



Anna Nylund

TILLGÅNGEN TILL
DEN ANDRA INSTANSEN
I TVISTEMÅL

TILLGÅNGEN TILL DEN ANDRA INSTANSEN I TVISTEMÅL



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA

A-sarja N:o 274

PUBLIKATIONER AV SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Serien A Nr 274

Anna Nylund

Tillgången till den andra instansen i tvistemål

Akademisk avhandling som med tillstånd av Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet framläggs till offentlig granskning i sal 2 i Forsthuset lördagen den 10 juni 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 978-951-855-512-7

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Anna Nylund

ISSN 0356-7206

ISBN 951-855-256-8

Gummerus Kirjapaino Oy, 2006

Förord

Att skriva en avhandling är ett långt och krävande projekt som ställer en inför många och svåra prövningar. Trots att en avhandling är en individuell prestation är det ändå ett projekt som knappast skulle gå att utföra utan hjälp och stöd. Listan på de personer som hjälpt mig under de år som jag skrivit min avhandling är lång, men jag vill i det här sammanhanget rikta ett särskilt tack till följande personer och instanser.

Min handledare Dan Frände har redan från första början visat stor entusiasm och iver inför mitt projekt och han har alltid haft tid för mig då jag stött på problem. Det har varit underbart att ha en förstående handledare som är mjuk, men som ändå på ett finkänsligt sätt fått mig att inse att lösningen på mina problem är hårt arbete. Frände har med sin översvallande optimism fått oöverstigliga problem att framstå som petitesser, i hans värld kommer doktorsavhandlingar till bara man sätter sig ner och skriver.

Mina tankar går också till personalen på Straff- och processrättsliga institutionen, som förde mej in i forskarens värld då jag tog mina första staplande steg i slutet av år 2001. Utan att nämna alla vid namn vill jag rikta ett stort tack till dem som hjälpt och stött mej, såväl på institutionen och på KATTI, som i fakulteten i allmänhet.

Jag vill rikta ett särskilt tack till Pia Letto-Vanamo som i egenskap av chef för KATTI (Institutet för internationell ekonomisk rätt) givit mej möjligheten att tillbringa nästan fyra år i en inspirerande miljö, som fått mej att inse vad forskning innebär. KATTI är en verklig kuvös där åtskilliga avhandlingar sakta men säkert vuxit fram och unga jurister blivit forskare. På KATTI har det också varit lätt att koncentrera sig på det väsentliga eftersom Anna-Maija ”Anski” Ekström alltid sett till att de praktiska arrangemangen fungerat.

Docent Tuulikki Mikkola har varit till stor hjälp som bollplank i frågor som handlar om komparativ rätt. Hon har fått mej att inse att man måste våga jämföra även om man är medveten om att risken att man inte får allt helt rätt är stor.

Professorerna Jyrki Virolainen och Johanna Niemi-Kiesiläinen har i egenskap av förhandsgranskare bidragit med viktiga kommentarer, tips och förslag hur min avhandling kunde bli ännu bättre. Johanna Niemi-Kiesiläinen har därtill lovat ställa upp som opponenter, vilket gläder mej otroligt mycket. Båda förhandsgranskarna och professor Juha Lappalainen har dessutom ställt upp som medlemmar av bedömningsnämnden.

Under min tid som doktorand har jag haft möjligheten att bekanta mej med verksamheten vid Vasa hovrätt, Svea hovrätt och Gulatings lagmannsrett. Jag

vill rikta ett tack till alla de personer vid dessa domstolar som möjliggjort mina besök och som introducerat mig till hur domstolarna i fråga fungerar. Jag vill också rikta ett tack till dem som under mina besök vid Bergens, Freiburgs och Stockholms universitet möjliggjort och underlättat min tillvaro, och som tålmodigt svarat på mina frågor.

Jag vill tacka Victoriastiftelsen, Edward Anderssons juridiska fond, Ethel Tybecks fond, Oscar Öflunds stiftelse, Kulturfonden för Sverige och Finland och Kulturfonden för Finland och Norge som alla har bidragit ekonomiskt till min avhandling. Ytterligare vill jag tacka projektet Making Rights Real som under Olli Mäenpääs ledning gett mej möjligheten att delta i ett tvärjuridiskt nätverk och understött en del resor.

Under flera år har min rumskompis Anja Lindroos varit den person som jag först delat glädje och sorger med. Tillsammans har vi förundrat oss över ohållbar argumentation, rättsfilosofi och texter som varit som musik för våra öron.

Jag vill också tacka mina föräldrar, Arne och Merit, som stött mej även i detta tilltag. Utan deras stöd och uppmuntran hade denna avhandling aldrig blivit till.

Till sist vill jag tacka min sambo ”Bonko” Lundqvist, som i vått och torrt stött mig och alltid uppmuntrat mig. Han har varit tvungen att stå ut med mina redogörelser om civilprocessrätt, och med att jag tänkt högt på såväl rättsteori, processrätt som allt möjligt annat mellan himmel och jord. Vårt hem har ibland varit överflödat av mina papper, av sidor av min avhandling, av artiklar, av böcker. Tack för att Du stått ut med mej.

Avhandlingen har levererats till tryckeriet 8.3.2006. Material som kommit ut efter detta datum har inte beaktats i avhandlingen.

Hemma på Skatudden 5.3.2006

Anna Nylund

Innehåll

FÖRORD	V
INNEHÅLL	VII
KÄLLOR	XIII
FÖRKORTNINGAR.....	XXXI
1 INLEDNING TILL AVHANDLINGENS TEMA	1
1.1 Upptakt	1
1.2 Den andra instansen i tvistemål	4
1.3 Frågeställningar, avgränsning och definitioner.....	7
1.3.1 Frågeställningar.....	7
1.3.2 Avgränsning	9
1.3.3 Begrepp och definitioner.....	11
1.3.4 Källor	12
1.4 Den fortsatta framställningen	13
2 TEORETISKA FUNDAMENT	15
2.1 Allmänt om avhandlingens teoretiska fundament	15
2.2 Betydelsen av rättshistorisk kunskap.....	15
2.3 Civilprocessens grundpelare.....	16
2.3.1 Allmänt om civilprocessens grundpelare.....	16
2.3.2 Funktionerna som grundpelare	18
2.3.3 Principer som grundpelare	19
2.3.4 Ledstjärnor som grundpelare	23
2.4 Metodologiska utgångspunkter	27
2.5 Utnyttjande av komparativ rättsvetenskap.....	29
2.5.1 Rättskulturen och främmande rätt.....	30
2.5.2 Jämförelsens syfte och val av rättssystem.....	32
2.5.3 Terminologi, gällande rätt och andra problem	34
2.5.4 Transplantat.....	36
3 FOLKRÄTTSLIGA OCH FÖRFATTNINGSRÄTTSLIGA RAMAR.....	39
3.1 Allmänt om begränsningarna för lagstiftaren.....	39
3.2 Folkrättsliga instrument.....	39
3.2.1 Mänskorättskonventionerna	39
3.2.2 EMRK och den andra instansen.....	42
3.2.3 Rekommendationen om appellförfarande i tvistemål	44

3.3	Den finska grundlagen.....	46
4	HOVRÄTTSVÄSENDETS HISTORIA I FINLAND.....	49
4.1	Allmänt.....	49
4.2	Hovrätterna innan självständigheten	49
4.2.1	Svea hovrätt grundas	49
4.2.2	Nya hovrätter grundas	52
4.2.3	Hovrätterna på 1700-talet.....	54
4.2.4	Den ryska tiden	56
4.3	Utvecklingen efter år 1917	58
4.3.1	Diskussioner om reformer.....	58
4.3.2	Moderniseringen av rättegången	61
4.4	Sammanfattning av historiska lärdomar	63
5	DEN ANDRA INSTANSENS FUNKTIONER	67
5.1	Allmänt om funktioner	67
5.2	Civilprocessens övergripande funktion	68
5.2.1	Funktionerna på det enskilda planet	69
5.2.2	Funktionerna på det allmänna planet	74
5.2.3	Den rättsskapande funktionen.....	77
5.2.4	Kontrollfunktionen	78
5.2.5	En syntes	78
5.3	Den andra instansen och funktioner	79
5.3.1	De allmänna funktionerna.....	80
5.3.1.1	Funktionerna på det enskilda planet	80
5.3.1.2	Funktionerna på det allmänna planet	81
5.3.1.3	Övriga funktioner.....	81
5.3.2	Den andra instansen i domstolssystemet.....	82
5.3.3	Sammanfattning	83
6	DEN ANDRA INSTANSEN OCH PRINCIPERNA.....	87
6.1	Rättsprinciper och den andra instansen.....	87
6.2	Allmänt om förfarandepprinciper.....	87
6.3	Principen om en juste rättegång	91
6.3.1	Juste rättegång enligt mänskorättskonventionen.....	92
6.3.2	Juste rättegång i tysk rätt.....	95
6.3.3	Juste rättegång i finsk rätt.....	98
6.4	Rätten att driva sin talan	101
6.4.1	Kontradiktion och rätten att driva sin talan	101
6.4.2	En skiss av principen.....	102
6.4.3	Rätten till information.....	104
6.4.4	Rätten att uttala sig.....	106

6.4.5	Rätten att få uttalanden beaktade	108
6.4.6	Slutsatser	109
6.5	Muntlighet, omedelbarhet och koncentration.....	111
6.5.1	Inledning till trillingprinciperna.....	111
6.5.2	Muntlighet, omedelbarhet och fri bevisning	112
6.5.3	Trillingprinciperna och fair trial	114
6.5.4	Muntlighet, omedelbarhet och ändamålsenlighet	116
6.5.5	Spärrar och muntlighet.....	118
6.6	Sammanfattning.....	118
7	LEDSTJÄRNOR	121
7.1	Allmänt om ledstjärnor.....	121
7.2	Snabbt.....	122
7.3	Billigt.....	123
7.4	Säkert.....	125
7.4.1	Rätt bedömning av fakta	125
7.4.2	Förutsägbarhet.....	126
7.4.3	Säkerhet.....	127
7.5	Upplevd rättvisa.....	127
7.6	Den nya ledstjärnan flexibilitet.....	129
8	FINSK RÄTT	133
8.1	Introduktion	133
8.2	En översikt över rättegången i hovrätt.....	133
8.2.1	Missnöjesanmälan och överklagandet.....	133
8.2.2	Motbesvär eller anslutningsöverklagande.....	137
8.2.3	Den inledande handläggningen.....	137
8.2.4	Sållning	139
8.2.5	Den egentliga förberedelsen	140
8.2.5.1	Inledande förberedelse	141
8.2.5.2	Beslut om handläggningsordning.....	142
8.2.5.3	Huvudförhandling och muntlig bevisning ...	144
8.2.5.4	Förberedelsen för avgörandet.....	152
8.2.6	Föredragning och huvudförhandling.....	155
8.2.6.1	Föredragning	155
8.2.6.2	Förloppet av den muntliga förhandlingen....	156
8.2.7	Avslutningen av handläggningen	158
8.2.8	Hovrättens sammansättning	159
8.3	Sållning.....	159
8.3.1	Tolkningen av bestämmelserna	160
8.3.2	Sållningströskeln.....	162
8.3.3	Omfattningen av prövningen.....	167

8.3.4	Sållning och muntliga förhandlingar.....	169
8.3.5	”Inte är oriktig”.....	173
8.3.6	Övriga grunder för sållning.....	174
8.3.7	Avgörande om sållning.....	176
8.4	Problem med sållningen	177
8.4.1	Skiss över problemen	177
8.4.2	Bristfällig analys av utgångsläget	177
8.4.3	Sållning och muntliga förhandlingar.....	183
8.4.4	Innebörden av sållning	184
8.5	Förslaget att ändra sållningen.....	187
8.6	Hovrättsprocessen i ljuset av grundpelarna.....	190
8.6.1	Funktionerna och hovrättsförfarandet.....	190
8.6.2	Principerna och hovrättsförfarandet.....	191
8.6.3	Ledstjärnorna och hovrättsförfarandet.....	193
8.7	Sammanfattning.....	194
9	SVENSK RÄTT	197
9.1	Inledning.....	197
9.2	Överklagande i svensk rätt	197
9.3	Överblick över förfarandet	198
9.3.1	Förberedelsen av målet	198
9.3.2	Avgörandet av målet.....	201
9.4	Bestämmelserna om prövningstillstånd.....	205
9.4.1	Mål som berörs av prövningstillstånd	205
9.4.2	Tillståndsgrunderna.....	207
9.4.3	Beslut om prövningstillstånd	210
9.5	Kommande reformer	211
10	NORSK RÄTT	215
10.1	Den nya norska civilprocessen	215
10.2	Domstolssystemet och rättsmedlen i Norge	216
10.3	Överblick över förfarandet i den andra instansen.....	218
10.3.1	Förberedelsen i den första instansen	218
10.3.2	Förberedelse i <i>lagmannsretten</i>	219
10.3.3	Huvudförhandlingen	223
10.3.4	Påskyndad huvudförhandling.....	224
10.3.5	Skriftligt förfarande.....	225
10.3.6	Överklagande av beslut	226
10.4	Prövningstillstånd för småmål.....	227
10.5	Beslut att förkasta mål.....	231
10.6	Särskilda frågor	233

11	TYSK RÄTT	235
11.1	Det tyska domstolsväsendet	235
11.2	Rättsmedlen och rättegångsförfarandet	236
11.3	Överblick över förfarandet	237
11.3.1	Målets väg till den andra instansen	237
11.3.2	Överklagandet	239
11.3.3	Förberedelsen och avgörandet av målet	242
11.3.4	Avgörandet av målet	245
11.3.5	Överklagande av beslut	246
11.3.6	Begränsningar av rättegångsmaterialet	247
11.4	Spärrar till den andra instansen	251
11.4.1	Tillstånd att överklaga	251
11.4.2	Hjälpmedel för bagatellmål	253
11.4.3	Beslut att förkasta målet	256
11.5	Utvärdering av den tyska reformen	259
12	RÄTTSJÄMFÖRANDE ANALYS OCH MELLANBOKSLUT	261
12.1	Rättsjämförande analys	261
12.1.1	Full prövning av målet	261
12.1.2	Olika typer av spärrar	263
12.1.2.1	Prövningstillstånd för småmål	263
12.1.2.2	Generellt prövningstillstånd	264
12.1.2.3	Förkastande beslut	265
12.1.2.4	Beslut att gallra mål	265
12.1.2.5	Kommunikation	266
12.1.3	Renodling av modeller för spärrar	267
12.2	Sällning i ett rättsjämförande perspektiv	271
12.2.1	Finland i ett komparativt perspektiv	271
12.2.2	Sällning i ett komparativt perspektiv	275
12.2.2.1	Sällningen och de renodlade modellerna ...	275
12.2.2.2	Ett misslyckat transplantat?	276
12.3	Rättsjämförande lärdomar	280
12.4	Mellanbokslut	282
13	KONFRONTATION	283
13.1	Quo vadis?	283
13.2	Alternativa modeller	283
13.2.1	Prövningstillstånd för småmål	283
13.2.1.1	Småmål – mål som ska gallras?	284
13.2.1.2	Vilka mål ska beröras?	286
13.2.1.3	Kriterierna för att gallra mål	288
13.2.1.4	Övriga frågor	289

13.2.2	Generellt prövningstillstånd.....	289
13.2.3	Förkastande beslut.....	291
13.2.3.1	Grunderna för förkastande beslut	291
13.2.3.2	Processmaterialet	292
13.2.3.3	Övriga frågor.....	294
13.2.3.4	Slutsatser om förkastande beslut.....	294
13.2.4	Flexibelt förfarande.....	295
13.2.4.1	Den muntliga förhandlingen	295
13.2.4.2	Valet mellan muntlighet och skriftlighet....	297
13.2.4.3	Möjligheter till ökad flexibilitet	298
13.2.4.4	Slutsatser om ett flexiblare förfarande	300
13.2.5	Gemensamma synpunkter	300
13.2.5.1	Materiellt eller processuellt avgörande.....	301
13.2.5.2	En förstärkning av grundpelarna	302
13.3	De lege ferenda.....	303
13.3.1	Utgångspunkter	303
13.3.2	En värdering av alternativen	303
13.3.3	Rekommendationer <i>de lege ferenda</i>	305
	TIIVISTELMÄ	307
	ABSTRACT	311
	RÄTTSFALLSREGISTER	315
	SAKORDSREGISTER	319

Källor

Litteratur

- Aarnio, Aulis*: Lain ja kohtuuden tähden. Juva 1986.
- Aarnio, Aulis*: The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification. Dordrecht 1987.
- Aarnio, Aulis*: Ottakaamme oikeussäännöt vakavasti. Oikeus 1989, s. 112–122.
- Aarnio, Aulis*: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Juva 1989.
- Aarnio, Aulis*: Oikeusvaltio – tuomarivaltio? I verket Aarnio, Aulis – Uusitupa, Timo (toim.): Oikeusvaltio. Vantaa 2002.
- Albers, Jan*: Berufung (§§ 511–541). I verket Baumbach/Lauterbach Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen. Verfaßt von Albers, Jan – Hartmann, Peter. 60. neubearbeitete Auflage. München 2002.
- Alexy, Robert*: Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt am Main, 1983.
- Alexy, Robert*: Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1994 (1985).
- Almqvist, Jan Eric*: Svensk rättshistoria I. Processrättnshistoria. Andra upplagan. Stockholm 1961.
- Andersson, Torbjörn*: Rättsskyddsprincipen. EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv. Uppsala 1997.
- Andersson, Torbjörn*: Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler. En studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten. Uppsala 1999.
- Arens, Peter – Lüke, Wolfgang*: Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung. 7. neubearbeitete Auflage. München 1999.
- Ball, Wolfgang*: Berufung (§§ 511–541). I verket Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.): Musielak Kommentar zur Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz. 4. neubearbeitete Auflage. München 2004. (2004a)
- Ball, Wolfgang*: Revision (§§ 542–566). I verket Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.): Musielak Kommentar zur Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz. 4. neubearbeitete Auflage. München 2004. (2004b)
- Baumgärtel, Gottfried*: Ausprägung der prozessualen Grundprinzipien der Waffengleichheit und der fairen Prozessführung im zivilprozessualen Beweisrecht. I verket Ballon, Oskar J. – Hagen, Johann J. (Hrsg.): Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht. Festschrift für Franz Matscher zum 65. Geburtstag. Wien 1993.
- Benda, E. – Weber, A.*: Der Einfluss der Verfassung im Prozessrecht. Zeitschrift für Zivilprozessrecht 1983, s. 285–306.
- Bendz, Gunnar*: Göta Hovrätt genom seklerna. Stockholm 1935.
- Bergholtz, Gunnar*: Ratio et Auctoritas. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domstomoteriveringens betydelse främst i tvistemål. Lund 1987.
- Bergo, Knut*: anmälan av Tuori, Kaarlo: Critical Legal Positivism. Tidsskrift for rettsvitenskap 2004, s. 241–256.
- Bjerke, Hans Kristian – Keiserud, Erik*: Straffeprosessloven. Kommentarutgave. Bind II. Tredje upplagan. Oslo 2001.
- Blankenburg, Erhard – Refner, Udo*: Conditions of Legal and Political Culture Limiting the Transferability of Access-to-Law Innovations. I verket Cappelletti, Mauro (ed.): Access to Justice and the Welfare State. Sijthoff 1981.

