136

Rätten till kontradiktoriskt förfarande

– vid domarens förlikningsverksamhet 116–117

– vid domstolsanknuten medling 214–218

– vid medling 97–98

– vid skiljeförfarande 133–136

Rätten till opertisk handläggning

– vid domarens förlikningsverksamhet 111–116

– vid domstolsanknuten medling 201–214

– vid medling 90–96

– vid skiljeförfarande 127–133

Rätten till offentlig förhandling

– vid domarens förlikningsverksamhet 117–118

– vid domstolsanknuten medling 218–233

– vid medling 99–100

– vid skiljeförfarande 136–139

Rättsskapande funktion 40

Rättsskipning

- alternativ 46–56
- funktion 35–45

Rättsskydd 69–71, 146–147, 236–237

Rättsskyddsfunktionen 36

Rättvis rättegång 59–60

Rättvisa 58–59

Samtycke

– till domstolsanknuten medling 176–177

– till medlaren 188–190

Skiljeförfarande

– fördelar 119–120

– förfarandegarantier 126–139

– jämförelse med domarens förlikningsverksamhet 141–142

– jämförelse med domstolsanknuten medling 196–197

– jämförelse med medling 141–142

– särdrag 119–120

Skiljemän

– jäv 128–133

– opertiskhet 128–133

Stockholms handelskammares medlingsinstitut 52
Särskild medling 168–173
Tvångsförlikning 112–113, 116
Tvångsmedling 212–214

Tystnadsplikt
– vid domstolsanknuten medling 230–233
– vid medling 98–100
– vid skiljeförfarande 137–139
Välfärdsstatens utmaningar 29–31

Domstolsanknuten medling är en hybrid av rättsskipning och alternativ tvistlösning. Den domstolsanknutna medlingen genomförs i anknytning till rättsskipningen och åtnjuter därför rättsskipningens auktoritet. Samtidigt är domstolsanknuten medling också frivillig och flexibel som alternativ tvistlösning. Som tvistlösningsmetoder uppvisar rättsskipning och alternativ tvistlösning grundläggande skillnader. Rättsskipningen försiggår vid domstol och är starkt reglerad medan den alternativa tvistlösningen som regel är både frivillig och flexibel. Rättsskipning och alternativ tvistlösning kan därför på många sätt ses som varandras motpoler.

Den domstolsanknutna medlingens hybrida natur är av särskilt intresse i förhållande till förfarandegarantier. Vid rättsskipningen betonas betydelsen av förfarandegarantier: rättsskipningen skall vara opartisk, kontradiktorisk och offentlig. Vid alternativ tvistlösning, däremot, ligger fokus inte på förfarandegarantier utan på parternas intressen. Denna skillnad aktualiserar givetvis frågan om förfarandegarantier skall tillmätas någon betydelse vid domstolsanknuten medling.

För att besvara denna fråga granskar avhandlingen tre specifika förfarandegarantier: rätten till opartisk handläggning, rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande samt rätten till offentlig förhandling. Avhandlingen granskar tre olika exempel på domstolsanknuten medling: medling i tvistemål i Finland, rettsmekling i Norge och särskild medling i Sverige och diskuterar den domstolsanknutna medlingens huvuddrag. Vidare granskas också tre besläktade rättsinstitut, nämligen medling, domarens förlikningsverksamhet och skiljeförfarande. Utgående från de olika tvistlösningsmetoderna presenterar avhandlingen en analys av vilken betydelse rätten till opartisk handläggning, rätten till lika behandling och kontradiktoriskt förfarande samt rätten till offentlig förhandling bör ges vid domstolsanknuten medling.