- Blomeyer, Arwed*: Types of Relief Available (Judicial Remedies). I verket *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XVI, Chapter 4. Tübingen 1982.
- Blomstedt, Yrjö*: Vaasan hovioikeus 1776–1976. I verket *Rintala. Erkki (toim.): Vaasan hovioikeus 1776–1976 Vasa Hovrätt. Vaasa 1976.*
- Bogdan, Michael*: Komparativ rättskunskap. Andra upplagan. Stockholm 2003.
- Bolding, P. O.*: Bevisbörda och beviskrav. Lund 1983.
- Boman Robert*: Anmälan av G. Dufwa: Om tilltrosparaagraferna. *Svensk Juristtidning* 1973, s. 684–694.
- Bomgren, Gunnar*: Till tolkningen av tilltrosparaagraferna. *Svensk Juristtidning* 1963, s. 348–355.
- Bormann, Jens*: Tagungsbericht. Der 65. Deutsche Juristentag vom 21. bis 24. September in Bonn. Abteilung Verfahrensrecht. *Juristenzeitschrift* 2005, s. 178–180.
- Brehm, Wolfgang*: Einleitung. I verket *Bork, Reinhard – Brehm, Wolfgang – Grunsky, Wolfgang – Leipold, Dieter – Münzberg, Wolfgang – Roth, Herbert – Schlosser, Peter – Schumann, Ekkehard (Bearbeiter): Stein / Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 1 Einleitung §§ 1–40. 21. Auflage. Tübingen 2003.*
- Brolin, Thore – Rehnström, Åke – Widebeck, Magnus*: Tivstämalsprocessen II. En handledning för huvudförhandlingen. Andra upplagan. Göteborg 2003.
- Brundage, James A.*: *Medieval Canon Law*. Singapore 1995.
- Bylander, Eric*: Muntlighet vid domstol i Norden – En exposé. I *Bylander, Eric—Lindblom, Per Henrik (red.): Muntlighet vid domstol i Norden. En rättsvetenskaplig, rättspsykologisk och rättsetnologisk studie av presenationsformernas betydelse vid domstol i Norden. Uppsala 2005.*
- Bårdsen, Arnfinn*: Krenkelser og klager. Vilkårene for relativtetsbehandling av private klager ved Den europeiske menneskerettighetsdomstolen. Bergen 1999.
- Bohn, Anders*: Domstolloven. Kommentartutgave. Oslo 2000.
- Cappelletti, Mauro*: *Procédure orale et procédure écrite*. Milano 1971.
- Cappelletti, Mauro*: *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford 1988.
- Cappelletti, Mauro*: *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford 1991.
- Cappelletti, Mauro – Garth, Bryant*: *Access to Justice. Volume 1: A World Survey. Book 1, Varese 1978.*
- Carbell, Leif*: Anmälan av Partsautonomins gränser. *Svensk Juristtidning* 1989, s. 60–67.
- Christie, Nils*: Konflikt som eiendom. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1977, s. 113–132.
- Crowne, Caroline Harris*: The Alternative Dispute Resolution Act of 1988. Implementing a New Paradigm of Justice. *New York University Law Review* 2001, s. 1768–1811.
- de Cruz, Peter*: *Comparative Law in a Changing World*. London 1995.
- Danelius, Hans*: Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna. Andra upplagan. Stockholm 2002.
- Debusman, Gero*: Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle. Das neue Berufungsrecht aus richterlicher Sicht. Beilage zu *Neue Juristische Wochenschrift* Heft 27/2004, s. 6.
- Delmas-Marty, Mireille*: The Richness of Underlying Legal Reasoning. I verket *Delmas-Marty, Mireille (ed.): The European Convention for Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*. Dordrecht 1992.
- Diesen, Christian*: Bevisprövning i brottmål. Stockholm 1994.
- Diesen, Christian*: Terapeutisk juridik. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet* 2001–02, s. 15–33.
- van Dijk, P. – van Hoof, G.H.J.*: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 3rd edition. Haag 1998.
- Doukoff, Norman*: *Die zivilrechtliche Berufung nach neuem Recht. 2. neu bearbeitete Auflage. München 2002.*

- Dufwa, Göran*: Om tilltrosparaagraferna. Stockholm 1972.
- Dworkin, Ronald*: Taking Rights Seriously. Massachusettes 1977.
- Dworkin, Ronald*: A Matter of Principle. Cambridge 1985.
- Edelstam, Henrik*: Offentlighet och sekretess i rättegång. Stockholm 2001.
- Eerola, Risto*: Prosessin ääriiivoja. Johdatusta prosessioikeuden perusteisiin. Turku 1996.
- Ekelöf, Per Olof*: Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper. Några problem inom den allmänna processrättsläran. Stockholm 1956.
- Ekelöf, Per Olof*: Civilrätt och civilrättsskipning. I verket: Festskrift till Jan Hellner. Malmö 1984.
- Ekelöf, Per Olof*: Om rätt och moral. I verket Process och Exekution – Vänbok till Robert Boman. Göteborg 1990.
- Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert*: Rättsmedlen. 11. upplagan. Göteborg 1992.
- Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik*: Rättegång första häftet. Ättönde upplagan. Stockholm 2002.
- Elgesem, Frode*: Tolkning av EMK – Mennskerettsdomstolens metode. Lov og Rett 2003, s. 203–230.
- Ellilä, Tauno*: Hovioikeusmenttely ja oikeudenkäynnin uudistus. Näkymiä ja uudistusajatuksia. Vammala 1971.
- Ellilä, Tauno*: Korkein oikeus muutoksenhakuasteena. Nykytilasta lainuudistuksiin. Vammala 1973.
- Ervasti, Kaijus*: Oikeudenkäyntikulut pääkäsittelyyn edenneissä riita-asioissa. Helsinki 1997.
- Ervasti, Kaijus*: Lainkäytön funktiot. Lakimies 2002, s. 47–72.
- Ervasti, Kaijus*: Kärjääoikeuksien sovintomenettely. Empiirinen tutkimus sovinnon edistämisestä riitaprosessissa. Helsinki 2004.
- Ervasti, Kaijus*: Tuomioistuinkulttuurin kehityslinjoja. Oikeus 2005, 352–375.
- Ervasti, Kaijus – Kallioinen, Hertta*: Oikeudenkäyntimenttelyiden ongelmat ja prosesissäännösten soveltaminen. Helsinki 2003.
- Ervo Laura*: Ylimmät prosessiperiaatteet. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijät. Tampere 1996.
- Ervo, Laura*: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. Vantaa 2005.
- Ewald, William*: Comparative Jurisprudence (I): What was it Like to Try a Rat? Univeristy of Pennsylvania Law Review 1995, s. 1889–2149.
- Ewald, William*: Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants. American Journal of Comparative Law 1995, s. 489–510.
- Fasching, Hans W.*: Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts. Wien 1984.
- Fiss, Owen*: Against Settelement. The Yale Law Journal 1984, s. 1073–1090.
- Fitger, Peter*: Några tankar om antalet paraagrafer i RB. I verket Höglund, Olle – Bengtsson, Bertil – Heuman, Lars – Ragnemalm, Hans (red.): Festskrift till Lars Welamson, Malmö 1988.
- Fitger, Peter*: Lagen om domstolsärenden. En kommentar. Stockholm 1996.
- Fitger, Peter*: Rättegångsbalken I–IV. Lösblandskommentar. Stockholm 1988–1997.
- Fitger, Peter – Renfors, Cecilia*: Processrätt II (RB kap. 35–49). Andra upplagan. Stockholm 1998.
- Frankena, William K.*: Ethics. Andra upplagan, Englewood Cliffs. New Jersey 1973.
- Frowein, Jochen – Peukert, Wolfgang*: Europäische MenschenRechtsKonvention. EMRK-Kommentar. Andra upplagan. Kehl 1996.
- Frände, Dan*: Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Ekenäs 1989.
- Frände, Dan*: Finsk straffprocessrätt I. Helsingfors 1999.
- Gerken, Uwe*: Rechtsmittel. I verket Wieczorek / Schütze Zivilprozessordnung und Negengesetze. Grosskommentar. Bearbeiter: Uwe Gerken. 3. völlig neu bearbeitete Auflage. Berlin 2004.

- Gilles, Peter*: Prozeßrechtsvergleichung. Comparative Procedural Law. Zustand, Bedeutung und Eigenheiten einer Rechtsdisziplin im Aufschwung. Köln 1996.
- Glenn: H. Patrick*: Legal Traditions of the World. Oxford 2000.
- Golsong, Herbert*: Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties? I verket Macdonald, Ronald St. J – Matscher, F – Petzold, Herbert (eds.): The European system for the Protection of Human Rights. Dordrecht 1993.
- Gomard, Bernard*: Civilprocessen. 5:e utgåvan, 2:a upplagan. København 2003.
- Gottwald, Peter*: Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle aus der Sicht der Wissenschaft. Beilage zu Neue Juristische Wochenschrift Heft 27/2004, s. 9–10.
- Greger, Reinhard*: Kooperation als Prozessmaxime. I Gottwald, Peter – Greger, Reinhard – Prütting, Hanns (Hrsg.): Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa. Akademisches Symposium zu Ehren von Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages. Bielefeld 2000.
- Grossfeld, Bernhard*: Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung. Tübingen 1984.
- Grosswald Curran, Vivian*: Dealing in Difference: Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspectives. The American Journal of Comparative Law 1998, 657–668.
- Grunsky, Wolfgang*: Berufung. I verket Bork, Reinhard – Brehm, Wolfgang – Grunsky, Wolfgang – Leipold, Dieter – Münzberg, Wolfgang – Roth, Herbert – Schlosser, Peter – Schumann, Ekkehard (Bearbeiter): Stein / Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 5, Teilband 1, §§ 511–591. 21. Auflage. Tübingen 1994.
- Gummer, Peter – Heßler, Hans-Joachim*: Berufung (§§ 511–541). I verket Geimer, Reinhold – Greger, Reinhard – Gummer, Peter – Herget, Kurt – Heßler, Hans-Joachim – Philippi, Peter – Stöber, Kurt – Vollkommer, Max (Bearbeiter): Zöller Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen. 24. neubearbeitete Auflage. Köln 2004.
- Gärde, N – Enströmer, Thore – Strandberg, Tore – Söderlund, Erik*: Nya rättegångsbalken. Faximilupplaga. Göteborg 1994.
- Haapasalo, Jaana*: Todistajanpsykologiaa. I verket Haapasalo, Jaana – Kiesiläinen, Kari – Niemä-Kiesiläinen, Johanna: Todistajanpsykologia ja todistuskoulustelu. Helsinki 2000.
- Haavisto, Vaula*: Court Work in Transition. An Activity-Theoretical Study of Changing Work Practices in a Finnish District Court. Helsinki 2002.
- Hakalehto-Wainio, Suvianna*: Avoin kirje korkeimman oikeuden presidentille. Oikeus 2002, s. 436–438.
- Halila, Jouko*: Muutoksenhakua koskevien säännösten uudistamisesta. Lakimies 1978, s. 105–112.
- Hallberg, Pekka*: Oikeusturva. I verket Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Helsinki 1999.
- Hallberg, Pekka*: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti 2000-luvulla. Helsinki 2001.
- Harris, D. J. – O'Boyle, M. – Warbrick, C.*: Law of the European Convention on Human Rights. London 1995.
- Hart, H. L. A.*: The Concept of Law. 2nd edition. Oxford 1994.
- Hartmann, Peter*: Einleitung. I verket Baumbach/Lauterbach Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen. Verfaßt von Albers, Jan – Hartmann, Peter. 60. neubearbeitete Auflage. München 2002. (2002a)
- Hartmann, Peter*: Verfahren vor den LGen (§§ 253–494a). I verket Baumbach/Lauterbach Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen. Verfaßt von Albers, Jan – Hartmann, Peter. 60. neubearbeitete Auflage. München 2002. (2002b)
- Hartmann, Peter*: Verfahren vor den AGen (§§ 495–510b). I verket Baumbach/Lauterbach Zivil-

- prozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen. Verfaßt von Albers, Jan – Hartmann, Peter. 60. neubearbeitete Auflage. München 2002. (2002c)
- Havansi, Erkki*: Määräajat ja oikeudenkäynti. Tutkimus prosessiliitännäisistä määräajoista. Porvoo 2004.
- Heinonkoski, Onni – Sopanen, E.W.*: Mihin toimenpiteisiin olisi, täydellistä oikeudenkäyntiudistusta odottaessa, väliaikaisesti ryhdyttävä asiain ratkaisun jouduttamiseksi kihlakunnan-oikeuksissa ja hovioikeuksissa? *Lakimies* 1917, s. 57–103.
- Helin, Markku*: anmälan av Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi. *Lakimies* 2000, s. 809–815.
- Hellner, Jan*: Argumentation de lege ferenda. *Svensk Juristtidning* 1975, s. 401–420.
- Hellner, Jan*: Rättsteori. En introduktion. Stockholm 1988.
- Hellners, Trygve*: Några funderingar kring förnyad bevisupptagning i hovrätt. *Juridiskt tidskrift vid Stockholms universitet*. 1993–94, s. 871–881.
- Henry, Hagen*: Kulturfremdes Recht erkennen. Ein Beitrag zur Methodenlehre der Rechtsvergleichung. Helsinki 2004.
- Herzog, Peter E. – Karlen, Delmar*: Attacks on Judicial Decisions. I verket *International Encyclopedia of Comparative Law Volume XVI Chapter 8*. Tübingen 1982.
- Hirtz, Bernd*: Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle des neuen Berufungsrechts. Beilage zu *Neue Juristische Wochenschrift* Heft 27/2004, s. 6–7.
- Honka, Olavi*: Helsingin hovioikeuden perustamisesta. *Lakimies* 1951, s. 286–299.
- Honka, Olavi*: Muisetlmia ja mielipiteitä. Porvoo 1972.
- Hov, Jo*: Rettergang i sivile saker. 2. utg. Oslo 1994.
- Hov, Jo*: Rettergang I. Sivil- og straffeprosess. Oslo 1999.
- Hov, Jo*: Rettergang III. Sivilprosess. Oslo 2000.
- Huber, Michael*: Verfahren und Urteile erster Instanz nach dem Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG). *Juristische Schulung* 2002, s. 483–489.
- Huovila, Mika*: Periaatteet ja perustelut. Tutkimus kärjäoikeuden faktaperusteluista porsessuaalisten periaatteiden valossa arvioituna. Jyväskylä 2003.
- Hupli, Tuomas*: Täytäntöönpanointressi yrityssaneerauksessa. *Insolvenssioikeudellinen tutkimus saneerausvelkojan oikeusaseman perusteista*. Jyväskylä 2004.
- Husa, Jaakko*: Johdatus oikeusvertailuun. Helsinki 1998.
- Husa, Jaakko*: Maaailman oikeusperheiden luokittelu 2000-luvulla. I Nuotio, Kimmo – Herler, Casper – Boucht, Johan (toim.): *Nykyajan muuttuva oikeus – Nutida rätt i föreändring*. R.f. Justus r.y. 10 vuotta. Saarijärvi 2001.
- Husa, Jaakko*: Farewell to Functionalism of Methodological Tolerance? *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2003, s. 419–447.
- Hämäläinen, Veikko M.*: Hovioikeuden toiminta 1.3.1986–30.9.1996. I Kivinen, Jussi – Aalto, Teija (red.): *Kouvolan hovioikeus 1978–2003. Hovioikeuden perustaminen ja 25 ensimmäistä toimintavuotta*. Jyväskylä 2003.
- Inger, Göran*: *Svensk rättshistoria*. Malmö 1996.
- Jauernig, Othmar*: Ausserordentliche Rechtsbehelfe. I Gottwald, Peter – Roth, Herbert (Hrsg.): *Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag*. Tübingen 2001.
- Jauernig, Othmar*: *Zivilprozeßrecht*. 27 völlig neubearbeitete Auflage. München 2002.
- Jokela, Antti*: Prosessiperiaatteet. I verket *Encyclopædia iuridica fennica*, osa IV Rikos- ja prosessioikeus. Jyväskylä 1995.
- Jokela, Antti*: Oikeudenkäynti I. Helsinki 1996.
- Jokela, Antti*: Uusi hovioikeusmenettely. Helsinki 1998.
- Jokela, Antti*: Oikeudenkäynti II. Andra upplagan. Saarijärvi 2003.
- Jokela, Antti*: Oikeudenkäynti III. Jyväskylä 2004.

- Jokela, Antti:* Muutoksenhakuoikeudesta rikosasioissa – hovioikeuden seurantatäytäntöjen tarkastelua. I verkett Nuutila, Ari-Matti – Pirjatanniemi, Elina (toim.): Rikos, rangaistus ja prosessi. Juhlajulkaisu Eero Backman. Turun yliopisto Oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2005.
- Jolowicz, John Anthony:* On civil procedure. Cambridge 2000.
- Jonkka, Jaakko:* Syytekynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Vammala 1991.
- Jyräki, Antero:* Valta ja vapaus. Helsinki 2003.
- Jägerskiöld, Stig:* Hovrätten under den karolinska tiden och till 1734 års lag (1654–1734). I verket Svea hovrätt – studier till 350-års minnet. Stockholm 1964.
- Kahn-Freund, Oliver:* On Uses and Misuses of Comparative Law. The Modern Law Review 1974, s. 1–27.
- Karhu, Juha:* Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi. Lakimies 2003, s. 789–807.
- Kavonius, Petter:* Oikeusperiaatekin velvoittaa. Helsinki 2001.
- Kekkonen, Jukka:* Itä-Suomen hovioikeus 150-vuotta. I verkett Ikonen, Pauli – Ollikainen, Liisa – Krogerus, Mikael – Hietala, Riitta-Liisa (toim.): Wiipurin Itä-Suomen hovioikeus 1839–1989. Jyväskylä 1992.
- Kekkonen, Jukka:* The Finnish Way: Some Reflections on the Development of Finnish Legal Culture during the 20th Century. I verkett (Eckert, Jörn – Modeér, Kjell Å. (red.)) Geschichte und Perspektive des Rechts im Ostseeraum. Frankfurt am Main 2002.
- Klami, Hannu Tapani:* Tuomioistuinten toiminnan mittaaminen, Defensor Legis 1992 s. 460–472.
- Klami, Hannu Tapani.* Methodological Problems in European and Comparative Law. 2nd edition. Helsinki 1997.
- Klami, Hannu Tapani:* Oikeusvertailun erityiskysymyksiä. Helsinki 2000.
- Klami, Hannu Tapani:* Studier rörande svensk och finsk rätt. Åbo 2002.
- Knemeyer, Franz-Ludwig:* Rechtliches Gehör im Gerichtsverfahren. I verkett Isensee, Josef – Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrecht – der Bundesrepublik Deutschland. Band VI Freiheitsrechte. 2. durchgesehene Auflage. Heidelberg 2001.
- Knuts, Gisela:* Domstolsanknuten medling. I Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 2003, s. 1–39.
- Knuts, Gisela:* Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling. Helsinki 2006.
- Knutsson, Anders:* Med hissen till HD. I Hellner, Jan – Hertzman, Olov – Nilsson, Edvard – Ramberg, Jan – Strömbäck, Erland (red.): Festskrift till Ulf K. Nordenson. Stockholm 1999.
- Koch, Harald:* Germany. I verkett Jolowicz, J. A. – van Rhee, C. H.: Recourse against Judgements in the European Union. Kluwer Law International. The Hague 1999.
- Kohonen, Kirsi:* Suullisuus hovioikeusmenettelyssä ja Euroopan ihmisoikeussopimus. Defensor Legis 2000, s. 877–886.
- Krook, Ingvar:* Några steg mot en ändamålsenligare och effektivare hovrättsprocess. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2001, s. 632–673.
- Kugler, Klaus F:* Die Kooperationsmaxime. Richtermacht und Parteiherrschaft im Zivilprozess – der gemeinsame Weg zum richtigen Prozessergebnis. Linz 2002.
- Kuusimäki, Matti:* Valitusasian suullisuuden kahdet kasvot – kotoiset ja keskieuropalaiset. Oikeus 1995, s. 43–47.
- Kuusimäki, Matti:* Syyttäjät maanteillä: hovioikeuksien pääkäsittelyt odottavat. Defensor Legis 1998, s. 421–431.
- Kuusimäki, Matti – Jääskeläinen, Petri:* Syyttäjän toimenpiteistä uudessa hovioikeusmenettelyssä: valtakunnansyyttäjän yleinen ohje. Defensor Legis 1999, s. 360–365.
- Kuusimäki, Matti – Kuusimäki, Raija:* ”On maailmassa monta ihmeellistä asiaa, hämmästyttää

- kummastuttaa pientä kulkijaa.” Selostus muutoksenhakumenettelyä ja tuomarintyötä koskevista havainnoista, jotka on tehty työvierailuilla eräissä Saksan, Ranskan, Itävallan ja Espanjan muutoksenhakutuomioistuimissa syksyllä 1994. Opublicerat arbete.
- Kärkkäinen, Mikko*: Kanne ja panttivastuu. Jyväskylä 2004.
- Lager, Irma*: Tuomionpurun edellytyksistä siviili- ja hallintoprosessissa. Helsinki 1972.
- Lager, Irma*: Lainkäytön pääasiat. Helsinki 1994.
- Lahtinen, Minna*: Uudet seikat ja todisteet palauttamisperusteena riita-asiassa. Turku 2000.
- Lappalainen, Juha*: Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa. Prosessioikeudellinen tutkimus. Vammala 1986.
- Lappalainen, Juha*: Asianomaisen väittämistaakasta muutoksenhaussa. Defensor Legis 1989, s. 96–119.
- Lappalainen, Juha*: Principen jura novit curia och domarens processledning. Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland 1993, s. 36–43.
- Lappalainen, Juha*: Oikeudenkäyntiainesto uudessa hovioikeusprosessissa. I verket Asianajajan työkentältä – Från advokatens arbetsfält. Helsinki 1994.
- Lappalainen, Juha*: Siviiliprosessioikeus I. Helsingfors 1995.
- Lappalainen, Juha*: Johtaako hovioikeusuudistus tulevaisuudessa muutoksenhakurajoituksiin? Defensor Legis 1998, s. 432–438.
- Lappalainen, Juha*: Milloin hovioikeudessa on kysymys kärjäoikeudessa vastaanotettun suullisen todistelun suokottavuudesta? OK 26:15,1:n tulkintaa. I verket Ruokanen, Pekka – Sundblad, Hans – Ylöstalo, Matti (toim.): Jukka Pelttonen 60 vuotta. Helsinki 1999.
- Lappalainen, Juha*: Tulisiko korkeimman oikeuden perustella valitusluparatkaisunsa? Defensor Legis 1999, s. 416–424.
- Lappalainen, Juha*: Siviiliprosessioikeus II. Helsinki 2001.
- Lappalainen, Juha*: Siviilijutun käsittely kärjäoikeudessa vuoden 2002 uudistuksen mukaan. Helsinki 2002.
- Lappalainen, Juha*: Siviilijutun käsittely. I verket Lappalainen, Juha – Frände, Dan – Koulum, Risto – Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Rautio, Jaakko – Sihto, Juha – Virolainen, Jyrki: Prosessioikeus. Juva 2003.
- Lappe, Fricrich*: Die Entwicklung des Gerichts- und Notarkostenrechts im Jahr 1997. Neue Juristische Wochenzeitschrift 1998, Heft 16, s. 1112–1119.
- Latvala, Jorma*: Hovioikeusprosessi ja laadukas tuomio. Defensor Legis 1998, s. 470–475.
- Latvala, Jorma*: Työmenetelmien kehittämisestä. Opublicerad promemoria för Vasa hovrätt 22.9.2003.
- Laukkanen, Sakari*: Tuomarin rooli. Prosessioikeudellinen tutkimus tuomarin roolista dispositiivisen riita-asian valmistelussa silmällä pitäen riidan kohteen selvittämistä. Helsinki 1995.
- Laukkanen, Sakari*: Näytön selostaminen alioikeuden tuomiossa hovioikeuden tarpeita silmällä pitäen. Lakimies 2000, s. 1112–1123.
- Laukkanen, Sakari – Liljenfeldt, Robert*: Vaihtoehtoisista riidanratkaisumalleista erityisesti silmälläpitäen tanskalaista tuomioehdotusta. Defensor Legis 1998, s. 947–958.
- Laukkanen, Sakari – Liljenfeldt, Robert*: Pääsy hovioikeuteen. Defensor Legis 1999, s. 661–670.
- Legrand, Pierre*: Uniformity, Legal Tradition, and Law’s Limits. Juridisk Tidskrift 1996–97, s. 307–322.
- Legrand, Pierre*: Against a European Civil Code. The Modern Law Review 1997, s. 44–63.
- Leipold, Dieter*: Verfahren. Vorgemerktungen vor § 128. I verket Bork, Reinhard – Brehm, Wolfgang – Grunsky, Wolfgang – Leipold, Dieter – Münzberg, Wolfgang – Roth, Herbert – Schlosser, Peter – Schumann, Ekkehard (Bearbeiter): Stein / Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 2, §§ 91–252. 21. Auflage. Tübingen 1994.

- Leppänen, Tatu*: Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. Prosessioikeudellinen tutkimus. Helsinki 1998.
- Leppänen, Tatu*: Suullisen todistelun keventäminen hovioikeuden pääkäsitelyssä. Lakimies 2000, s. 1197–1211.
- Leppänen, Tatu – Välimaa, Asko*: Muutoksenhaun pääpiirteet. 4. uudistettu painos. Helsinki 1998.
- Letto-Vanamo, Pia*: Suomen asianajajalaitoksen synty ja varhaiskehitys – oikeushistoriallinen tutkimus. Vammala 1989.
- Letto-Vanamo, Pia*: Tuomioistuinmenettelyn historiaa. Rahvaan oikeudenkäytöstä valtiolliseen prosessiin. I verket Letto-Vanamo, Pia (toim.): Suomen oikeushistorian pääpiirteet – Sukuvalasta moderniin oikeuteen. Jyväskylä 1991.
- Letto-Vanamo, Pia*: Oikeuden Eurooppa – Luentoja oikeushistoriasta. Helsinki 1995.
- Letto-Vanamo, Pia*: Internationella idéer och den nationella realiteten. I verket Kekkonen, Jukka – Letto-Vanamo, Pia – Paasto, Päivi – Pihlajamäki, Heikki (red.): Norden, Rätten, Historia. Festskrift till Lars Björne. Saarijärvi 2004.
- Letto-Vanamo, Pia – Pihlajamäki, Heikki*: Funktionen des Livländischen Hofgerichts (1630–1710) Bericht über ein Forschungsprojekt. I verket Eckert, Jörn – Modeér, Kjell Å. (Hrsg.): Geschichte und Perspektive des Rechts im Ostseeraum. Frankfurt am Main 2002.
- Levi, Edward, H.*: An Introduction to Legal Reasoning. Chicago 1950.
- Liljenfeldt, Robert*: Riita-asian oikeudenkäyntimenettelyn uudistaminen hovioikeustuomarin näkökulmasta. Defensor Legis 1995, s. 464–479.
- Liljenfeldt, Robert*: Kokemuksia hovioikeusuudistuksesta. Defensor Legis 1999, s. 425–435.
- Liljefeldt, 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 – Kuusimäki, Matti – Latvala, Jorma*: Alistusinstanssista valitustuomioistumiksi – hovioikeusmenettely jo olennaisesti uudistettu. Defensor Legis 1995, s. 248–276.
- Liljenfeldt, Robert – Rajalahti, Hannu*: Kokeumuksia uudistetusta riitaprosessimenettelystä – työnjako sekä vaihtoehtoiset riidanratkaisumenetelmät. I Haavisto, Risto (toim.): Matkalla pohjoiseen. Professori Jyrki Virolaisen juhlakirja 26.2.2003. Rovaniemi 2003.
- Liljenfeldt, Robert – Snellman, Olavi*: Den finska hovrättsprocessen i omdaning. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2004, s. 435–445.
- Lindblom, Per Henrik*: Processhinder. Om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt. Stockholm 1974.
- Lindblom, Per Henrik*: Studier i Processrätt. Göteborg 1993.
- Lindblom, Per Henrik*: Progressiv processrätt. Spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen. Uppsala 2000.
- Lindblom, Per Henrik*: Miljöprocessen. Om domstolarnas roll, forum, kumulation, intresseavvägning, officialprövning, taleformer, talerätt, åberopsrätt, bevisning, förenklad skadestandsberäkning och rättkraft vid civilprocesseuall domstolstalan i miljömål. Del 1. Uppsala 2001.
- Lindblom, Per Henrik*: Progressiv process – om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen. Retfærd 2001, s. 22–29.
- Lindblom, Per Henrik*: Rättegångssalens väggar – om domstolsprocessen i tid och rum. Svensk Juristtidning 2002, s. 1–11.
- Lindblom, Per Henrik*: Processens arkitektur. Jakten på det slutliga bevisemat i ett funkishus med flera våningar. I verket Andersson, Torbjörn – Lindell, Bengt (red.): Vänbok till Torleif Bylund. Uppsala 2003.

- Lindblom, Per Henrik:* Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta? Svensk Juristtidning 2004, s. 229–262.
- Lindell, Bengt:* Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt. Uppsala 1987.
- Lindell, Bengt:* Partsautonomins gränser. Uppsala 1988.
- Lindell, Bengt:* Processuell preklusion: av nya omständigheter eller bevis rörande saken. Göteborg 1993.
- Lindell, Bengt:* Civilprocessen. Andra upplagan. Göteborg 2003.
- Lindenchrone, Lars – Werlauff, Erik:* Dansk retspleje. 2. utgåve. København 2000.
- Linna, Tuula:* Ulosottorealisoinnista de lege ferenda. Vammala 1987.
- Lipp, Volker:* Beschwerde. Vorbemerkung. I verket Lüke, Gerhard – Wax, Peter (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze. Aktualisierungsband. ZPO-Reform 2002 und weitere Reformgesetze. 2. Auflage. München 2002.
- Liukkunen, Ulla:* the Role of Mandatory Rules in Intrenational Labour law. A Comparative Study in the Conflict of Laws. Helsinki 2004.
- Lorenzen, Peer – Rehof, Lars Adam – Trier, Ryge – Holst-Chrsitensen, Nina – Vedsted-Hansen, Jens:* Den Europæiske Menneskeretskonvention. Kommenterat af (art 1–10). Andra upplagan. København 2003.
- Lunde, Daniel:* Forlikrådets kompetanse til å avsi dom. Lov og Rett 1992, 278–294.
- Lüke, Gerhard:* Einleitung. I verket Lüke, Gerhard – Wax, Peter (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Mit Berichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze. Band 1, §§ 1–354. 2. Auflage. München 2000.
- Makkonen, Kaarle:* Luentoja yleisestä oikeustieteestä. 3. laitos. Helsinki 1998.
- Manteuffel, Kerstin:* Die Erneute Tatsachenfeststellung in der Berufung. Neue Juristische Wochenschrift 2005, s. 2963–2965.
- Markesinis, Basil:* Comparative Law in Search of an Audience. The Modern Law Review 1990, s. 1–21.
- Markesinis, Basil:* A Matter of Style. Law Quarterly Review 1994, s. 607–628.
- Markesinis, Basil:* Foreign Law and Comparative Methodology. Oxford 1997.
- Matingsdal, Magnus:* To-instansreformen. Oslo 1996.
- Matscher, F:* The Methods of Interpretation of the Convention. I verket Macdonald, Ronald St. J – Matscher, F – Petzold, Herbert (eds.): The European system for the Protection of Human Rights. Dordrecht 1993.
- Mattei, Ugo:* Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics. International Review of Law and Economics 1994, s. 3–19.
- Mattei, Ugo:* Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in teh World's Legal Systems. American Journal of Comparative Law 1997, s. 5–44.
- Mattila, Heikki E. S.:* Les successions agricoles et la strucruce de la société. Une étude en droit comparé. Helsinki 1979.
- Mattila, Heikki E. S.:* Alkuteoksen tavoitteista. I verket David, René – Jauffret-Spinosi: Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät. Edellinen nide. Ranskan kielestä kääntänyt Heikki E. S. Mattila. Helsinki 1982.
- Mattila, Heikki E. S.:* Oikeusvertailun lingvistiset hankaluudet. I verket Jyränki, Antero (toim.): Oikeuden kielet. Oikeus ja oikeudellinen ajattelu monikielisessä maailmassa. Turku 1999.
- Mattila, Heikki E. S.:* Latinet i den finländska juridiska litteraturen. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2000, s. 269–322.
- Mattila, Heikki E. S.:* Vertaileva oikeuslingvistiikka. Helsinki 2002.
- Mattila, Heikki E. S.:* Språket och den noridksa rättsfamiljen. Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland 2005, s. 43–57.

- Maurer, Hartmut*: Rechtstaatliches Prozessrecht. I verket Bandura, Peter – Dreier, Horst (Hrsg.): Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts. Zweiter Band. Tübingen 2001.
- Melander, K. R.*: Drag ur Åbo hovrätts äldre historia och ur rättslivet i Finland under förra hälften av 1600-talet. Helsingfors 1936.
- Melander, Lauri*: Kokemuksia Seulontamenetellystä. Defensor Legis 2005, s. 3–14.
- Merrills, J. G.*: The development of international law by the European Court of Human Rights. Manchester 1993.
- Merrills, J. G. – Robertson, A. H.*: Human Rights in Europe. A study of the European Convention on Human Rights. Manchester 2001.
- Meyer-Seitz, Christian*: Die Änderungen im Berufsrecht. I verket Hannich, Rolf – Meyer-Seitz, Christian (Hrsg.): ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz. München 2002.
- Michelsen, Hans M.*: Sivilprosess. Oslo 1999.
- Mikkola, Tuulikki*: Oikeudellisen tiedon yhtenevyys ja sen esteet. Jäämistöoikeudellisen informaation vertailtavuus. Helsinki 1999.
- Mikkola, Tuulikki*: Trust. Oikeusvertaileva tutkimus. Helsinki 2003.
- Modéer, Kjell Å.*: Renässans för den nordiske juristen? Tidning utgiven av juridiska föreningen i Finland 2005, s. 58–70.
- Musielak, Hans-Joachim*: Grundkurs ZPO. 4. Auflage. München 1998.
- Musielak, Hans-Joachim*: §§ 307–321 a. I verket Lüke, Gerhard – Wax, Peter (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze. Aktualisierungsband. ZPO-Reform 2002 und weitere Reformgesetze. 2. Auflage. München 2002.
- Musielak, Hans-Joachim*: Einleitung. I verket Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.): Musielak Kommentar zur Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz. 4. neubearbeitete Auflage. München 2004. (2004a)
- Musielak, Hans-Joachim*: §§ 319–321a. I verket Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.): Musielak Kommentar zur Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz. 4. neubearbeitete Auflage. München 2004. (2004b)
- Möller, Gustaf*: Om sällningsrörfarandet i hovrätt enligt Finlands RB. I Andersson, Torbjörn – Lindell, Bengt (red.): Festschrift till Per Henrik Lindblom. Uppsala 2004.
- Møse, Erik*: Menneskerettigheter. Oslo 2002.
- Nelken, David*: Legal Transplants and Beyond: of Disciplines and Metaphors. I verket Harding, Andrew – Örüü, Esin (eds.): Comparative Law in the 21st Century. London 2002.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Luonnollisen henkilön velkavastuu insolvenssioikeudessa. Helsinki 1995.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Några särdrag i den nordiska processrätten. I Letto-Vanamo, Pia (red.): Nordisk Identitet. Nordisk rätt i europeisk gemenskap. Helsingfors 1998.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Valitus hovioikeuteen. I verket Lappalainen, Juha – Frände, Dan – Koulu, Risto – Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Rautio, Jaakko – Sihto, Juha – Virolainen, Jyrki: Prosessioikeus. Juva 2003.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Tomt prat, igen? Om straffprocessens modeller och funktioner. I Festschrift till Per Henrik Lindblom. Uppsala 2004.
- Niskanen, Hannu – Ahonen, Timo – Laitinen, Ahti*: Suomalaisten luottamus tuomioistuimiin. Turku 1999.
- Nordh, Robert – Lindblom, Per Henrik*: Kommentar till RB. Häfte 1, kapitel 1–9. Uppsala 2001.
- Norrgård, Marcus*: Civilprocessens funktioner – tolkningshjälp eller läroboksfyllnad. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2001, s. 140–163.
- Norrgård, Marcus*: Interimistiska förbud i immaterialrätten. Helsingfors 2002.

- Norrman, Wilhelm:* Sällningsförfarande och domsmotivering i hovrätten. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2004, s. 29–50.
- Norstedts engelsk–svenska ordbok.* Andra upplagan. Finland 1995.
- Nousiainen, Kevät:* Oikeudenkäytön modernisoituminen. I Letto-Vanamo, Pia (toim.): Suomen oikeushistorian pääpiirteet. Sukuvallasta moderniin oikeuteen. Jyväskylä 1991.
- Nousiainen, Kevät:* Prosessin herruus. Länsimaisen oikeudenkäytön ”modernille” ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua. Helsinki 1993.
- Nylund, Anna:* Rättegångskostnader. En rättsjämförelse mellan Finland och Tyskland. Opublicerat examensarbete 2001.
- Oberheim, Rainer:* Zivilprozess für Referendare. 5. Auflage. Düsseldorf 2001.
- Olivecrona, Karl:* Law as Fact. Köpenhamn 1939.
- Ost, François:* The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights. I Delmas-Marty, Mireille (ed.): The European Convention for Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions. Dordrecht 1992.
- Ovey, Clare – White, Robin:* Jacobs The European Convention on Human Rights. 3rd edition. Oxford 2002.
- Pantle, Norbert – Kreissl, Stephan:* Die Praxis des Zivilprozesses. 3. Auflage. Stuttgart 2002.
- Peczenik, Alexander:* Rättsnormer. Kristianstad 1987.
- Peczenik, Alexander:* Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation. Göteborg 1995.
- Pellonpää, Matti:* Euroopan ihmisoikeussopimus. 4. uudistettu painos. Helsinki 2005.
- Petrén, Sture:* Kungl. maj:ts och Rikets Svea Hovrätt ur dess historia 1614–1654. Stockholm 1964.
- Piekenbrock, Andreas:* Nichtannahme der Berufung? – Kritische Gedanken zu § 522 ZPO. Juris-tenzeitschrift 2002, s. 540–548.
- Pihlajamäki, Heikki:* Ylioikeus yhteiskunnan peilissä, Helsingin hovioikeus 1952–2002. I verket Helsingin Hovioikeus 1952–2002: Ylioikeus yhteiskunnan peilissä. Helsinki 2002.
- Prütting, Hanns:* Verfassungsrechtliche Grundlagen des Zivilprozeßrechts. I verket Prütting, Hanns – Schütze, Rolf A. (Bearbeiter): Wicczorek / Schütze Zivilprozessordnung und Negen-gesetze. Grosskommentar. Band 1, Teilband 1. 3. völlig neu bearbeitete Auflage. Berlin 1994.
- Prütting, Hanns:* Grundfragen des Rechtsmittelrechts. I Gottwald, Peter – Greger, Reinhard – Prütting, Hanns (Hrgs): Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa. Akademisches Symposium zu Ehren von Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages. Bielefeld 2000.
- Pölönen, Pasi:* Henkilötodistelu rikosprosessissa. Jyväskylä 2003.
- Pöyhönen, Juha:* Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Vammala 1988.
- Rasilainen, Aki:* Virolaisen kirjoituksen johdosta DL 6/2003, Defensor Legis 2004, s. 296–297.
- Rasilainen, Aki:* Vähän vielä seulonnasta – vastine Virolaisen vastauksen johdosta. Defensor Legis 2004, s. 940–941.
- Rawls, John:* A Theory of Justice. Revised Edition. Oxford 2000.
- Reichold, Klaus:* 139 §. I verket Thomas/Putzo Zivilprozessordnung. Mit GVG, den Einfüh-rungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften. Fortgeführt von Hans Putzo gemeinsam mit, Reichold, Klaus – Hüßtege. 26. neubearbeitete Auflage. München 2004. (2004a)
- Reichold, Klaus:* Rechtsmittel. Vorbemerkung. I verket Thomas/Putzo Zivilprozessordnung. Mit GVG, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften. Fortgeführt von Hans Putzo gemeinsam mit, Reichold, Klaus – Hüßtege. 26. neubearbeitete Auflage. München 2004. (2004b)
- Reichold, Klaus:* Berufung (511–541 §§). I verket Thomas/Putzo Zivilprozessordnung. Mit

- GVG, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften. Fortgeführt von Hans Putzo gemeinsam mit, Reichold, Klaus – Hüßtege. 26. neubearbeitete Auflage. München 2004. (2004c)
- Reichold, Klaus: Beschwerde (§§ 567–574 §§). I verket Thomas/Putzo Zivilprozessordnung. Mit GVG, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften. Fortgeführt von Hans Putzo gemeinsam mit, Reichold, Klaus – Hüßtege. 26. neubearbeitete Auflage. München 2004. (2004d)
- Rimmelspacher, Bruno: Rechtsmittel. Vorbemerkung. I verket Lüke, Gerhard – Wax, Peter (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze. Aktualisierungsband. ZPO-Reform 2002 und weitere Reformgesetze. 2. Auflage. München 2002. (2002a)
- Rimmelspacher, Bruno: Berufung (§§ 511–541). I verket Lüke, Gerhard – Wax, Peter (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze. Aktualisierungsband. ZPO-Reform 2002 und weitere Reformgesetze. 2. Auflage. München 2002. (2002b)
- Rimmelspacher, Bruno: Berufungsgründe im reformierten Zivilprozess. Neue Juristische Wochenschrift 2002, s. 1987–1905.
- Robberstad, Anne: Mellom tvekamp og inkvisisjon: staffeprosessens grundstruktur belyst ved fornærmedes stillning. Oslo 1999.
- Robberstad, Anne: Mellom tvekamp og inkvisisjon. Tidskrift utgivet av Juridiska förening i Finland 2001, s. 190–198.
- Robberstad, Anne: Utlandske sivilprosessforbilder – for Francis Hagerup og Tvistemålsutvalget (NOU 2001:32). I Andresson, Torbjörn – Lindell, Bengt (red.): Festschrift till Per Henrik Lindblom. Uppsala 2004.
- Rosenberg, Leo – Schwab, Karl Heinz – Gottwald, Peter: Zivilprozessrecht. 16. neubearbeitete Auflage. München 2004.
- Ruutu, Martti: Viipurin hovioikeuden synty. I verket Kannel, Väinö (toim.): Viipurin hovioikeus 1839–1939 – tietoja hovioikeuden historiasta, toiminnasta ja virkakunnasta. Viipuri 1939.
- Saario, Voitto: Muutoksenhakuinstanssien kuormituksesta. Lakimies 1976, s. 193–199.
- Sacco, Rodolfo: Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. (Installment I of II). American Journal of Comparative Law 1991, s. 1–34. (1991a)
- Sacco, Rodolfo: Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. (Installment II of II). American Journal of Comparative Law 1991, s. 343–401.
- Sarpolahti, Mia: Jutun palauttaminen. Opublicerat examensarbete, Helsingfors universitet 1998.
- Schei, Tore: Tvistemålsloven. Bind I §§ 1–182. 2. utgave. Oslo 1998. (1998a)
- Schei, Tore: Tvistemålsloven. Bind II §§ 183–486. 2. utgave. Oslo 1998. (1998b)
- Scheinin, Martin: Yhdenvertaisuus. I verket verket Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Helsinki 1999.
- Schilling, Theodor: Internationaler Menschenrechtsschutz. Universelles und europäisches Recht. Tübingen 2004.
- Schmidt, Eike: Einleitung. I verket Kommentar zur Zivilprozessordnung. Reihe Alternativkommentare. 1987
- Schmidt, Eike: Zugang zur Berufungsinstanz. Zeitschrift für Zivilprozessrecht 1995, s. 147–166.
- Schnauder, Franz: Berufung und Beschwerde nach dem Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG). Del 1. Juristische Schulung 2002, s. 68–75. (2002a)
- Schnauder, Franz: Berufung und Beschwerde nach dem Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG). Del 2. Juristische Schulung 2002, s. 192–169. (2002b)

- Schumann, Ekkehard*: Grundsätze des Streitenwertrechts. Neue Juristische Wochenzeitschrift 1982, Heft 50, s. 2800–2803.
- Schumann, Ekkehard*: Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess. Zeitschrift für Zivilprozessrecht 1983, s. 137–253.
- Schumann, Claus-Dieter – Kramer, Wolfgang*: Die Berugung in Zivilsachen. 6. upplagan. München 2002.
- Schwab, Karl Heinz – Gottwald, Peter*: Verfassung und Zivilprozeß. München 1984.
- Schönke, Adolf*: Das Rechtsschutzbedürfnis. Frankfurt am Main 1950.
- Sevón, Leif*: Seulontamenettely hovioikeuksissa Korkeimman oikeuden näkökulmasta. Helsingin hovioikeuspiirin X tuomaripäivä. 26.9.2003 Helsingin hovioikeus. Pöytäkirja. Opublicerad.
- Siltala, Raimo*: A theory of precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law. Oxford 2000.
- Siltala, Raimo*: Fragmentteja, osa III: Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta? Oikeus 2000, s. 473–492.
- Siltala, Raimo*: Oikeustieteen tieteenteoria. Vammala 2003.
- Sinclair, Ian*: The Vienna Convention on the Law of Treaties. 2nd edition. Manchester 1984.
- Sippo, Jukka – Välimaa, Asko*: Siviiliprosessin muutetut säännökset. Helsinki 2003.
- Skoghøy, Jens Edvin A.*: Tvistemål. Oslo 2001.
- Smith, Eva*: Civilprocess. Grundlæggende regler og principper. Fjærde upplagan. København 2000.
- Smith, Eva*: Mundlighed ved domstol i Danmark. I Bylander, Eric—Lindblom, Per Henrik (red.): Muntlighet vid domstol i Norden. En rättsvetenskaplig, rättspsykologisk och rättsetnologisk studie av presenationsformernas betydelse vid domstol i Norden. Uppsala 2005.
- Snellman, Olavi*: Näkökohtia prosessin ja asianajon kehittämisestä hovioikeudessa. Defensor Legis 2002, s. 663–676.
- Spolander, Mari*: *Due process of Law* perustuslaillisena oikeutena Yhdysvalloissa. I verket Haavisto, Risto (toim.): Matkalla Pohjoiseen. Professori Jyrki Virolaisen juhla kirja. 26.2.2003. Rovaniemi 2003.
- Stangendahl, Peter*: Skuldsanering. Lagkommentar. Göteborg 1999.
- Stavros, Stephanos*: The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of the European Convention on Human Rights. An Analysis of the Application of the Convention and a Comparison with Other Instruments. Dordrecht 1993.
- Stern, Klaus – Sachs, Michael*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/1. München 1988.
- Storme, Marcel*: Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne. Approximation of Judiciary Law in the European Union. Dordrecht. Nederländerna 1994.
- Storme, Marcel*: The Liability of the state for failing to provide access to Justice. I Andersson, Torbjörn – Lindell, Bengt (red.): Festschrift till Per Henrik Lindblom. Uppsala 2004.
- Storskrubb, Eva*: Några drag i den ”nya” engelska civilprocessen. Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland 2000, s. 391–407.
- Stridbeck, Ulf*: Muntlighet ved domstol i Norge. I Bylander, Eric – Lindblom, Per Henrik (red.): Muntlighet vid domstol i Norden. En rättsvetenskaplig, rättspsykologisk och rättsetnologisk studie av presenationsformernas betydelse vid domstol i Norden. Uppsala 2005.
- Strohn, Lutz*: Offene Fragen des neuen Berufungsfetchts nach dem Zivilprozess-Reformgesetz. I verket Wank, Rolf – Hirte, Herbert – Frey, Kaspar – Fleischer, Holger – Thüsing, Gregor (Hrsg.): Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag. München 2000.
- Strömholm, Stig*: Har den komparativa rätten en metod? Svensk Juristtidning 1972, s. 456–465.
- Strömholm, Stig*: Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära. Femte upplagan. Stockholm 1996.

- Stürner, Michael:* Die Anfechtung von Zivilurteilen. Eine funktionale Untersuchung der Rechtsmittel im deutschen und englischen Recht. München 2002.
- Stürner, Rolf:* Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung. Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, s. 647–666.
- Summers, Robert:* Evaluation and Improving Legal Processes – A Plea for ”Process Values”. *Cornell Law Review* 1974, s. 1–52.
- Syrjänen, Jussi:* Rättsfallskommentar. Lakimies 1998, s. 456–483.
- Tettinger, Peter J.:* Fairneß und Waffengleichheit. Rechtsstaatliche Direktiven für Prozeß und Verwaltungsverfahren. München 1984.
- Teubner, Gunther:* Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. *The Modern Law Review* 1998, s. 11–32.
- Thunander, Rudolf:* Hovrätt i funktion. Göta hovrätt och brottmålen 1935–1966. Lund 1993.
- Timonen, Pekka:* Tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeoppi. Oikeuslähdeopin eräiden lähtökohtien tarkastelua. Lakimies 1989, s. 666–688.
- Timonen, Pekka:* Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely. Helsinki 1997.
- Tirkkonen, Tauno:* Suomen prosessioikeus pääpiirteittäin. Kolmas uusittu painos, Porvoo 1969.
- Tirkkonen, Tauno:* Suomen Siviiliprosessioikeus I. Toinen uusittu painos, Porvoo 1974.
- Tirkkonen, Tauno:* Suomen Siviiliprosessioikeus II. Toinen uusittu painos, Porvoo 1977.
- Tolonen, Hannu:* Säännöt, periaatteet ja tavoitteet. Oikeuden, moraalín ja politiikan suhteesta. Oikeustiede – Jurisprudentia XXII. Vammala 1989, s. 337–384.
- Tolonen, Hannu:* Oikeuden tasot ja toiminnot. Tuorin kriittisen oikeuspositivismín tarkastelua. Oikeus 2000, 509–523.
- Tolonen, Hannu:* Oikeuslähdeoppi. Vantaa 2003.
- Treber, Jürgen:* Die Änderungen im Beschwerderecht. I verket Hannich, Rolf – Meyer-Seitz, Christian (Hrsg.): ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz. München 2002.
- Treber Jürgen:* Neuerungen durch das Anhörungsrügegesetz. Neue Juristische Wochenschrift 2005, s. 97–101.
- Tuori, Kaarlo:* Kriittinen oikeuspositivismi. Vantaa 2000.
- Tuori, Kaarlo:* Critical Legal Positivism. Ashgate 2002.
- Tuori, Kaarlo:* Käsiteláinopin itsepuolustus. Lakimies 2002, s. 1295–1320.
- Tuori, Kaarlo:* Oikeuden traditiot. Niin & náin. Filosofinen aikakausilehti 2/2005, s. 77–85.
- Turunen, Santtu:* KKO 2000:57. I verket Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein I 2000. Helsinki 2000.
- Tyler, Tom R.:* Citizens Discontent with Legal Procedures: A Social Science Perspective on Civil Procedure Reform. *American Journal of Comparative Law* 1997, s. 871–904.
- Táhti, Aarre:* Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa. Helsinki 1995.
- Uecker, Rolf:* Effektivisering av sivilprosessen i Tyskland – relasjonsmetoden og begrensning av muntlighetsprinsippet. *Lov og Rett* 2001, s. 357–363.
- Uoti, Kari:* Euroopan ihmisoikeustuomioistuin. Láinkáyttájá oikeuden tekijänä. Helsinki 2004.
- Vaitoja, Jari:* Valitusten seulontamenettely ja asianosaisen esteetön pääsy hovioikeuteen. Lakimies 2002, s. 757–772.
- Vepsä, Jisa:* Vaasan hovioikeuden perustaminen –uuden aikakauden ylioikeus? Opublicerad licenciátavhandling 2002.
- Viitanen, Klaus:* Lautakuntamenettely kuluttajariitojen ratkaisukeinona. Jyväskylä 2003.
- Viljanen, Jukka:* The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. Tampere 2003.
- Vindeløv, Vibeke:* Konflikt, tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling. København 1997.

- Virolainen, Jyrki*: Reformatio in Pejus -kiellosta. Tutkimus tuomioistuimen tutkimisvallan laajuudesta yksipuolisessa muutoksenhaussa erityisesti rikosprosessia silmällä pitäen. Vammala 1977.
- Virolainen, Jyrki*: Hovioikeusuudistus. Lakimies 1978, s. 453–476
- Virolainen, Jyrki*: Materiaalinen prosessinjohto. Helsinki 1988.
- Virolainen, Jyrki*: Lainkäyttö. Helsingfors 1995.
- Virolainen, Jyrki*: Uusi alioikeusprosessi riita-asioissa. Ongelmakohtia käytännön valossa. Defensor Legis 1995, s. 329–378.
- Virolainen, Jyrki*: Rättsfallskommentar. Lakimies 2000, s. 253–263.
- Virolainen, Jyrki*: Hovioikeusprosessi jälleen uudistusten kohteena. Defensor Legis 2000, s. 425–439.
- Virolainen, Jyrki*: Oikeustapauskommentti (KKO 2000:71). Defensor Legis 2000, s. 669–678.
- Virolainen, Jyrki*: Tarvitaanko hovioikeuksissa erillistä seulonnamenettelyä? Defensor Legis 2002, s. 689–701.
- Virolainen, Jyrki*: Johdatus prosessioikeuteen. I verket Lappalainen, Juha – Frände, Dan – Koulu, Risto – Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Rautio, Jaakko – Sihto, Juha – Virolainen, Jyrki: Prosessioikeus. Juva 2003.
- Virolainen, Jyrki*: Hovioikeuden seuntasäännösten tulkintaa. Defensor Legis 2003, s. 963–975.
- Virolainen, Jyrki*: Vielä seulonnan ja pääkäsittelyn toimittamisvelvollisuuden suhteesta hovioikeudessa – vastine viskaali Aki Rasilaisen kirjoituksen johdosta. Defensor Legis 2004, s. 484–485.
- Virolainen, Jyrki*: Rasilaisen ”uusi luottamusperiaate” lainvastainen. Defensor Legis, 2004, s. 942–943.
- Virolainen, Jyrki*: Korkeimman oikeuden ratkaisut seulonnamenettelyä koskevaan kiistaan. Defensor Legis 2004, s. 1161–1162.
- Virolainen, Jyrki*: Vastavalituksesta. I verket Männistö, Jarkko (toim.): Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä. Juhlajulkaisu Antti Jokela 26.1.2005. Jyväskylä 2004.
- Virolainen, Jyrki*: KKO 2004:117. I verket Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein II 2004. Helsinki 2005.
- Virolainen, Jyrki*: Seulonnamenettelyn tarkistamishanke. Defensor Legis 2005, s. 598–602.
- Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri*: Pro & contra. Tuomion perustelemisen keskeisiä kysymyksiä. Helsinki 2003.
- Vollkommer, Max*: Der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren im Zivilprozess. I verket Baltzer, Johannes – Baumgärtel, Gottfried – Peters, Egbert – Pieper, Helmut (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns. München 1980.
- Vollkommer, Max*: Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess. I verket Gottwald, Peter – Prütting, Hanns (Hrsg.): Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag. München 1990.
- Vollkommer, Max*: Zur Einführung der Gehörsrüge in den Zivilprozess. I verket Gottwald, Peter – Roth, Herbert (Hrsg.): Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag. Tübingen 2001.
- Voutilainen, Juha*: Ajatuksia seulonnan vaikutuksesta hovioikeustyöskentelyyn. OHOI 3/2003, s. 10–12.
- Walimies, Juhani*: Tredskodom i överrätt? Tidskrift Utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1992, s. 307–316.
- Waldner, Wolfram*: Der Anspruch auf rechtliches Gehör. 2. Auflage. Köln 2000.
- Wassermann, Rudolf*: Der soziale Zivilprozess. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat. Darmstadt 1978.

- Watson, Alan:* Legal Transplants. An Approach to Comparative Law. Andra upplagan. Athens, Georgia 1993 (1974).
- Welamson, Lars:* Om anslutningsvad och reformatio in pejus. Stockholm 1953.
- Welamson, Lars:* Ny lagtext om förnyad bevisupptäggning i hovrätt. Ett framsteg? I verket Heuman, Lars (red.): Festschrift till Per Olof Bolding. Stockholm 1992.
- Welamson, Lars:* Rättegång IV. Tredje omarbetade upplagan. Smedjebacken 1994.
- Wendt, Nasall:* Anhörungsrußgesetz—Nach der Reform ist vor der Reform. Zeitschrift für Rechtspolitik 2004, s. 164-170.
- Wilhelmsson, Thomas:* Den nordiska rättgemenskapen och rättsskälreläran. Tidskrift for Retsvidenskap 1985, s. 181-197.
- Wrede, Rabbe Axel:* Finlands gällande civilprocessrätt. Första bandet. Fjärde upplagan. Helsingfors 1953.
- Zander, Michael:* The First Wave. I verket Cappelletti, Mauro (ed.): Access to Justice and the Welfare State. Alphen aan den Rijn 1981.
- Zuckermann, Adrian A. S.:* Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure. I verket Zuckermann, Adrian A. S. (ed.): Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure. Oxford 1999.
- Zweigert, Konrad – Kötz, Hein:* Einführung in die Rechtsvergleichung. Tübingen, 1996.
- Aall, Jørgen:* Rettegang og menneskerettigheter. Den europeiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 6 og norsk straffeprosess. Bergen 1995.

Officiella källor

Danmark

- Betänkning 1348/1997. Betänkning om instansordningen i civile retssager. Afgivet af Retsplejerådet. Betänkning nr. 1348. København 1997.
- Betänkning 1401/2001. Betänkning Reform af den civile retspleje I. Instansordningen, byrettens sammensætning og almindelige regler om sagsbehandlingen i første instans. Afgivet af Retsplejerådet. København 2001.

Finland

- Arbetsgruppbetänkande 2003:2. Tuomioistuinsovittelu. Helsinki 2003.
- Arbetsgruppbetänkande Rättegång i hovrätt 20.2.2000. Helsinki 2000.
- GrUU 9/1997. Grundlagsutskottets utlåtande 9/1997 rd. Regeringens proposition 33/1997 rd.
- GrUU 35/2002. Grundlagsutskottets utlåtande 35/2002 rd. Regeringens proposition med förslag till lag om ändring av rättegångsbalkens bestämmelser om anförande av besvär hos hovrätten och om behandlingen av besvärssärenden i hovrätten.
- Hovioikeustilastot 2005. Opublicerad data.
- Kommittebetänkande 1901:9. Förslag till reform af rättegångsväsendet. Utarb. af en därtill förordnad komité. Helsingfors 1901.
- Kommittébetänkande 1925:16. Ehdotus oikeudenkäyntilaitoksen uudistamiseksi professori Otto Hjalmar Granfeltin laatimaa ehdotusta tarkastamaan asettaman komitea mietintö. Helsingfors 1925.
- Kommittébetänkande 2001:10. Muutoksenhakutoimikunnan osamietintö. Helsinki 2001.

Kommittébetänkande 2002:8. Muutoksenhakutoimikunnan jatkometintö. Helsinki 2002.

Kommittébetänkande 2003:3. Tuomioistuinlaitoksen kehittämiskomitean mietintö. Helsinki 2003.

LaUB 19/1997. Lagutskottets betänkande 19/1997 rd. Regeringens proposition med förslag till lag om ändring av rättegångsbalkens stadganden om fullföljd av talan från underrätt till hovrätt och om behandlingen av besvärsmål i hovrätt samt av vissa därtill anslutna lagar.

LaUB 27/2002. Lagutskottets betänkande 27/2002 rd. Regeringens proposition med förslag till ändring av rättegångsbalkens bestämmelser om hovrättsförfarandet samt av vissa lagar som har samband med dem. Regeringens proposition med förslag till lag om ändring av rättegångsbalkens bestämmelser om anförande av besvär hos hovrätten och om behandlingen av besvärssärenden i hovrätten.

LaUB 4/2005. Lagutskottets betänkande 4/2005 rd. Regeringens proposition med förslag till lagstiftning om medling i tvistemål och stadfästelse av förlikning i allmänna domstolar.

Lausunto selvitysmiehen mietinnöstä. Lausunto selvitysmiehen mietinnöstä Hovioikeuden seulontamenettelyn tarkistamisesta ja siihen sisältyvästä ehdotuksesta laiksi seulontamenettelyä hovioikeudessa koskevien oikeudenkäymiskaaren säännösten muuttamiseksi. www.kko.fi (24.4.2005)

Lausuntoja ja selvityksiä 2005:1. Hovioikeuden seulontamenettelyn tarkistaminen.

Oikeusministeriön ja oikeuslaitoksen (TV 150) toimintakertomus: Oikeusministeriön ja oikeuslaitoksen (TV 150) toimintakertomus ja tilinpäätöslaskelmat vuodelta 2004.

Professori Otto Hjalmar Granfeltin ehdotus oikeudenkäynilaitoksen uudistamiseksi. V. 1923. Helsinki 1925.

RP 79/1993. Regeringens proposition 79/1993 rd. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om övergångsstadganden för underrättsreformen samt till vissa andra lagar i samband med införandet av underrättsreformen.

RP 309/1993. Regeringens proposition 309/1993 rd. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till ändring av grundlagens stadganden om de grundläggande fri- och rättigheterna.

RP 33/1997. Regeringens proposition 33/1997 rd. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om ändring av rättegångsbalkens stadganden om fullföljd av talan från underrätt till hovrätt och om behandlingen av besvärsmål i hovrätt samt av vissa därtill anslutna lagar.

RP 83/2001. Regeringens proposition 83/2001 rd. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till ändringen av rättegångsbalkens bestämmelser om hovrättsförfarandet samt av vissa lagar som har samband med den.

RP 91/2002. Regeringens proposition 91/2002 rd. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag om ändring av rättegångsbalkens bestämmelser om anförande av besvär hos hovrätten och om behandlingen av besvärssärenden i hovrätten.

RP 114/2004. Regeringens proposition 114/2003 rd. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagstiftning om medling i tvistemål och stadfästelse av förlikning i allmänna domstolar.

RP 87/2005. Regeringens proposition 87/2005 rd. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till ändring av 26 kap. 2 § i rättegångsbalken.

Norge

Hurtigbehandling av sivile saker <http://www2.domstol.no/gulating> 07.07.2005.

NOU 1983:48. Småkravsutvalgets forslag om egen småkravsprosess i delutredning II. Norges offentlige utredninger 1983:48.

KÄLLOR

NOU 1999:22. Domstolene i første instans. Førsteinstansdomstolenes arbeidsoppgaver og struktur. Norges offentlige utredninger 1999:22. Oslo 1999.
NOU 2001:32. Rett på sak. Lov om tvisteølsning (tvisteloven). Norges offentlige utredninger 2001:32. Oslo 2001.
NOU 2002:11. ”Dømmes av likemenn”. Ledommere i norsk domstoler. Norges offentlige utredninger 2002:11. Oslo 2002.
Ot.prp. nr. 51/2004–2005. Om love om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Sverige

Bet. 2004/05:JuU29. En modernare rättegång. Justitieutskottets betänkande 2004/05:29.
Domstolsstatistik 2004. Domstolsverket. Jönköping 2005.
Hovrättsprocessen i framtiden. Departementsserien 2001:36.
Prop. 1992/93:216. Regeringens proposition om prövningstillstånd i hovrätt och instansordning i utsökningsmål. Proposition 1992/93:216.
Prop 1996/97:131. Prövningstillstånd i hovrätten. Proposition 1996/97:131.
Prop. 2004/05:131. En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol. Proposition 2004/05:131.
SOU 1982:26. Översyn av rättegångsbalken I. Processen i tingsrätt. Del B. Motiv m.m. Sveriges offentliga utredningar 1982:26.
SOU 1991:106. Domstolarna inför 2000-talet. Arbetsuppgifter och förfaranderegler. Sveriges offentliga utredningar 1991:106. Betänkande av domstolsutredningen.
SOU 1995:124. Ett reformerat hovrättsförfarande. Statens offentliga utredningar 1995:124. Betänkande av Hovrättsprocessutredningen. Stockholm 1995.

Tyskland

BT-Drs. 14/4702. Deutscher Bundestag. 14. Wahlperiode Drucksache 14/4702. Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses. 24.11.2000.

Europarådet

Council of Europe. Committee of Ministers. Explanatory Memorandum to Recommendation Rec(1995)5 on introduction and improvement of the of the functioning of appeal systems and procedures in civil and commercial cases. Adopted by the Committee of Ministers on 7 February 1995.

Förkortningar

ADR	Alternative dispute resolution, alternativ tvistlösning
AJCL	American Journal of Comparative Law
BGH	Bundesgerichtshof
BT-Drs	Bundestagdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht Entscheidungen
CLR	Cornell Law Review
DL	Defensor Legis
Ds	Departementsserien
Dstl	Domstolsloven
EMRD	Europeiska mänskorättsdomstolen
EMRK	Europeiska mänskorättskonventionen
FN	Förenta Nationerna
FS	Festskrift eller Festschrift
GG	Grundgesetz
GrUU	Grundlagsutskottets utlåtande
HD	Högsta Domstolen
HovRL	Hovrättslagen
IRLE	International Review of Law and Economics
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms Universitet
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kom.bet.	Kommitté betänkande
LaUB	Lagutskottets betänkande
LM	Lakimies
LoR	Lov og Rett
LQR	Law Quarterly Review
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MLR	The Modern Law Review
MP-konventionen	Konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NOK	Norska kronor
NOU	Norges Offentlige Utredninger
NYULR	New York University Law Review
OLG	Oberlandesgericht
OTJP	Oikeustiede Juristprudentia
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
Prop.	Proposition
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RB	Rättegångsbalken
RG	Rettens gang
RH	Rättsfall från hovrätterna

FÖRKORTNINGAR

RP	Regeringens proposition
Rt	Norsk Retstidende
SEK	Svenska kronor
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
SvRB	Svenska Rättegångsbalken
TfR	Tidskrift for Retsvidenskab
Tvl	Tvistemålsloven (lov om mekling og rettergang i sivile tvister)
YLJ	Yale Law Journal
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozessrecht

1 Inledning till avhandlingens tema

1.1 UPPTAKT

Tillgången till den andra instansen i tvistemål har varit ett aktuellt tema i Väst-europa under det senaste decenniet. De flesta länder kämpar med anhopningen av mål i den andra instansen: domstolsväsendet har inte de resurser det behöver för att handlägga målen. I många länder beror anhopningen på en ökning av antalet mål i underrätterna vilket återspeglas i den andra instansen, och på att målen är mer komplicerade än tidigare och att det följaktligen är mera tidskrävande att handlägga dem.¹ Ett problem är att handläggningen inte i märkbar grad påverkas av målets art och omfattning. För att råda bot på problemen har man diskuterat hur tillgången till den andra instansen kunde begränsas så att situationen kunde förbättras och domstolarnas resurser styras på ett ändamålsenligare sätt.

I diskussionen om tillgången till den andra instansen har straffprocessen ofta varit dominerande, ja till och med överskuggat civilprocessen ibland. Inom straffprocessen är den åtalades behov av rättsskydd mycket stort, vilket har lett till att det finns klarare regler om rätten att överklaga. Till exempel innehåller både det sjunde tilläggsprotokollet till den Europeiska mänskörättskonventionen och art. 14 (5) i Konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter en bestämmelse om rätten att överklaga ett avgörande i brottmål. Däremot finns det inga bestämmelser om tvistemål, vilket betyder att det finns ett betydligt större spelrum för det enskilda landet. Eftersom utgångspunkterna för brottmål och tvistemål är olika bör de även analyseras skilt för sig.²

Det faktum att problemen med den andra instansen är gemensamma syns i Europarådets rekommendation 5 (1995) om förfarandet i de högre instanserna i tvistemål. Rekommendationen återspeglar inte endast de gemensamma problemen; man kan även se att det finns en gemensam syn på den andra instansens roll i tvistemål och på riktlinjerna för civilprocessen som helhet. Kort sagt är utgångspunkten den att det bör finnas en generell rätt att överklaga underrättens avgöranden, även om överklagandet kan begränsas främst i småmål. Man strävar efter ett förfarande som är ändamålsenligt och flexibelt i förhållande till målets art och omfattning, och som uppfyller grundläggande krav på mänskliga rättigheter. Den andra instansen har alltså en given plats i domstolssystemet, men förfarandet bör vara både proportionellt i förhållande till målets bety-

¹ Storme 2004, 647–650 och Schmidt ZZP 1995, 148–150.

² Se Lager 1972, 5–10 om betydelsen av skillnaderna mellan olika processarter.

delse och försvarligt i ljuset av de grundläggande civilprocessrättsliga principerna.

I Finland har diskussionen haft en annan karaktär. Orsaken är delvis den sena moderniseringen av rättegångsförfarandet i både den första och den andra instansen. Vi har endast en knappt tio år lång erfarenhet av muntliga handläggningar i större skala i den andra instansen. En betydande del av den här tiden har gått åt till att hovrätterna har anpassat sin verksamhet och sina arbetsmetoder till det nya förfarandet. Inlärningsprocessen fortsätter hela tiden: hovrätterna prövar olika arbetsmetoder för att göra arbetsprocesserna snabbare och smidigare. I samband med den omfattande moderniseringen av hovrättsprocessen år 1998 bibehölls den fria tillgången till den andra instansen, även om tillgången till en muntlig förhandling har varit begränsad. Ursprungligen föreslog regeringen att tillgången skulle begränsas i småmål, men riksdagen godkände inte lagförslaget. Eftersom handläggningstiderna och målanhopningen ökade snabbt efter att de nya bestämmelserna trätt i kraft vidtogs åtgärder för att begränsa tillgången till en full prövning i den andra instansen.³

Diskussionen som har förts i Finland under 2000-talet har präglats av en viss brist på analys; en följd av att man velat finna en lösning på problemen så snabbt som möjligt. Detta har lett till en del förhastade slutsatser och till att domstolarnas intressen har fått en oproportionerligt stor vikt i diskussionen. I fråga om tvistemål har dessutom problemen med straffprocessen i viss mån överskuggat civilprocessen.⁴ I diskussionen har man inte tillräckligt noggrant analyserat läget för olika typer av processer: straffprocess och civilprocess; små, rutinmässiga straffmål och grova brott; vanliga tvistemål, familjemål med två parter, insolvensrättsliga mål och komplicerade tvistemål. Följaktligen är vår kunskap om problemen kring olika typer av mål i högsta grad bristfällig. Till exempel har man inte tagit i betraktande att antalet tvistemål i de finska domstolarna är lågt, till och med mycket lågt, varför problemen knappast är det stora antalet tvistemål.⁵

I oktober 2003 infördes bestämmelser om sällning. Sällningen skulle innebära en lösning på problemen med målanhopning, men i praktiken är situationen den att sällning fortfarande är ett omstritt och debatterat ämne. Enligt lagstiftaren tog man modell från Norge, något som inte stämmer i fråga om civilprocessen eftersom bestämmelserna om *silning* endast fanns med i ett kommittébetänkande och alltså inte var gällande rätt. Jag kommer dessutom att visa att

³ Melander DL 2005, 5–6.

⁴ Man kunde till och med påstå att problemen hör ihop med kriminalpolitiken.

⁵ Av de 11 666 mål där ett avgörande fattat av en tingsrätt överklagats år 2003, var sammanlagt 3 399 tvistemål, därmed utgjorde tvistemålen endast 29,1 % av dessa mål. Då även övriga ärenden beaktas är andelen tvistemål 27,4 %, d.v.s. cirka en fjärdedel av alla mål i hovrätterna. Då 1 292 av dessa 3 399 tvistemål var ansökningsärenden, är andelen vanliga tvistemål mycket lågt i hovrätterna. <http://statfin.stat.fi/StatWeb>.

det är långt ifrån problemfritt att använda Norge som modell på den här punkten. Tanken med sällningen var att den inte skulle spärra tillgången till den andra instansen, utan endast till en full prövning. Problemet med sällningen är att den infördes ”hux flux” utan en egentlig djupare diskussion om hovrätternas roll och syfte, värderingar och mänskliga rättigheter.

Faktum är att praktiskt taget alla jurister anser att det nuvarande läget i Finland är otillfredsställande. Den livliga diskussion som pågått sedan de nya bestämmelserna om rättegång i hovrätt trädde i kraft är ett bevis på detta. Bestämmelserna om sällning anses vara ett steg i rätt riktning, men många bedömare anser att det är en otillräcklig åtgärd. Av dessa orsaker anser jag att man kan hävda att hovrättsförfarandet i Finland även i framtiden måste reformeras. Reformerna måste dock ske i ljuset av en förändrad syn på civilprocessens roll och värdegrund samt i ljuset av internationella erfarenheter. Därtill måste civilprocessen och straffprocessen granskas separat för att man ska hitta lösningar på de problem de två processformerna inte delar.⁶

Eftersom utmaningarna är likadana i många länder är det befogat att försöka se närmare på hur valda länder har hanterat frågan om tillgång till den andra instansen. En rättsjämförande analys, då den gjorts på rätt sätt, kan ge både perspektiv på det egna systemet och intressanta idéer och insikter om hurdana modeller som kunde användas. För att få fram dessa element måste dock tillgången till den andra instansen och den diskussion som förts ses i ett bredare perspektiv. Man måste undersöka förfarandet i den andra instansen som helhet och förfarandet i tvistemål som helhet för att förstå hur de enskilda delarna av systemet fungerar.

I den här avhandlingen har jag valt att behandla tillgången till den andra instansen i Tyskland, Norge och Sverige. I alla dessa länder har omfattande reformer av behandlingen av tvistemål i den andra instansen genomförts eller diskuterats. Trots att även Danmark håller på med en motsvarande reform har jag valt att inte ta upp Danmark, eftersom det gällande systemet i så hög grad påminner om det gamla norska systemet. Tyskland och Norge har under de senaste åren genomfört en reform av tillgången till och förfarandet i den andra instansen. I Sverige har man under det senaste decenniet arbetat med att reformera förfarandet i hovrätterna. Förslaget behandlas i riksdagen. Även om reformen är intressant är de gällande bestämmelserna om prövningstillstånd minst lika intressanta ur finsk synvinkel. Prövningstillstånd utgör en slags motpol till en helt annan typ av spärrar som införts i de två andra länderna. Dessutom är det intressant att fråga sig om prövningstillstånd faktiskt skiljer sig från de övriga typerna av begränsningar, vilket man många gånger påstått. Dessa tre länder bildar tillsammans en hel bukett av olika sätt att begränsa tillgången till den andra instansen. Därmed är det möjligt att få ett visst perspektiv på vilka olika möjligheter som finns tillhands och vilka fördelar och nackdelar dessa för med sig.

⁶ Se Lappalainen 1986, 54 ff. om skillnaden mellan civil- och straffprocessen.

Eftersom det inte går att minska anhopningen av mål i de finska hovrätterna genom att grunda nya hovrätter, liksom man gjorde fram till slutet av 1970-talet, måste man hitta nya utvägar. Den sena moderniseringen av domstolsväsendet och rättegångsförfarandet har lett till ytterligare problem i och med anammandet av moderna uppfattningar om grundläggande krav på rättegången. Man kan säga att vi hoppat från 1800-talet till 2000-talet och att detta enorma hopp syns i de utmaningar vi står inför idag.

Samtidigt som behovet av att fortsätta arbetet med moderniseringen av såväl attityder och grundläggande strukturer som själva förfarandet är det viktigt att komma ihåg vad Tauno Ellilä skrev år 1971: man ska inte låta modeord, slagord och plötsliga infall styra reformen av domstolsväsendet och domstolsförfarandet.⁷ En reform måste bygga på något mera bestående, eftersom det är av synnerligt stor vikt att domstolsförfarandet är tillförlitligt och relativt beständigt. Den viktigaste utgångspunkten är att domstolsförfarandet erbjuder ett verkligt rättsskydd och att det passar in i vårt samhälle och vår rättskultur.⁸ Därutöver bör man även analysera det gällande systemet för att upptäcka dess styrkor och svagheter. Om man inte lyckas lokalisera var problemen ligger finns det en viss risk att medicinen för problemen inte fungerar. I värsta fall kan en felaktig bedömning av felet leda till att medicinen orsakar mera skada än nytta.

Den enda tänkbara utvägen är att man överger tidigare lösningsmodeller och hittar nya sätt att närma sig utmaningarna på. Detta kan endast ske genom att man beaktar det faktum att medborgar- och samhällsperspektivet fått en större roll och att civilprocessens värdegrund *de facto* existerar och är relevant. Man måste kanske omtolka och omvärdera vissa av civilprocessens grundpelare. Att uppfattningen om dessa grundpelare till stora delar befinner sig i omvälvning, i ett läge där nya idéer och uppfattningar ännu håller på att slå rot, gör inte uppgiften att finna en balans i tillgången till den andra instansen lättare inom civilprocessen. Först sedan man tittat närmare på dessa kriterier är det möjligt att se till vilka delar de gällande bestämmelserna överensstämmer med dem och på vilka punkter diskrepansen är stor. Därefter kan man fastställa på vilka punkter en utveckling bör ske och hur man kan göra för att uppnå ett förfarande där tillgången till den andra instansen är tillfredsställande både ur ett medborgarperspektiv och ur ett domstolsperspektiv.

1.2 DEN ANDRA INSTANSEN I TVISTEMÅL

Domstolarnas dömande verksamhet bygger i mycket hög utsträckning på domarnas kunskaper om rättssystemet, den juridiska argumentationen och förmågan att bedöma fakta. Med andra ord är den dömande verksamheten i högsta

⁷ Ellilä 1971, 12.

⁸ Ellilä 1971, 13. Detta konstaterande är lika aktuellt i dag som när det skrevs.

grad en mänsklig verksamhet där fel och misstag kan ske. Oberoende av hur väl domstolarnas arbete är reglerat och ordnat, och oberoende av hur yrkeskunniga och insatta domarna är kan fel ske. Mänskan är ofta blind för sina fel, och ofta även för de fel mänskorna i hennes närhet gör. Därför har man i de flesta länder infört ett system med flera domstolsinstanser. Tanken har varit att det är lättare för en annan domstol att märka om avgörandet innehåller fel eller om förfarandet har varit felaktigt. Även det faktum att domstolar i princip inte själva får ändra sina avgöranden betyder att rättsmedel är det huvudsakliga sättet att rätta till avgöranden.⁹ Utan tillgång till rättsmedel är kontrollen av domstolarnas verksamhet mycket begränsad.

Det här systemet, som utvecklades i slutet av medeltiden, tillämpas i praktiskt taget alla västeuropeiska länder. Domstolsväsendet bygger alltså på att det finns underrätter som behandlar målen i första instans. Då de avslutat behandlingen av målet och givit sitt avgörande kan parterna i målet överklaga domen till en högre instans. Den västerländska rättsordningen och rättsuppfattningen bygger på en domstolsorganisation med flera instanser. Instansordningen är hierarkisk, så att behandlingen av målen börjar i den lägsta instansen. I många länder finns det undantag från den här regeln, men huvudprincipen är den samma. Den här principen kan ses i Europarådets rekommendation 5 (1995), i vilken det konstateras att medlemmarna i ministerkommittén är överens om att det borde finnas en möjlighet att överklaga minst en gång även i tvistemål.

Med rättsmedel avses sådana institut som en part kan använda då hon eller han uppfattar att domstolen har handlagt målet på ett felaktigt sätt, tillämpat rättsliga normer fel eller avgjort fakta i målet fel.¹⁰ Det finns ofta flera olika typer av rättsmedel; ofta kan ett rättsmedel användas bara mot en viss typ av avgöranden och en viss typ av fel. Standardtypen av rättsmedel används vanligtvis mot både beslut och domar, eller mot endast den ena typen av avgöranden. Vanligtvis förutsätter användningen av rättsmedel att domstolen fattat ett slutgiltigt avgörande, d.v.s. att *final judgement rule* gäller. Avgöranden som bara är interimistiska eller som gäller processledningen kan oftast angripas först då domstolen avgjort målet slutgiltigt.¹¹ I princip får man överklaga alla slutgiltiga avgöranden av de lägre instanserna. Ett förbud mot att överklaga ett slutgiltigt avgörande ska basera sig på en bestämmelse i lagen.

Det vanliga är att det finns både så kallade ordinära och extraordinära rättsmedel.¹² Med ordinära rättsmedel avses sådana rättsmedel som kan användas innan avgörandet vunnit laga kraft. Lagstiftaren har alltså utsatt en viss tidsrymd inom vilken ett avgörande kan angripas. I en hierarkisk instansordning är

⁹ Leppänen – Välimaa 1998 7–8.

¹⁰ Se Tirkkonen 1977, 312–315.

¹¹ Se NOU 2001:32, 355–357 och Niemi-Kiesiläinen 2003, 916–917.

¹² Se t.ex. Jokela 1998, 2–3 och Tirkkonen 1977, 315–318, om indelningen i ordinära och extraordinära rättsmedel.

det inte möjligt att angripa ett avgörande som är fattat av den högsta instansen. Detta beror på att man inte kan ha oändligt många instanser – annars skulle ju rättsfrid inte uppnås utan ett mål skulle kunna vara anhängigt oändligt länge. Kännetecknande för extraordinära rättsmedel är att de kan användas även mot avgöranden som vunnit laga kraft. Eftersom kravet på rättssäkerhet förutsätter att man ska kunna lita på att ett domstolsavgörande bibehålls är förutsättningarna för att använda extraordinära rättsmedel mycket strikta.

Förfarandet i den andra instansen i dagens Västeuropa har karakteriserats med orden devolutiv och suspensiv. Med devolutiv avses att målet slutar vara anhängigt vid den domstol där målet behandlades senast.¹³ I det finska rättssystemet och i de andra rättssystemen är i princip alla ordinarie rättsmedel devolutiva utom återvinning mot tredskodom. De icke-devolutiva rättsmedlen används oftast endast mot sådana avgöranden där förfarandet i underrätten varit summariskt. Med suspensivt rättsmedel menas att ett avgörande vinner laga kraft först sedan den tid inom vilken man kan överklaga den har gått ut. Om ingendera parten överklagar inom den frist som avsetts vinner avgörandet laga kraft, samma sak sker ifall det inte finns några ordinarie rättsmedel att tillgå mot domen. Ifall den ena eller båda parterna överklagar vinner avgörandet laga kraft först då den avgjort målet, under förutsättning att den andra instansens avgöranden inte kan överklagas eller att ingendera parten överklagas.

Ett annat karakteristiskt kännetecken för den andra instansen är att förfarandet inte är självständigt där. Tanken i de flesta system är att rättegången i de högre instanserna inte är självständig, eftersom målen först måste handläggas av en lägre domstol för att kunna handläggas i den högre instansen enligt principen om instansordning. Utgångspunkten för handläggningen i den andra instansen är vanligtvis underrättens avgörande särskilt till de delar en part är missnöjd med det. Målet kan i regel handläggas högst i den omfattningen det tagits upp i underrätten. Enligt huvudregeln kan alltså endast de frågor som redan tagits upp i underrätten handläggas i den andra instansen.

Lagstiftaren har ofta ställt upp som mål för mellaninstansen att korrigera de fel som underrättsdomen är behäftad med. Därtill kan den andra instansen bidra till att främja rättsenheten och utveckla rättssystemet i och med att de avgöranden som den andra instansen fattar ofta har en vidare inverkan på rättspraxisen än vad underrättens avgöranden har. Domstolarna kan inte välja vilka mål de handlägger, eftersom vårt rättssystem bygger på privatautonomi. De högre domstolarna är dessutom beroende av att parterna överklagar målet för att kunna handlägga det. Till den del parterna t.ex. ingår förlikning i underrätten eller låter bli att överklaga är alltså de högre domstolarna bundna av förfarandet i underrätten. I de högre instanserna behandlas alltså parternas yrkanden i princip endast till den del de avgjorts i underrätten med dom eller annat slutligt avgörande.

¹³ Virolainen 1977, 8 och Tirkkonen 1977, 323–325.

Trots att meningen med att överklaga är att rätta till eventuella fel, har parterna rätt att överklaga även i sådana mål där underrättens avgörande är riktigt.¹⁴

Handläggningen av målen i den andra instansen är mycket mera flexibel än i den första instansen. Möjligheterna till skriftlig handläggning är större och det finns ofta några olika alternativ beroende på målets art och omfattning. En fråga som gäller mellaninstansen är *beneficium novorum*, d.v.s. frågan om nytt rättegångsmaterial och nya yrkanden ska tillåtas, och i fall sådant material tillåts i vilken omfattning det är möjligt att åberopa nytt material i den andra instansen. Den här frågan är inte avgjord på något koherent sätt i de länder som behandlas, men en tydlig tendens har varit att man intagit en allt strängare inställning till nytt material i de högre instanserna.

Handläggningen i den andra instansen avslutas i princip med dom eller beslut. Om parterna ingår förlikning under behandlingen av målet i den andra instansen är det möjligt att målet förfaller. Om handläggningen avslutas med dom kan dess innehåll vara av tre olika slag. För det första kan den andra instansen konstatera att varken den dom underrätten givit eller det förfarande som iakttagits i underrätten är felaktiga. Då fastställer mellaninstansen underrättens dom. För det andra kan domstolen konstatera att underrätten avgjort målet fel och avge en egen dom, varvid underrättens dom upphävs och ersätts med mellaninstansens dom. Det tredje alternativet är att mellaninstansen konstaterar att förfarandet i underrätten varit behäftat med såpass stora fel att det påverkat utgången i målet. Då undanröjer domstolen underrättens dom och återförvisar målet.¹⁵

I vissa länder är det vanligt att den andra instansen även kan handlägga vissa större mål i första instans.¹⁶ Somliga länder har ett differentierat domstolssystem med parallella instanser för olika typer av mål. De här båda situationerna lämnar jag utanför granskningen. Det differentierade systemet behandlas bara då det är av betydelse eller av intresse för systemet som helhet.

1.3 FRÅGESTÄLLNINGAR, AVGRÄNSNING OCH DEFINITIONER

1.3.1 Frågeställningar

Temat för den här avhandlingen är tillgången till den andra instansen i tvistemål. Utgångspunkten är alltså att parterna ska ha en möjlighet att överklaga ett slutligt avgörande givet av en underrätt i tvistemål. Eftersom domstolsväsen-

¹⁴ Ekelöf – Boman 1992, 7–12, Virolainen 1977, 1–20.

¹⁵ Ekelöf – Boman 1992, 82–84.

¹⁶ I Danmark inleds handläggningen i den andra instansen om värdet på intresset är stort och parterna yrkar på det eller om målets art kräver det (Gomard 2003, 83–87).

dets resurser är begränsade är det inte möjligt att erbjuda alla en möjlighet till en fullständig omprövning i den andra instansen. Därför måste tillgången till en full prövning i den andra instansen begränsas. Begränsningarna måste dock passa in i vår rättskultur och vara i samklang med gällande värderingar.

Avstampet till avhandlingens tema utgörs av en översikt över den historiska utvecklingen av hovrätterna i Finland (och därmed i viss utsträckning även Sverige). Syftet är att visa att hovrätternas funktioner inte har ansetts vara lika under alla tidsperioder, tvärtom har diskussionen varierat kraftigt. En debatt om hovrätterna har alltså pågått kontinuerligt sedan 1600-talet. I denna debatt har olika åsikter framförts, och hovrätternas existens har till och med helt och hållet ifrågasatts. Hovrätterna har alltså ingen självklar position eller uppgift i vårt samhälle, vare sig nu eller tidigare. Ur förgångna tider hittar vi argument som är gångbara – åtminstone *mutatis mutandis* – i dagens värld. Därför är det relevant att behandla även den historiska diskussion som förts om hovrätterna.

Den första uppgiften blir att fråga vilka krav som ställs på hovrättsförfarandet för att det ska kunna uppfattas som rättvist och för att det ska stå i samklang med de värderingar som finns i vårt samhälle. I klarspråk frågar jag alltså vilka processrättsliga principer som gäller i hovrättsförfarandet. De principer som reglerar hovrättsförfarandet kan härledas från Europeiska mänskörättskonventionen, inhemsk lagstiftning och rättsdogmatiken. Min avsikt är att kartlägga principerna oberoende av hur de framkommer. Principerna är dock inte de enda kraven som ställs på förfarandet; även ledstjärnorna, d.v.s. synpunkter som betonar ändamålsenlighet mer än värden, måste beaktas. Även i det här avseendet har det skett en utveckling under de senaste åren. Därtill ställer också civilprocessens och den andra instansens funktioner krav på förfarandet. Dessa tre kategorier – funktioner, principer och ledstjärnor¹⁷ – av olika krav som ställs på civilprocessen kallar jag för dess grundpelare, eftersom civilprocessen bör bygga på de värderingar och målsättningar som dessa grupper av krav ger uttryck för.

Det är intressant att analysera problemen med tillgången till den andra instansen i Finland, men det är också meningsfullt att blicka på valda länder och undersöka hur de löst eventuella problem. Frågan kring detta lyder alltså: hur fungerar systemet i Sverige, Norge och Tyskland och vad kan vi lära oss av deras erfarenheter? I fråga om Sverige och Norge kan man ställa ytterligare två frågor: är prövningstillstånd något som inte passar i finsk rätt och varför har sällningen inte fungerat så som man hade tänkt sig? Samtidigt ger den rättsjämförande delen en möjlighet att se nya trender inom förfarandet i den andra instansen.

Avhandlingens slutliga och främsta uppgift är att fråga hur de problem som finns i den gällande lagstiftningen i Finland kunde åtgärdas med tanke på de ra-

¹⁷ Se kapitel 2, särskilt avsnitt 2.3.4 för en beskrivning av begreppet ledstjärna.

mar civilprocessens grundpelare, inklusive grundlagen och gällande internationella konventioner, ställer. Den här uppgiften förutsätter naturligtvis en analys av vilka de egentliga problemen, styrkorna och svagheter med de gällande bestämmelserna är. Analysen bygger på en genomgång av det nuvarande förarbetet och dess problem, men avsikten är att också se på problemen och utmaningarna på ett djupare plan. Om så inte sker finns en risk att problemdefinitionen blir för ytlig och att man vårdar det man tror vara problemet i stället för det egentliga problemet. Problemen granskas även i ljuset av de rättskomparativa slutsatserna som dragits, bl.a. med hjälp av traditionella rättsjämförande metoder. Den centrala frågan är alltså hur problemen med dagens bestämmelser bäst åtgärdas i ljuset av den historiska utvecklingen, de författningsrättsliga begränsningarna, grundpelarna och erfarenheter från andra länder.

1.3.2 Avgränsning

Jag har valt att koncentrera mig på tvistemål. Orsakerna är i första hand två: för det första skulle det vara arbetsekoniskt omöjligt att skriva om både civilprocess och straffprocess. För det andra är tvistemål intressanta för att de normer som reglerar vilka alternativ lagstiftaren har till sitt förfogande är relativt få och därtill vaga. Det finns med andra ord en stor grå zon som jag har för avsikt att kartlägga.

I den här avhandlingen behandlar jag endast mål som hör till den stridiga rättsvården (*jurisdictio contentiosa*). Skillnaden mellan stridig rättsvård och frivillig rättsvård (*jurisdictio voluntaria*) har varit befäst¹⁸ i kontinentaleuropeisk rättslära en mycket lång tid. Trots att den här skillnaden inte uppmärksammats i någon högre grad i finländsk rättslitteratur är den fortfarande aktuell. Till den stridiga rättsvården hör rättsskipningen och till den frivilliga rättsvården andra rättsvårdsärenden. I den stridiga rättsvården utgörs rättsgången i princip av ett tvåpartsförhållande där käranden har ett visst rättsligt anspråk mot svaranden. I den frivilliga rättsvården saknas ofta både ett klart tvåpartsförhållande och fenomenet att man kräver något till följd av en viss ”kränkning” som skett.¹⁹ Till den frivilliga rättsvården hör i Finland främst de ärenden som anhängiggörs som ansökningsärenden. Eftersom dessa mål utgör en speciell typ av mål som ofta behandlas enligt skilda regler riktar jag mindre uppmärksamhet mot dessa mål.

De specialfrågor som hänför sig till indispositiva mål och mål av blandad karaktär faller utanför ramen för den här avhandlingen.²⁰ Därmed behandlar jag

¹⁸ I praktiken är skiljelinjen ofta svår att dra.

¹⁹ Se Fitger 1996, 23–31.

²⁰ Se Lappalainen 1995, 89–90 och Lindblom 1993, 52–53. Lindblom delar in målen av blandad karaktär i schackrutiga och gråa mål.

inte de frågor som kommer upp i samband med bl.a. familjerättsliga mål. De frågor som hänför sig till de här typerna av mål, därunder främst familjemål, är mycket intressanta och relevanta på ett samhälleligt plan. Trots att problemkomplexet kring dessa mål är stort, och därmed skulle förtjäna en egen undersökning, bygger lösningen av även dessa problem på att de allmänna problemen med tillgången till den andra instansen åtgärdas först.

Frågan om vilka avgöranden som får överklagas, och i vilket skede av rättegången ett icke-slutligt avgörande får överklagas, faller utanför ramen för denna avhandling. Likaså faller frågan om vem som får överklaga, alltså frågorna om intresset och legitimationen att överklaga, utanför ramarna. Därmed är utgångspunkten för avhandlingen att avgörandena är sådana som får överklagas och att parten i fråga har rätt att överklaga.

De rättsmedel som diskuteras i avhandlingen är ordinära, devolutiva och suspensiva rättsmedel som används då ett vanligt mål som behandlats i första instans i en vanlig underrätt överklagas. Därmed diskuteras inte frågor som bl.a. återvinning mot tredsdom och motsvarande möjligheter att reagera på en felaktig dom eller ett felaktigt förfarande.

Eftersom fokus är på tillgången till den andra instansen lägger jag mindre vikt vid de senare delarna av handläggningen av mål i den andra instansen. Tyngdpunkten ligger alltså främst på begränsningar och på de inledande skeden där omfattningen och utformningen av handläggningen avgörs. Handläggningen av mål i den andra instansen som helhet diskuteras dock i lite mindre skala för att tillgången till den andra instansen måste ses i relation till hela handläggningen av målet. Eftersom jag ställt fokus på tillgången till den andra instansen tar jag bara i begränsad mån ställning till karaktären av, innehållet i och följderna av den andra instansens avgörande.

Utgångspunkten för avhandlingen är en traditionell rättegång med två parter. Trots att frågor om såväl kumulation som intervention – för att inte tala om nyare typer av multipla parter – är intressanta, tas sådana problem inte upp i det här sammanhanget. Detsamma gäller problemen kring yrkanden på interimistiska beslut och andra motsvarande yrkanden och mål. Utgångspunkten är alltså den traditionella typen av mål och ”vanliga” yrkanden. Däremot utgår jag inte från att parterna är jämstarka.

Handläggningen av målen i den andra instansen bygger precis som nämnts ovan på handläggningen av målet i underrätten. Genom att höja kvaliteten på rättegången i underrätten och på underrättens avgöranden, och i synnerhet motiveringarna, kan man både minska benägenheten att överklaga och den andra instansens arbete. Trots att den första instansen på många sätt är betydelsefull tar jag inte upp den inom ramarna för den här avhandlingen.²¹ I fråga om rättegången i den första instansen hänvisas läsarna till allmän litteratur om ämnet.

²¹ Se Virolainen 1988, 127–130.

Det oaktat är relationen mellan förfarandet i den första instansen och arbetet i den andra instansen mycket intressant.

Förutom rättegången i den första instansen inverkar även andra faktorer på tillgången till den andra instansen och förfarandet i den. Behovet av den andra instansen kan minskas genom att alternativa tvistlösningsmetoder finns tillhands och är tillräckligt attraktiva. Bestämmelser om rättshjälp och rättsskydds-försäkringar inverkar på viljan att överklaga och viljan att anhängiggöra mål vid allmänna domstolar överhuvudtaget. Även storleken på och grunderna för domstolsavgifter kan påverka såväl viljan som de ekonomiska möjligheterna att överklaga. De här frågorna hör inte till avhandlingens område, även om särskilt frågan om advokatarvoden, domstolsavgifter och rättsskydds-försäkringarnas täckning är relevanta i fråga om problemen kring *access to justice* och en verklig tillgång till den andra instansen. Även frågan om anslutningsöverklagande i dess olika former faller till en stor del utanför den här avhandlingen, eftersom anslutningsöverklagande förbättrar tillgången till den andra instansen och rättsskydd.

1.3.3 Begrepp och definitioner

Jag använder begreppet den andra instansen för att instansen i regel är den andra i ordningen av totalt tre möjliga instanser. Begreppet mellaninstans används parallellt med begreppet den andra instansen, och är alltså en synonym.²² Ordet hovrätt används ibland i de situationer då läget i Finland är det primära ämnet för diskussionen. I den rättsjämförande delen av avhandlingen används namnet på den andra instansen i länderna i fråga, men för Tysklands del använder jag mest mera allmänna begrepp eftersom det finns två olika slags domstolar av andra instans.

I fråga om namnen på olika rättsmedel använder jag primärt termen överklagande, trots att rättsmedlet heter besvär i Finland. Överklagande är bättre ur ett jämförande perspektiv eftersom det är tydligare vad som avses med det än med begreppet sökande av ändring som används i Finland. Eftersom termen besvär är mycket vilseledande i både ett nordiskt och historiskt perspektiv talar jag alltså mest om överklagande.²³ Begreppet överklagande är bättre även ur ett språkligt perspektiv. I det här fallet har den finländska lagstiftaren valt en direkt översättning, men tyvärr är språkligt misslyckad. Jag har därför valt att använda det språkligt smidigare och begreppsligt klarare uttrycket överklagande. Följaktligen talar jag i de flesta sammanhang om anslutningsöverklagande i stället för den i mitt tycke missvisande termen motbesvär.

²² Se även Ellilä 1973, 19–20.

²³ Se Möller 2004, 486, not 8.

Med överklagande avses förutom rättsmedlet överklagande även den skrift med vilken rättsmedlet görs anhängigt. I Finland används termen besvärsskrift, men även i detta fall använder jag den i nordiska sammanhang bättre lämpade och språkligt bättre termen överklagande. Ställvis använder jag även termen besvärsskrift i de sammanhang där de finska bestämmelserna diskuteras. Detsamma gäller i stort de finländska begreppen ändringssökande och ändringssökanden som jag ersätter med överklagan och överklaganden. Likaså talar jag om tillsprincipen som en översättning av *luottamusperiaate*, trots att lagstiftaren använder termen tilltroprincipen, eftersom termen tilltro betyder *uskottavuus* på finska, inte *luotettavuus*. I fråga om den beteckning som ges parterna talar jag om den klagande och motparten. Jag håller mig till termerna för enkelhetens skull även om det är möjligt att båda parterna överklagat, varvid båda är såväl klagande som motpart.

Eftersom jag behandlar både finsk och svensk processrätt och båda dessa länder har en rättegångsbalk, har jag stannat för att förkorta den finska rättegångsbalken RB, medan den svenska rättegångsbalken förkortas med SvRB.

Utländska termer och begrepp använder jag ofta i originalspråk. Detta beror på att man då kan fänga upp de viktiga skillnaderna i begreppens betydelse och omfattning. Till exempel är begreppet *fair hearing* betydligt vidare och har en annan konnotation än den svenska termen rättvis rättegång. Det här beror på att betydelsen av begreppet *fair hearing* enligt europeiska mänskorsdomstolens praxis är mycket mångfacetterad och bygger på en viss historisk uppfattning om rätten, vilken hänför sig till den historiska utvecklingen i det engelska samhället. Termen rättvis rättegång kan i vissa fall därför vara missvisande. Motvarande gäller även många andra begrepp.

1.3.4 Källor

Eftersom jag fokuserar på den andra instansens nya utmaningar och nya vindar inom förfarandet använder jag främst nyare litteratur. En konsekvent genomgång av äldre litteratur är enligt min mening inte särskilt fruktbar i det här avseendet. Det som är intressant i fråga om äldre litteratur är att dels se hur länge vissa uppfattningar och idéer levt med utan att de kunnat slå ut i full blomning, dels att se hur dessa idéer slagit rot. Avhandlingen innehåller alltså inte en fullständig genomgång av inhemskt material, varken litteratur eller rättsfall. I många fall är litteraturen och rättsfallen dessutom helt eller delvis obsoleta eftersom lagstiftningen har ändrat radikalt under de drygt tio senaste åren. Bland dessa ändringar finns moderniseringen av rättegångsförfarandet och av de grundläggande rättigheterna.

Jag använder en hel del utländskt material, främst nordiskt och tyskt, eftersom frågorna om civilprocessens grundpelare i stor utsträckning är de samma i

alla dessa länder. Genom att använda utländskt material parallellt med inhemskt är det möjligt att utvidga den ibland ganska begränsade inhemska diskussionen och berika den med nya synpunkter och nya diskussionsfrågor. Även om utformningen av civilprocessen i Norge²⁴ på vissa punkter skiljer sig radikalt från den finska finns det trots allt många gemensamma nämnare för länderna. Dessa gemensamma faktorer gör det möjligt och fruktbart att föra en bredare diskussion. Särskilt med tanke på att civilprocessen moderniserades cirka 75 år tidigare i Danmark och Norge än i Finland har dessa länder många intressanta erfarenheter och synsätt att bjuda på. Svensk rättsdogmatisk litteratur kunde i Finland nästan betraktas som inhemsk, eftersom den används så mycket och eftersom det finska rättssystemet i så hög grad påminner om det svenska.

Tyskland är, i sin tur, en veritabel guldgruva i fråga om rättsligt material. En nordisk rättsvetare kan lätt få det intrycket att någon har funderat på precis allt inom civilprocessen. Materialets omfattning och dess standard gör att det är lockande att utnyttja det. Samtidigt har man nyligen i samband med en mera omfattande reform av särskilt rättsmedlen diskuterat många grundläggande frågor, och därför finns det färsk litteratur tillgänglig. Den tyska diskussionen har dessutom länge handlat om de grundläggande mänskliga rättigheternas och rättsstatens inverkan på civilprocessen. På grund av den tyska författningsdomstolens omfattande rättspraxis finns det många intressanta rättsfall och mycket diskussion om dessa frågor, något som vi i viss mån saknar i Finland. Problemet med tyska källor är dock mängden, varför en heltäckande genomgång är omöjlig. Jag har därför försökt koncentrera mig på de mest centrala och intressantast källorna.

1.4 DEN FORTSATTA FRAMSTÄLLNINGEN

Jag övergår i följande kapitel (2) till att diskutera avhandlingens teoretiska fundament, d.v.s. allmänna utgångspunkter och metodologiska val. I därpå följande kapitel (3) behandlar jag de folkrättsliga och författningsrättsliga bestämmelserna som inverkar på förfarandet i den andra instansen. Därefter övergår jag till att granska den historiska utvecklingen, vilket sker i kapitel 4.

Då grunden och bakgrunden till analysen av det gällande läget givits övergår jag till att granska grundpelarna mera ingående i kapitlen 5, 6 och 7. Jag tar upp de tre grundpelarna i var sitt kapitel. Grundpelarna funktioner, principer och ledstjärnor behandlas alla främst ur det finska hovrättsförfarandets synvinkel.

²⁴ Rättegången i Danmark påminner på många sätt om mera om Norge än om Sverige och Finland.

Därför gör jag endast valda djupdykningar i vissa aspekter av vissa principer och fortsätter på den förnyande linje bl.a. Tatu Leppänen²⁵ stakat ut.

I kapitel 8 görs en närmare analys av de gällande bestämmelserna om förfarandet i hovrätten och särskilt sållningen. Kapitlet omfattar dels en allmän diskussion om förfarandet i hovrätten som helhet, dels en närmare analys av särskilt bestämmelserna om sållning. Därefter diskuteras och analyseras de öppna sårn i det nuvarande systemet.

Den rättsjämförande delen där de gällande bestämmelserna i Sverige, Norge och Tyskland diskuteras finns i kapitlen 9, 10 respektive 11. Av utrymmesmässiga och arbetsekonomiska skäl behandlas dessa rättssystem på ett sådant sätt att läsaren förväntas känna till det finska systemet i stora drag. Jag koncentrerar mig främst på de delar som är relevanta med tanke på problematiken kring tillgången till den andra instansen. Kapitel 12 innehåller förutom en rättsjämförande analys också ett mellanbokslut.

Kapitel 13 utgör en konfrontation där de gällande finska bestämmelserna och särskilt problemen med dem speglas mot grundpelarna och de rättsjämförande slutsatserna. I kapitlet diskuteras hur bestämmelserna kunde reformeras för att de ska stå i samklang med grundpelarna och lärdomarna från den jämförande delen.

²⁵ Leppänen 1998, 26 ff.

2 Teoretiska fundament

2.1 ALLMÄNT OM AVHANDLINGENS TEORETISKA FUNDAMENT

I det här avsnittet går jag närmare in på avhandlingens teoretiska fundament. Med teoretiskt fundament avser jag såväl metodologiska frågor som frågor om den rättskulturella bakgrunden till rättegången i den andra instansen i tvistemål. Jag inleder med att granska den bakgrund – det rättsliga och kulturella sammanhang – man bör se civilprocessen mot. Utan en sådan bakgrund verkar det nämligen som om civilprocessen skulle hänga i tomma intet, som om den skulle befinna sig i ett vakuum. Bakgrunden möjliggör även en närmare analys av civilprocessens och den andra instansens roll.

Den andra delen av de teoretiska fundamenten är den metodologiska delen. Jag diskuterar främst rättsjämförelse som metod eftersom den diskuterats mindre i finsk rättslitteratur och eftersom den innebär vissa särskilda svårigheter, men även fördelar, inom ramarna för ett rättsdogmatiskt arbete.

2.2 BETYDELSEN AV RÄTTSHISTORISK KUNSKAP

För att bättre kunna bestämma dagens position är det viktigt att veta vad som tidigare sagts i diskussionen om hovrätterna. Svea hovrätt grundades år 1614 och sedan dess har hovrätterna innehaft en växlande position i vårt samhälle. Sedan 1600-talet har det förts en diskussion om hovrätternas roll och funktioner; denna diskussion fortsätter livligt ännu idag. Genom att analysera den diskussion som förts de senaste 400 åren läggs en grund för frågan om vilken roll hovrätterna borde få i framtiden. Historien utgör en grund mot vilken det är lättare att förstå de lösningar som valts nu. Därtill kan man se vilka val som gjorts tidigare och vad de lett till. Man kan också se vilka argument som framförts. Denna bakgrund för oss in på civilprocessrättens funktioner i allmänhet och hovrätternas funktion i dag. Genom att studera den kan vi kanske enklare se vad vi kan förvänta oss av framtiden och så kan vi försöka undvika de fallgropar som våra föregångare fallit i. Man kan ju hävda att tidigare erfarenheter inte nödvändigtvis kan tillämpas på dagens situation. Dessa argument bör naturligtvis beaktas, men de minskar inte behovet av en historisk översikt. På sitt sätt utgör ju historisk forskning en typ av rättsjämförande forskning eftersom man tvingas tolka en främmande rättsordning och –kultur. Diskussionen om funktionerna kan endast fungera som vägledning för utvecklingen av hovrätten.

2.3 CIVILPROCESSENS GRUNDPELARE

2.3.1 Allmänt om civilprocessens grundpelare

Under den senaste tiden har bilden av civilprocessrättens förhållande till samhället förändrats. Man uppfattar inte längre civilprocessrätten som något ”tekniskt”,¹ utan som ett rättsområde där samhälleliga målsättningar och värden återspeglas i hög grad.² I och med att de grundläggande fri- och rättigheterna togs in i grundlagen och Finland anslöt sig till den Europeiska mänskörättskonventionen har det blivit klart att även civilprocessrätten bygger på en viss värdegrund. Samtidigt ställs också andra krav på civilprocessen; den ska uppfylla vissa funktioner och vara ett bra verktyg för att uppnå dessa. Genom att formulera de krav som ställs på civilprocessen i form av grundpelare kan man analysera de samhälleliga och värdemässiga elementen i civilprocessen. Grundpelarna utgör den värdemässiga och samhälleliga grund som civilprocessen står på.³

Kaarlo Tuori har i sin teori om den kritiska rättspositivismen försökt visa hur rätten är uppbyggd och att samhälleliga och moraliska element är en viktig del av rätten.⁴ Tuoris modell bygger på de teorier som den franska annalistiska skolan inom historieforskningen framfört och framför allt på Fernand Braudels uppfattningar.⁵ Enligt den här uppfattningen är rätten indelad i tre olika skikt.⁶ Det översta skiktet består av det som individen ser och gör. I det här skiktet sker förändringarna mycket snabbt. Det består främst av enskilda rättsnormer och domstolsavgöranden. Det mellersta skiktet är rättskulturens plan där förändringar sker betydligt långsammare. Det här skiktet är osynligt men ändå indirekt närvarande genom att det påverkar våra handlingar. Rättskulturen förmedlas genom juristutbildningen och består bland annat av de allmänna lärorna, allmänna principer⁷ och den juridiska metoden. En av de centrala uppgifterna som

¹ Nousiainen 1991, 301–302.

² I sin avhandling visar Laukkanen (1995, 35 ff. resp. 69 ff.) hur en kamp mellan en liberal och en social uppfattning om civilprocessen pågått en lång tid. Laukkanen diskuterar dessa modeller och visar hur den rådande samhällssynen bland beslutsfattarna, rättsvetarna och domarna påverkar utformningen och tolkningen av de processrättsliga normerna.

³ Peczenik (1995, 379) talar om ett djuprättfärdigande.

⁴ Tuori lanserade sin teori i verket *Kriittinen oikeuspositivismi* som kom ut år 2000. Den engelskspråkiga, reviderade upplagan *Critical legal positivism* kom ut två år senare. Jag hänvisar här främst till den senare versionen eftersom den i mitt tycke är klarare, mera finlipad, än den finska versionen.

⁵ Tuori 2002, 147–149. Teorin bygger även på de teorier Michel Foucault, Anthony Giddens och François Ewald utvecklat.

⁶ Tuori (2002, 154) påpekar dock att det egentligen inte är någon skillnad hur många nivåerna är, eller var exakt gränserna mellan dem går. Det viktiga är att rätten består av annat än författningar och rättspraxis.

⁷ Med allmänna principer menar jag såväl rättsprinciper, generalklausuler som andra allmänna normer och utgångspunkter på ett rättsområde.

de juridiska fakulteterna har är att förmedla rättskulturen till studerandena. Det lägsta skiktet består av rättens djupstruktur. Djupstrukturen kunde jämföras med geografin eller geologin på en viss plats. Under en enskild mänskars livstid ändras den knappt alls, och under en viss tidsepok eller civilisation mycket litet. Men under en mycket lång tidsperiod är förändringarna stora. I vårt rättssystem består rättens djupstruktur av det gemensamma västerländska arv vi fått av den romerska rätten. Det rättsliga tänkandet har på många sätt en relativt beständig grund, som är liknande i många rättssystem.

Enligt Tuori påverkar de olika skikten varandra på flera olika sätt. Ett beslut på ytskiktet kan rättfärdigas med hjälp av de nedre skikten eller så kan beslut som fattats på ytskiktet så småningom sedimenteras neråt och därmed ändra djupstrukturen. Det finns enligt Tuori⁸ ytterligare sex sätt på vilka interaktionen mellan skikten sker, nämligen sedimentering, konstitution, konkretisering, begränsning, berättigande och kritik. I fråga om kritik anser Tuori att de två djupare skikten möjliggör en immanent kritik av rättens ytskikt. Utan de två andra strukturerna skulle det vara omöjligt att kritisera innehållet i domstolsavgöranden och rättsnormer utgående från rättsordningens inre perspektiv. Kritiken skulle då vara möjlig enbart med hjälp av hänvisningar till t.ex. moraliska eller ekonomiska överväganden.

Tuoris program för kritisk rättspositivism har blivit kritiserat för att det innehåller en del brister och inkonsekvenser.⁹ Trots kritiken anser jag att det fungerar som en heuristisk modell för att klargöra hur rätten är uppbyggd. Det är ett försök att överbrygga skillnaderna mellan rättspositivistiska teorier och mera rättighetsbetonande teorier. Jag tycker att den, trots sina brister, ger en slags modell enligt vilken man kan förstå att rätten består av mycket mera än bara konkreta rättskällor.¹⁰

⁸ Tuori 2002, 199.

⁹ Se Bergo TfR 2004, 241 ff, Helin LM 2000, 809 ff. Siltala Oikeus 2000, 509 ff. Alla dessa kritiserar Tuori bl.a. för att han ger rättsdogmatiken och rättsvetenskapen en alltför stor roll och för att han tolkat Hart och Kelsen för inskränkt. Både Siltala (*ibidem*, 482–483) och Tolonen (Oikeus 2000, 520) kritiserar bottenkiktet för att dess innehåll är vagt och mångbottnat. Bergo i sin tur ifrågasätter hela konstruktionen av de två djupare skikten. När Tuori säger att det är viktigt att förstå att det finns mera än bara den synliga ytan i rätten kontrar Bergo (sidan 249) med att konstatera att "[h]va dette "more to law" egentligen er, gir derimot ikke boken noe klart bilde av."

¹⁰ Detta trots att Tuori varken konkretiserar hur de olika skikten påverkar varandra eller ger några verktyg för att hitta fram till dessa processer. Se Bergos kritik, TfR 2004, 250–251. Det viktiga med Tuoris teori är inte tanken om att det finns tre skikt eller skiljelinjen mellan yta och djup, utan tanken om att flera komponenter än skrivna normer och avgöranden är relevanta ur rättslig synvinkel. Man kan nämligen också tänka sig att de olika elementen befinner sig horisontalt, i stället för vertikalt, i förhållande till varandra.

Även begreppet rättskälla är problematiskt eftersom det leder oss att tänka på något konkret, på att rätten är något givet, något som går att skilja från tillämparen (se Makkonen 1998, 20 och 76). Det här problemet syns även t.ex. i principernas roll som rättskälla.

Rättens grundpelare är alltså element som kommer från rättskulturen. Grundpelarna ger en möjlighet att kritiskt analysera rättssystemet och hitta element på ytan som inte står i samklang med de kulturella, samhällseliga och moraliska krav som ställs. Samtidigt leder formuleringen av grundpelarna till att man kan hitta argument för att lösa konkreta rättsliga problem. Då lagtillämparen ska lösa en viss fråga kan hon eller han tillgripa grundpelarna som en källa för juridiska argument och behöver inte ty sig till rena sakargument.¹¹

Den här avhandlingen bygger på en uppfattning om att civilprocessen står på tre grundpelare; funktioner, principer och ledstjärnor. Den här indelningen är ganska allmän i den finska och svenska rättslitteraturen.¹² Med hjälp av dessa tre element kan man ge en tillräckligt täckande bild av de faktorer, de samhällseliga värderingar, som finns bakom civilprocessen.¹³ Dessa bakgrundsfaktorer är delvis de samma i olika länder, delvis gemensamma för hela västvärlden. Eftersom grundpelarna avspeglar de värderingar och traditioner som finns bakom civilprocessen borde både lagstiftaren och tolkaren respektera dem i sitt arbete. Grundpelarna utgör alltså en slags måttstock mot vilken man kan mäta de normer som reglerar domstolsförfarandet. I en diskussion *de lege ferenda* kan man därför med hjälp av grundpelarna väga olika alternativ mot varandra. Samtidigt ger grundpelarna delvis uttryck för faktorer som ska beaktas vid lagtolkning och lagtillämpning. Till exempel kan och bör kravet på kostnadseffektivitet påverka tillämpningen av de processrättsliga normerna, så att man väljer det kostnadseffektivare alternativet om alternativen annars är likvärdiga.

2.3.2 Funktionerna som grundpelare

Den första av civilprocessens grundpelare är dess funktioner. Med civilprocessens funktioner avser jag de övergripande uppgifter som rättegångsförfarandet i tvistemål bör ha. Funktionerna behandlas alltså som ett normativt, inte ett reellt, fenomen. Frågan om vilka funktioner som verkligen uppfylls faller utanför ra-

¹¹ Se Leppänen 1998, 25–27 och hänvisningarna där.

¹² Indelningen härstammar från Lindblom (2000, 252 ff.). I finsk litteratur har Leppänen och Virolainen använt samma typ indelning. Leppänen (1998, 32 ff.) talar om civilprocessen *tehtävät, arvot och tavoitteet*. Trots att de två sistnämnda utgör varsin undergrupp av principer, gör Leppänen helt klart skillnad mellan dessa två kategorier och indelningen motsvarar min indelning. Virolainen (1995) talar om *funktiot, periaatteet och tavoitteet*. Hans indelning motsvarar min indelning. Problemet med termen *tavoite* (mål, målsättning) är att det kan vara svårt att skilja mellan mål och funktion. Däremot har Tirkkonen använt en annan indelning, där det jag kallar ledstjärnor tolkas som den högsta processprincipen. Jag anser att deras indelning trots denna skillnad i stort sett motsvarar min, av den anledningen att de låter de högsta principerna lysa så högt på himlen att de blir ledstjärnor.

¹³ Eftersom jag i stor utsträckning använder samma grunder som Leppänen för att bygga upp grundpelarna, även om jag formulerar och konstruerar dem på ett lite annat sätt, håller jag i stor sett med den diskussion han för i kapitel två i sin avhandling.

men för den här avhandlingen. Därför behandlas inte heller dysfunktionerna.¹⁴ Som Torbjörn Andersson konstaterar finns det ingen genomgripande funktionsideologi bakom bestämmelserna om tvistemål.¹⁵ Det finns bara olika, ofta motstridiga tankar om civilprocessens funktioner. Det hindrar dock inte att diskussionen om funktionerna skulle vara viktig i åtminstone tre olika hänseenden.¹⁶

För det första förändras samhället och därmed civilprocessens roll i samhället. Samhälleliga förändringar syns i civilprocessen genom att dess funktioner förändras eller så förändras jämvikten mellan olika funktioner. Dessa förändringar påverkar i sin tur tolkningen av bestämmelserna. Funktionerna erbjuder både tolkningshjälp och argumentationsgrunder.¹⁷ För det andra kan man se på vilka sätt civilprocessen uppfyller eller inte uppfyller de funktionella målsättningarna, och därmed hitta de ställen i lagstiftningen där det är skäl att göra ändringar. För det tredje är funktionerna ett mycket viktigt redskap då man fastställer i vilken riktning och på vilket sätt civilprocessen ska utvecklas.¹⁸ Om man inte vet vad man önskar att ”processmaskineriet” ska göra, kan man inte heller diskutera i vilken mån det inte uppfyller de önskade funktionerna eller hur den ska utvecklas för att bättre motsvara önskemålen.

Genom att fastställa vilka funktioner civilprocessen och i synnerhet den andra instansen borde uppfylla är det också möjligt att ta ställning till om en viss begränsning av tillgången till den andra instansen är ägnad att främja att funktionerna uppfylls. Om man märker att detta inte sker kan man fråga vad som borde göras för att de ska uppfyllas. Lagstiftaren tar sällan explicit ställning till funktionerna, men det är ofta ganska klart att det finns en viss tanke om vilka funktionerna bakom normerna bör vara. Därför är det möjligt att härleda vilka funktioner lagstiftaren har tänkt att civilprocessen eller den andra instansen ska ha.

2.3.3 Principer som grundpelare

Den andra grundpelaren utgörs av de civilprocessrättsliga grundprinciperna. Dessa principer är rättsliga normer som anger måttstocken för ett bra förfarande och som återspeglar specifika kulturella värderingar som råder i vårt samhälle. Diskussionen om rättsprinciper, deras karaktär och ställning i rättssystemet har varit livlig i Finland de senaste 20 åren.

¹⁴ Se t.ex. Ervasti LM 2002, 49 ff., och Andersson 1997, 202–207 om funktioner och dysfunktioner.

¹⁵ Andersson 1997, 204–205.

¹⁶ Se t.ex. Norrgård JFT 2001, 143–151.

¹⁷ Stürner 2002, 31.

¹⁸ Lindblom (2000, 257) konstaterar att det ”[i] en diskussion de lege ferenda ... borde ... vara fullständigt självklart att man öppet deklarerar var man står och vart man vill komma.” Se även Ervasti LM 2002, 68–69.

I fråga om rättsprincipernas egenskaper har diskussionen om skiljelinjen mellan regler och principer varit den mest centrala ingrediensen i Finland.¹⁹ Principerna har uppfattats främst som rättsnormer som uppmanar att optimera den värdering som står bakom principen.²⁰ I en konfliktsituation mellan två principer vinner den princip som i det konkreta fallet väger mera.²¹ Diskussionen om principernas karaktär har dock inte resulterat i ett schema eller test enligt vilket man kunde bestämma om någon bestämd företeelse är en princip.²² Generellt kunde man säga att Dworkin talar för att principer och regler är kategoriskt olika, medan Alexys syn är att principerna och reglerna finns längs ett och samma spektrum.²³

I Finland har man ofta utgått från principernas karaktär som rättsnormer, men mera sällan diskuterat deras karaktär som rättskällor.²⁴ Tuori anser att det är möjligt, om inte helt problemfritt, att se principerna som rättskällor.²⁵ Proble-

¹⁹ Livligast var diskussionen för cirka 15 år sedan, vilket återspeglas i t.ex. Frände 1989, 46 ff.

²⁰ Enligt Dworkin är skillnaden mellan regler och principer logisk; regler följs enligt devisen allt-eller-inget, medan principer har en dimension av vikt (Dworkin 1977, 22 ff.). Regler ger vanligtvis uttryck för vilka fall den ska tillämpas på. Från regler kan undantag göras endast med hjälp av andra regler. Om två regler står i strid med varandra kan endast den ena vara tillämpbar. Valet av vilken regel som ska tillämpas beror på kollisionssnormerna (se t.ex. Peczenik 1995, 280 ff.). Principer anger inte på vilka olika fall den ska tillämpas, de ger sällan någon konkret lösning på juridiska problem. Om två principer står i strid med varandra tillämpas den princip som har den större vikten i det enskilda fallet. Se även Tolonen 1989, 346 för en modell för indelningen i principer och regler. Det är viktigt att märka att det finns en viss skillnad mellan Alexys och Dworkins teorier om vad som är en rättsprincip (se Tolonen OTJP 1989, 361). Den här skillnaden går att återfinna i diskussionen om skillnaden mellan mål och principer.

²¹ Alexy 1994, 75–76 och 79–87. Alexy (1994, 80) konstaterar om konfliktsituationer: "Vielmehr sei der 'Konflikt' 'durch Abwägung der einander widerstreitenden Interessen' zu lösen. Bei dieser Abwägung geht es darum, welchem der *abstrakt gleichrangigen* Belange im konkreten Fall das *höhere Gewicht* zukommt."

²² Bland annat har den språkliga formuleringen av normerna och därmed möjligheterna att "hitta" olika typer av normer i olika texter utgjort en utgångspunkt för att finna skiljelinjer. Peczenik (1995, 162) och Hellner (1988, 29) har kommit fram till att normformuleringen ofta är så vag att det är svårt att göra en distinktion utgående från den allena. Se även Kavonius 2001, 32–33 och Tähti 1995, 18–22. Andra observationer som har gjorts om skillnaden mellan regler och principer är bland annat: tillämpningsområdet för principer är ofta mycket omfattande (Strömholm 1996, 243); principerna är ofta generella (Pöyhönen 1998, 16); principerna innehåller oftare värderande element och är aldrig "tekniska" bestämmelser; regler och principer känns igen på olika sätt (Dworkin 1977, 40 och 64–68). Tolonen (OTJP 1989, 346) använder tre olika kriterier; validitet, relevans och systematisering, för att skilja mellan regler och principer. Regler och principer betar sig också olika i konfliktsituationer (se t.ex. Dworkin 1997, 24 ff., Alexy 1994, 77 ff., Tolonen OTJP 1989, 349 och Peczenik 1987, 52 ff.).

²³ Dworkin 1977, 22–28 och Alexy 1994, 75–77. Se även Aarnios (1989, 81–83) sätt att dela in principerna i fem grupper där vissa grupper närmast liknar regler.

²⁴ Detta beror delvis på att vi utgått från en formell rättskällelära, inte en materiell. Inom den materiella rättskälleläran uppfattas principer enligt Tolonen (2003, 39) som normer som ger tillämparen en stor tolkningsmarginal och som är tätt sammanbundna med värden och värderingar. Följaktligen anser Tolonen att rättsprinciper är rättskällor (2003, 134 ff.).

²⁵ Tuori 2002, 158 och 178–179. Tuori har luckrat upp sin kritiska inställning till att rättsprinciper är rättskällor i den engelskspråkiga versionen av sitt verk. Nu godkänner han att man kan se

met för Tuori är att rättsprincipernas eventuella dubbelkaraktär skulle leda till att de hör hemma i såväl ytskiktet som rättskulturen²⁶. Samtidigt är det spänningen mellan rättsprincipernas karaktär som normer och deras ofta förekommande djupare förankring i rättskulturen som gör dem till en viktig del av rättssystemet.²⁷ Många rättsprinciper är dessutom egentligen rättsregler, men eftersom de är generella normer som är djupt förankrade i rättskulturen är det ändå orsak att kalla dem principer.²⁸

Då vi intresserar oss för rättsprinciper är det intressant att fråga vilka principer som kan anses vara gällande i vårt rättssystem. Pöyhönen anser att det faktum att ingen någonsin hänvisat till en viss rättsprincip inte betyder att man kan påstå att principen i fråga inte gäller.²⁹ I stället för att söka direkt institutionellt stöd bör man fråga sig om principen är godtagbar.³⁰ Det här leder till att man kan påstå att en rättsprincip gäller genom att visa att den är godtagbar och att den i ett svårt fall (*hard case*) kunde tillämpas. Godtagbarheten i sin tur beror på vad domarkåren och lagstiftaren upplever att motsvarar deras uppfattning om civilprocessens uppgifter, ändamål och värden.³¹

Därtill bör principen också vara etiskt godtagbar.³² Tolonen anser i sin tur att även principer behöver institutionellt stöd för att de ska kunna anses vara gällande.³³ Många rättsprinciper går inte direkt att finna i Tuoris ytskikt, men nog i t.ex. läroböcker och annan juridisk litteratur. Dessa principer anses ändå ofta vara vedertagna. Saknaden av direkt auktoritativt stöd i lagen har lett till att olika författare grupperar principerna på olika sätt, anser olika principer vara gällande och ger principerna lite olika innehåll. De flesta principer är så centrala att praktiskt taget alla jurister är ense om deras existens och kärnområde; andra principer är mycket mera diffusa. Därför är det ibland nödvändigt att definiera vilka principer man anser att finns och vilka frågor man anser att principen täcker. Då det inte finns något vedertaget system måste var och en av forskarna definiera sin position. Då jag definierar min position jämför jag olika källor med varandra för att se hurdana olika alternativa lösningar det finns.

på rättsprinciper som rättsnormer eller som rättskällor (jämför Tuori 2002, 178–179 med Tuori 2000, 175 och 196 ff.).

²⁶ Tuori 2002, 179 och 214–216.

²⁷ Det faktum att rättsprinciperna inte passar in i Tuoris modell kan ses som ett tecken på att det inte går att skilja mellan yta och djup. Man kunde gott påstå att de tre skikten har flytande gränser och att ett fenomen kan befinna sig i flera skikt samtidigt.

²⁸ Se Ervo 2005, 63–64. Enligt Alexy (1994, 94–97) kan dock normer ha en dubbelkaraktär som både principer och regler, vilket kan anses vara fallet med vissa civilprocessrättsliga normer.

²⁹ Pöyhönen 1988, 30.

³⁰ Pöyhönen (1988, 33) anser att godtagbarheten är det viktigaste kriteriet för att bestämma om en princip är gällande rätt i ett visst rättssystem.

³¹ Leppänen 1998, 29.

³² Peczenik 1995, 185.

³³ Tolonen OTJP 1989, 348. Dock behöver principerna enligt honom inte stöd i lagen, även stöd i dogmatiken kan räcka.

Rättsprinciperna har blivit en central faktor i den rättsvetenskapliga diskussionen. Såväl lagstiftaren, lagskiparen som lagtolkaren beaktar rättsprinciperna i sitt arbete. Det centrala är alltså inte om det vi kallar en rättsprincip verkligen är en princip till skillnad från en rättsregel, inte heller är det viktigt att ta ställning till om rättsprinciper är normer eller rättskällor. För den här avhandlingens del är det centrala att rättsprinciper är relevanta faktorer i rättsligt beslutsfattande, inte deras förhållande till rättsregler.³⁴ Då rättskällevärdet för tillfället befinner sig i omdaning är det ingen idé att ge sig in på en diskussion om principernas ställning som rättskällor.³⁵

Trots den ökande tyngden rättsprinciperna fått i den juridiska argumentationen har man ibland glömt bort en av rättsprincipernas centrala egenskaper: nämligen att de förmedlar fundamentala tankemodeller och värderingar till civilprocessrätten.³⁶ De mest fundamentala principerna som vårt samhälle bygger på konkretiseras på det enskilda rättsområdet genom principer som är specifika för det enskilda rättsområdet eller några enskilda rättsområden.³⁷ Dessa grundläggande principer är t.ex. rättsstatsprincipen, demokratiprincipen och jämlikhetsprincipen.³⁸ Därmed fungerar rättsprinciperna också som ett element som begränsar lagstiftarens valmöjligheter, och som ett verktyg att tolka, analysera och systematisera enskilda bestämmelser och avgöranden med.³⁹ Eftersom de här grundläggande elementen är lika i många andra västländer är det lätt att ta impulser från andra rättsordningar.

Via rättsprinciperna kommer alltså också moralen in i rätten.⁴⁰ Inom processrätten kan man hävda att det är genom principerna som värden och värderingar kommer in i den rättsliga argumentationen på rättsskipningsnivån.⁴¹ I Aarnios indelning av rättsprinciperna i fem olika kategorier kommer detta klart fram i den första kategorin, d.v.s. rättsprinciperna som de ideologiska grundvärdena för rätten.⁴² Den Europeiska mänskörättskonventionen innehåller många grundläggande principer som även finns i vår rättsordning. Dessa principer grundar sig på den västerländska mänskösynen. En central tanke är att alla människor har vissa rättigheter som är okränkbara.

³⁴ Jämför den moderna diskussionen med Ekelöfs (1956, 207 ff.), visserligen smått förlegade, uppfattning om rättsprincipernas roll i processrätten. Ekelöf utgår från deras betydelse som allmänna regler, som utgångspunkter för rättsligt tänkande.

³⁵ Se Siltala 2003, 249–250, Tolonen 2003, *passim* och Karhu LM 2003, 794–798.

³⁶ Alexy (1986, 93) talar om principer som något som har en fundamental betydelse för rättsordningen.

³⁷ Tuori 2002, 171. Siltala (2003, 241–246) talar om den institutionella metakontexten.

³⁸ Tuori (2002, 190 och 229) placerar dessa och de grundläggande fri- och rättigheterna i djupstrukturen.

³⁹ Tuori 2002, 231–232.

⁴⁰ Alexy 1994, 125–127. Se även Pöyhönen 1988, 35–37 och Tolonen OTJP 1989, 346 och 351.

⁴¹ Jonkka 1991, 164.

⁴² Aarnio 1989, 81–83. Jmf. Aarnio Oikeus 1989, 115–116, där kategorierna är endast fyra till antalet.

Inom processrätten innebär detta att principerna är element som berättar hurdan förfarandet bör vara för att slutprodukten ska kunna anses vara rättvis.⁴³ Att rättsprinciperna fått en större vikt i den finska processrättsliga diskussionen har tyvärr inte helt och hållet gått hand i hand med en ökad förståelse för vikten av att rättegångsförfarandet upplevs som rättvist. Ett förfarande som inte uppfyller vissa centrala kriterier utsätts lättare för misstankar om att utgången i målet inte är riktig. Europeiska mänskorättsdomstolen har uttryckt saken så här: ”justice must not only be done; it must also undoubtedly and manifestly be seen to be done.”⁴⁴ Med andra ord innebär utformningen av själva förfarandet ett viktigt element i rättfärdigandet av utgången i målet.⁴⁵ Rättsprinciperna är alltså en viktig del av en rättegång av hög kvalitet. Kriterierna i den här kategorin är deontologiska i den betydelse att man inte frågar sig om förfarandet är nyttigt i någon bemärkelse, utan om själva förfarandet är riktigt.⁴⁶

Rättsprinciper fungerar som en länk mellan rättskulturen och rättstillämpningen. Vad betyder detta *de lege ferenda*? Jag håller med Per-Henrik Lindblom i hans kritik av Jan Hellners påstående om att lagstiftaren är bunden av principer *de lege ferenda*.⁴⁷ Lagstiftaren är nämligen i mitt tycke i princip fri att utveckla rättsprinciperna, men utvecklingen är i hög grad bunden av de begränsningar som rättskulturen, grundlagen och internationella konventioner ställer. Trots att lagstiftaren inte är direkt bunden är ändå ramarna i de flesta fall ganska strikta.

2.3.4 Ledstjärnor som grundpelare

Med termen ledstjärnor avser jag sådana kriterier som ställs på rättegången som svarar på frågan hur – på vilket sätt – rättegången ska genomföras.⁴⁸ Ledstjärnor är ett slags kvantifierbara kvalitetskrav som ställs på domstolens verksamhet.⁴⁹ Ledstjärnorna är kriterier för hurdan rättegången ska vara för att den ska utgöra ett bra redskap för att åstadkomma acceptabla avgöranden. Det är fråga om att skapa en ändamålsenlig rättegång till vilken medborgarna har en verklig, reell tillgång.

⁴³ Rawls (2000, 74–75) anser att idealet är ett förfarande där det rättvisa förfarandet går hand i hand med ett rättvist avgörande, vilket dock inte alltid är möjligt att åstadkomma i praktiken.

⁴⁴ Avgörandet Delcourt 17.1.1970, A 11, para 31.

⁴⁵ Aarnio (1989, 79) talar om toimintastandardi.

⁴⁶ Se t.ex. Frankena 1973, 15 eller Kavonius 2001, 159.

⁴⁷ Lindblom 2000, 254.

⁴⁸ Indelningen i ledstjärnor och principer baserar sig på den indelning Lindblom gjort i sin artikel Civilprocessens grundprinciper *de lege ferenda*, Lindblom 2000, s. 237 ff.

⁴⁹ Virolainen 1995, 98. Virolainen talar visserligen inte om ledstjärnor, men följer ändå samma indelning.

Att skilja mellan principer och ledstjärnor, eller målsättningar (*tavoite*) som Virolainen och Leppänen kallar det, är vanligt i finsk processrättslig litteratur.⁵⁰ I äldre litteratur kan man finna den här indelningen indirekt, t.ex. skilde Tauno Tirkkonen på civilprocessens ledande principer, alltså bl.a. dispositionsprincipen och muntlighetsprincipen, och på civilprocessens högsta princip, alltså ändamålsenlighetsprincipen, som i sin tur kan jämföras med ledstjärnorna.⁵¹ Det är oklart om Tirkkonen avser att dessa två kategorier är olika eller om hon eller han anser ändamålsenlighetsprincipen stå över de ledande principerna.⁵² Man kan nämligen med fog tolka Tirkkonen så att han anser ändamålsenlighetsprincipen ha en annan karaktär än de ledande principerna. Särskilt om man läser Tirkkonen i förhållande till Wrede så verkar den här tolkningen plausibel. Orsaken är att Wrede talar skilt om civilprocessrättens uppgift som något annat än civilprocessrättens principer.⁵³ Därför kan man anse att det finns en lång tradition av att skilja mellan ändamål, eller uppgifter i Wredes terminologi, och principer i finsk civilprocessrättslig doktrin. Eftersom endast Leppänen gått in för att teoretisera skillnaden mellan principer och ledstjärnor har den inte blivit teoretiskt befast ännu. Trots att Leppänen gör en skillnad mellan dessa två kategorier och bygger dem på skilda teoretiska fundament anser han i varje fall att dessa två grupper är principer. Leppänen plockar alltså ner ändamålsenlighetsprincipen från toppen av Tirkkonens principsystem och sätter in den under förfarandepinciper.⁵⁴ Detta gör han trots att han tidigare byggt upp en teori om ledstjärnorna kring instrumentalism och senare byggt upp en teori om det jag anser vara principer kring civilprocessens värderingar.⁵⁵

Skillnaden mellan principer och ledstjärnor kan teoretiskt härledas ur Robert Summers teori om att rättsliga processer kan utvärderas såväl i fråga om hurdana resultat processen åstadkommer som hurdan den är som process.⁵⁶ Summers delar vidare in utvärderingen av förfarandet som process i två delar: dels

⁵⁰ Jämför däremot Norrgård 2002, 39 ff. Intressant nog använder också Huovila (2003, 72–74) sig av den här distinktionen trots att han påstår att det finns en artskillnad mellan principer och ändamål.

⁵¹ Tirkkonen 1974, 72 ff. I svensk rätt anser Lindell (2003, 29) att kommensurabilitetsprincipen är en rättsprincip även om den omfattar det jag kallat ledstjärnor. Han är dock inte redo att höja kommensurabilitetsprincipen till den högsta principen.

⁵² Tirkkonen utformade sin teori om civilprocessens principer under den tid då begreppsjurisprudensen ännu hade ett fast grepp om diskussionen och innan diskussionerna om principernas karaktär hade börjat. Därför kan man med fog påstå att hans teorier är till stora delar förlagade. Se Jokela EIF 1995, 427.

⁵³ Wrede 1953, 74–75.

⁵⁴ Leppänen 1998, 72–76. Se särskilt figur 1.

⁵⁵ Överlag tycker jag att trots att den teoretiska delen i Leppänens avhandling är intressant och utvecklar civilprocessens grundpelare vidare, är den också oklar. Det är nämligen lite oklart i mitt tycke vad det egentliga förhållandet mellan det Leppänen kallar principer och det han kallar ändamål och värderingar är. Även grundlagens och mänskorättskonventionens förhållande till dessa element är oklar.

⁵⁶ Summers CLR 1974, 2.

kan man se förfarandet som ett bra verktyg för att uppnå goda resultat (*good result efficacy*), dels kan man se om den uppfyller vissa värderingar oberoende av hurdana resultat förfarandet ger upphov till (*process value efficacy*). Den andra gruppen enligt Summers indelning utgörs alltså av processvärden, d.v.s. sådana kriterier som inte i första hand främjar något mål alls. Processvärden främjar alltså processen i sig men de behöver inte främja något visst mål överhuvudtaget. Tvärtom kan de motarbeta många målsättningar därför att de gör rättegången mera omfattande eller dyrare. Summers definierar ”*process values*” som en sådan egenskap eller ett sådant drag hos rättegångsförfarandet som kan sättas till grund då man avgör om förfarandet i sig är bra eller dåligt, oberoende av resultaten av förfarandet. De processrättsliga principerna ger uttryck för värderingar som baserar sig på vår mänskobild. Ledstjärnorna handlar däremot om att domstolsförfarandet ska vara ett så bra verktyg som möjligt för att uppfylla civilprocessens funktioner. Principerna har alltså ett egenvärde, medan ledstjärnorna inte har något direkt egenvärde. Man kan säga att rättsprinciper utgör grundrättigheter som härstammar från vår rättskultur och vår uppfattning om mänskliga rättigheter. De handlar om hur domstolarna ska bemöta medborgarna. Ledstjärnorna fäster däremot uppmärksamheten vid att medborgarna kan utnyttja rätten att ha tillgång till domstolar på ett tillräckligt effektivt sätt.

Den här skillnaden glöms ofta bort då man talar om domstolsförfarandets ”kvalitet”. Ett exempel är Klami som ställer upp kraven på att domstolarna ska avgöra målen snabbt och att deras verksamhet ska vara billig.⁵⁷ Därtill ska avgörandena vara riktiga och leda till en ökad tillit till domstolarna. De två första kriterierna är lätta att mäta, även om man kan fråga sig vad en snabb och billig rättegång innebär.⁵⁸ Det stora problemet med dessa kriterier är att de är kvantitativa, de mäter slutresultatet av processen.⁵⁹ Ledstjärnorna i egenskap av instrumentella kriterier är inte ensamt en tillräcklig del av ett domstolsförfarande av hög klass; men tillsammans med principerna, alltså kvalitativa ”rättviskrav”, utgör de tillräckliga kriterier för att bedöma kvaliteten. Det faktum att det kan vara svårt att mäta hur väl de kvalitativa kraven uppfylls raserar inte deras betydelse.

Den andra stora skillnaden är att ledstjärnorna i första hand handlar om ändamålsenlighet, om att nå en ändamålsenlig rättegång, inte om rättigheter i sig.

⁵⁷ Klami DL 1992, 460.

⁵⁸ Frågan är egentligen: vad får upprätthållandet av domstolsväsendet kosta samhället? Vad är den rimliga kostnaden för ett mål? Jag avser inte att ge ett svar på dessa frågor, men konstaterar att de är relevanta i det här sammanhanget.

⁵⁹ Man kan visserligen fråga sig om kriteriet att avgöranden ska vara riktiga är ett kvantitativt kriterium. I den mån tanken om ett enda rätt avgörande utgör grunden för bedömningen av vad som är ett riktigt avgörande är det möjligt att svara antingen ja eller nej på frågan om avgörandet är riktigt. Då är det också lätt att säga att t.ex. 82 % av tingsrätternas avgöranden är riktiga. Om man däremot ställer upp mera komplicerade kriterier för vad ett riktigt avgörande innebär kan det vara svårare att kvantifiera slutresultaten. Slutresultatet blir då mera mångfacetterat.

De processuella grundprinciperna handlar om att skapa ett sådant förfarande där parterna får en möjlighet, och känner att de får en möjlighet, att driva sitt mål så komplett och jämlikt som möjligt inför en opartisk och oavhängig domstol. De processrättsliga grundprinciperna ger klara råd om vilka element och skeden som ska ingå i förfarandet. Ledstjärnorna ger däremot en bild av vilka kvalitetskrav förfarandet ska uppfylla, på vilket sätt de element som grundprinciperna anger ska förverkligas. Ledstjärnorna förverkligas inte direkt genom konkreta normer om t.ex. att ordna muntlig förhandling. De opererar i bakgrunden, så att de ställer upp krav i stil med att förverkliga den offentliga och muntliga förhandlingen på ett sådant sätt att den blir billig och snabb. Det handlar till en stor del om domstolsinterna praktiska arrangemang och om att ordna stödtjänster och om att informera medborgarna om hur domstolsväsendet fungerar.

En viktig skillnad mellan principer och ledstjärnor är att ledstjärnorna inte är något som bör eller ska optimeras. I stället för att sträva efter en optimering bör man sträva efter att uppnå en tillräcklig och godtagbar nivå då man avväger en ledstjärna mot andra ledstjärnor och mot rättsprinciper.⁶⁰ Det betyder alltså att vi inte ska sträva efter att göra rättegången så snabb som möjligt, eftersom det inte är någon idé med en mycket snabb rättegång om det betyder att målet inte kan redas ut och att utgången riskerar bli felaktig. Däremot bör domstolarna och lagstiftaren sträva efter ett förfarande som är tillräckligt snabbt med tanke på målets art, omfattning och betydelse. Det gäller alltså att försöka hitta en bra balans mellan de olika ledstjärnorna så att alla förverkligas i en tillräcklig och godtagbar grad. Balansen ska också förverkligas i förhållande till principerna. För att ta ännu ett exempel: trots att det är viktigt att rättegången är billig och säker kan man inte säga att det skulle löna sig att optimera t.ex. priset på rättskydd. Trots att kostnaderna för rättskydd är ett stort problem i de flesta västeuropeiska länder strävar vi inte efter ett system som skulle vara helt gratis. Det kunde nämligen leda till att alltför många konflikter – alltså inte endast tvister – skulle föras till domstol.⁶¹

Ledstjärnorna kan anses vara andra generationens processuella rättigheter. Deras uppgift är att garantera att rättegångsförfarandet är tillgängligt – att domstolarna utgör ett reellt alternativ för att lösa tvister. Flera av ledstjärnorna finns därför upptagna i folkrättsliga konventioner om mänskliga rättigheter och i många länders författningar. Som ett exempel kan nämnas artikel 6 i den Europeiska mänskorättskonventionen där det finns en bestämmelse om rätten till ett domstolsavgörande inom en skälig tid. Europeiska mänskorättsdomstolen har

⁶⁰ Om man inte stöder Alexys teori om att *Optimierungsgebot* är kännetecknande för principer försvinner skillnaden mellan principer och ledstjärnor.

⁶¹ I Tyskland har man ibland hävdad att det är för billigt att driva ett tvistemål i domstol, vilket betyder att en stor del av konflikterna i samhället tas upp som tvistemål i domstol. Följden är att domstolsväsendet belastas mycket med mål som i andra länder skulle lösas på ett annat sätt.

också fäst uppmärksamhet vid rättegångskostnader och vid att rättegångsförfarandet ska vara tillförlitligt.

Access to justice -rörelsen har fäst uppmärksamhet vid medborgarnas verkliga möjligheter att få sitt ärende avgjort av en domstol inom en rimlig tid. Inom rörelsen anser man att förfarandet inte är till någon nytta om medborgarna inte har råd att utnyttja det eller om domstolens avgörande kommer så sent att den verkliga nyttan sjunkit till nästan noll. Därmed kom ledstjärnorna med i bilden huvudsakligen då diskussionen om *access to justice* började.⁶² En del av ledstjärnorna har funnits till redan innan den första vågen av *access to justice* -rörelsen började, medan andra har kommit till under den andra vågen av rörelsen.

Under de senaste årtiondena har den så kallade *access to justice* -rörelsen blivit allt starkare och så småningom integrerats i den rättsdogmatiska traditionen på processrättens område. Samtidigt har även dyningarna från *law and economics* -skolan nått vår del av världen. Idag är man mera medveten om att kostnaderna för förfarandet inte får vara för höga för parterna, och att även felaktiga avgöranden kan utgöra en slags kostnad.⁶³ De synpunkter *law and economics* -skolan tagit upp är visserligen viktiga att observera, men jag tycker inte att allting kan konverteras till ekonomiska kostnader.

Trots att ledstjärnorna som sådana integrerats i den processrättliga doktrinen och trots att de numera utgör en viktig aspekt vid lagstiftning och en ledtanke bakom existerande lagar är de fortfarande ett fenomen som analyserats lite. Det finns alltså i mitt tycke en klar skillnad mellan principer och det jag kallar ledstjärnor. Därför är det viktigt att hålla isär dessa två kategorier.

2.4 METODOLOGISKA UTGÅNGSPUNKTER

Den grundläggande metoden i avhandlingen är rättsdogmatik.⁶⁴ Detta innebär att rättsnormer tolkas och systematiseras och att rättsdogmatiska konstruktioner analyseras och skapas. Eftersom metoden diskuterats mycket under den senaste tiden anser jag inte att det finns någon större orsak att närmare diskutera saken här.⁶⁵ Det är dock skäl att konstatera att hållningen är kritisk och framåtblickande. Avhandlingen är inte rättsdogmatisk på ett traditionellt analytiskt-deskriptivt sätt, inställningen kunde närmast karakteriseras som normativt kritisk.⁶⁶ Det

⁶² Se t.ex. Lindblom 2000 och Zander 1981.

⁶³ Se t.ex. Norrgård 2002, 39–43 och Leppänen 1998, 45–46.

⁶⁴ Se Siltala 2003, 103 ff, om andra möjligheter att utöva rättsvetenskaplig forskning.

⁶⁵ Se Hupli 2004, 6–9 för en praktisk diskussion om vad den rättsdogmatiska metoden innebär i praktiken. Siltala (2003, 493–505, särskilt 496–502) diskuterar rättsdogmatikens metoder mera ingående och mot bakgrunden av en allmän teori om minimikraven för en vetenskaplig metod.

⁶⁶ Siltala 2003, 141–145. Se även s. 526 där Siltala visar att dessa två alternativ även kan gå in i varandra och finnas med i ett och samma arbete.

betyder att jag inte endast är intresserad av hur reglerna (bör) tolkas i ljuset av den rådande rättskälleläran eller hur de (kommer att) tolkas av domare, d.v.s. enligt den gällande domarideologin.⁶⁷ Jag granskar även kritiskt hur väl den nuvarande lagstiftningen är i samklang med civilprocessens så kallade grundpelare och vilka problem den nuvarande lagstiftningen har. En traditionell analytisk-deskriptiv analys av de finska bestämmelserna utgör alltså en grund för en kritisk granskning. De kritiska synpunkterna bygger främst på institutionella, rättsligt sett interna argument, och är därför en form av immanent kritik. Vissa element inom rättssystemet utgör en måttstock mot vilken man kan mäta den gällande rätten.⁶⁸ Då måste man naturligtvis ställa upp de parametrar som utgör måttstocken. Utländsk rätt behandlas däremot i första hand analytiskt-deskriptivt.

För det andra använder jag även två underarter av rättsdogmatik, nämligen rättsjämförande⁶⁹ argumentation och argumentation *de lege ferenda*.⁷⁰ Dessa två grenar skiljer sig närmast i fråga om vissa metodologiska problem. Det finns dock så pass betydelsefulla skillnader mellan den rättsjämförande argumentationen och den traditionella rättsdogmatiska argumentationen att jag tar upp rättskomparationen skilt.

Trots att min avhandling innehåller ett kritiskt element och rekommendationer *de lege ferenda* är det inte fråga om direkt rättspolitisk forskning i ordets egentliga bemärkelse.⁷¹ Gränsen mellan forskning *de lege lata* och *de lege ferenda* är så suddig att den knappt existerar längre,⁷² som Tuomas Hupli konstaterar upprepade gånger i sin avhandling.⁷³ En kritisk inställning till rätten leder till att rättsdogmatiken inte längre går ut på att förklara vad som redan är rätt, utan även vad som inte ännu är rätt, men kanske blir det.⁷⁴

Den rättsdogmatiska utgångspunkten leder till problem med rättskälleläran,

⁶⁷ Bl.a. H. L. A. Hart (1994, 100 ff.) talar om domarideologin som referensram.

⁶⁸ Siltala verkar förutsätta att man väljer någon viss specifik politisk hållning eller teori till grund för den kritiska hållningen. Jag tycker inte att det är nödvändigt att välja t.ex. en feministisk eller marxistisk hållning. Den kritiska hållningen till reglerna kan bygga på något allmänna och på att man jämför den gällande rätten mot rättsinterna fenomen.

⁶⁹ Sacco (AJCL 1991a, 25) menar att den komparativa rätten inte är dogmatisk överhuvudtaget eftersom den baserar sig på observationer av verkliga fenomen och inte på den analytiska traditionen. Husa (1998, 49–50) diskuterar förhållandet mellan rättsdogmatik och komparativ rättsvetenskap och konstaterar att det kan finnas direkta samband, men att fallet inte behöver vara det. Enbart det faktum att man använder komparativa argument som ornament är inte komparativ rättsvetenskap.

⁷⁰ Se Mattila 1979, 44 om en teori om hur argumentation *de lege ferenda* påverkar rättsjämförelsen.

⁷¹ Se Linna 1987, 1–11 om grunderna för rättspolitisk forskning.

⁷² Jämför Hellner SvJT 1975, 403–407 och Alexy 1983, 286–287 om användningen av empiriska argument i den juridiska diskussionen. Dessa åsikter återspeglar en mera traditionell uppfattning om rättsvetenskap *de lege lata* som en form av analytiskdeskriptiv forskning.

⁷³ Hupli 2004, 9–10 och 16–18. Se även Timonen 1997, 113–114, om hur gränsen mellan forskning *de lege lata* och *de lege ferenda* suddats ut.

⁷⁴ Siltala 2003, 50–59.

eftersom den traditionella rättskälleläran som Aarnio och Peczenik hållit på inte längre är helt tidsenlig.⁷⁵ Efter att Finland blev medlem av den Europeiska unionen och anslöt sig till den Europeiska mänskorättskonventionen har den klassiska rättskälleläran endast berättat en del av sanningen. Eftersom dessa teorier inte tar någon ställning till positionen för dessa nya internationella rättsordningar är de ofullständiga. Samtidigt utgör den strikta kategoriseringen av rättskällorna ett problem, eftersom varken mänskorättskonventionen eller de EG-rättsliga normerna passar in. Rättskälleläran har därför under de senaste åren varit föremål för kritik från många olika håll i den rättsvetenskapliga diskussionen i Finland.⁷⁶ Man har också tagit upp problemet med att rättsprinciper ofta inte anses vara bindande rättskällor i den gamla statiska modellen, eftersom principerna sällan framgår direkt ur skrivna bestämmelser.⁷⁷ Den statiska rättskälleläran implicerar också en slags lagpositivism, eftersom lagen utgör den högsta rättskällan i systemet. Om rättskälleläran däremot är mera dynamisk och kontextuell blir resultatet sådant att såväl rättsprinciper, mänskorättskonventionen som EG-rätten ryms med i den. Exakt hur den nya rättskälleläran ser ut är fortfarande oklart eftersom ingen skribent hittills har framlagt en modell som kunde ersätta den gamla. Klart är i varje fall att rättsprinciperna får en betydligt mer framträdande roll i Dworkins och Alexys anda.⁷⁸

2.5 UTNYTTJANDE AV KOMPARATIV RÄTTSVETENSKAP

Komparativ rättsvetenskap kan utnyttjas på många sätt; den är på flera vis en metod som saknar strikta ramar och målsättningar.⁷⁹ Därför kan den användas innovativt.⁸⁰ Detta betyder inte att den helt och hållet skulle sakna metoder.⁸¹

⁷⁵ Aarnio 1987, 89 ff. och Peczenik 1995, 212 ff.

⁷⁶ Ett av de första inläggen var Timonens avhandling (1997, 122–127). Bl.a. har Siltala (2003, 199 ff.), Tolonen 2003, *passim* och Karhu LM 2003, 789–807 deltagit i diskussionen. Timonen inledde diskussionen redan 1989 genom att påstå att det är skillnad på domarens och forskarens rättskällelära (LM 1989, 668). Timonen påstår att forskarens rättskällelära ska bedömas ur ett vetenskapligt perspektiv.

⁷⁷ Det karakteristiska för Aarnios och Peczeniks rättskällelära är att rättskällor som domstolen skall och bör använda utgörs främst av text tryckt på papper i form av lagstiftning, förarbeten, prejudikat och andra motsvarande skriftliga källor. Ur dem kan man direkt läsa ut hur man ska lösa det rättsliga problemet. Makkonen har konstaterat att ordet rättskälla är problematiskt eftersom det ger en bild av att rättskällorna ska vara något mycket konkret (Makkonen 1998, 77).

⁷⁸ Se Tuori LM 2002, 1314–1315, om hur Dworkin och Alexy kommit att påverka den finländska diskussionen.

⁷⁹ Se Klami 1997, 5.

⁸⁰ Mikkola 1999, 88–99 och Husa 1998, 11.

⁸¹ de Cruz (1995, 231–235) har föreslagit några modeller för att göra rättsjämförande forskning som kan användas som grundläggande schema för arbetet.

I finsk civilprocessrätt har rättsjämförelse i snäv bemärkelse använts ganska lite under senare tid.⁸² Däremot är det vanligt att använda rättsjämförande material som ett stöd eller tillägg till inhemsk litteratur, men då är det mera fråga om att använda rättsjämförelse som ornament.

I den här avhandlingen används främmande rätt som sakargument, men i fråga om mänskorättskonventionen även som auktoritetsargument.⁸³ Rättsjämförelsen är i första hand tillämpad, inte teoretisk-deskriptiv.⁸⁴ Rättsjämförelsen används på många olika sätt, t.ex. för att få en mångsidigare bild av vissa rättsprinciper. På grund av att samma principer ofta återfinns i rättsordningar som är nära besläktade, rättsordningar som bygger på samma tradition⁸⁵, kan man använda utländskt material som tolkningsargument både *de lege ferenda* och *de lege lata*.⁸⁶ Rättsjämförelse används också för att ge perspektiv till de finska normerna om främst sållning. Den utländska rätten ger en möjlighet att se på de inhemska normerna ur en annan synvinkel. Den ger perspektiv på de egna problemen och pekar på olika lösningar. En jämförande undersökning kan visa att likheter och olikheter ibland i praktiken kan vara endast chimärer trots att de verkar vara stora i teorin.

2.5.1 Rättskulturen och främmande rätt

Då man använder sig av komparativ rätt är det viktigt att förstå att man som jurist är kulturellt dubbelt präglad, eftersom tänkandet präglas av både den egna kulturen och det egna rättssystemet.⁸⁷ Även personer som är mycket insatta i rättsjämförande vetenskap kan göra stora fel.⁸⁸ Enligt Pierre Legrand är det näs-

⁸² Från den senaste tiden kan främst Norrgård (2002) nämnas, men såväl Laukkanen (1995) som Hupli (2004) har använt utländskt material i en större omfattning för att diskutera utgångspunkterna för civilprocessen respektive företagssanering. Niemi-Kiesiläinen (1995) använde komparativ rätt för att granska utveckling av privatpersoners ansvar för skulder och för att få ett vidare perspektiv.

⁸³ Wilhelmson, TfR 1985, 186 om utländsk rätt som sakargument och auktoritetsargument.

⁸⁴ Zweigert – Kötz 1996, 11–12.

⁸⁵ Se Glenn 2000, 1–53 och 116–153, om vad en rättslig tradition innebär. Se Mattila (1982) om indelningen i olika rättsfamiljer. Mattila jämför Davids indelning med Zweigerts och Kötz, samt Gyula Eörsins uppfattningar om hur och på vilka grunder rättssystemen kan grupperas. Se även Matteis förslag för indelning i AJCT 1997, 5 ff. Se även Husa 2001, 75–80 om indelning i rättssystem som blir svagare och sådana som blir starkare, alltså vars inflytande ökar.

⁸⁶ T.ex. Frände har i sin avhandling om legalitetsprincipen i finsk straffrätt använt sig av jämförande material från länder vars straffrätt bygger på en liknande grund som den finska. Se Frände 1989, 17 ff.

⁸⁷ Henry 2004, 158–164. Enligt Henry förutsätter rättsjämförelse särskilt då man arbetar med rättssystem som skiljer sig mycket från det egna att man har en djupgående kännedom om sitt eget rättssystem. Se även Mikkola 1999, 3–4 och 5–7 och Gilles 1996, 45. Mattila (JFT 2005, 43–44) diskuterar förhållandet mellan rättsfamilj och rättsspråk.

⁸⁸ Se Markesinis (MLR 1990, 9) rätt hårda kritik av David.

tan omöjligt att lära sig att tänka som en representant för en annan rättsskulturer eller rättsfamilj.⁸⁹ Trots risken för misstolkningar är det i högsta grad nyttigt att studera andra rättssystem eftersom det ger en möjlighet att se sitt eget rättssystem ur en annan synvinkel. Detta gör i sin tur att man kan få en djupare förståelse av särdragen i det egna systemet och eventuellt de historiska och kulturella orsakerna till särdragen.⁹⁰

Per definition innebär rättsjämförelse att man jämför två eller flera rättssystem med varandra.⁹¹ Enligt min åsikt räcker det inte att man presenterar olika rättssystem, man måste på något sätt jämföra dem sinsemellan. Det betyder alltså att man ställer upp rättssystemen mot varandra och försöker hitta likheter och olikheter. Den rättsjämförande forskningen är intresserad av att hitta svar på hur samma problem har lösts i olika rättssystem. Intresset är inte riktat mot själva normerna, utan mot de rättsliga konstruktionerna och modellerna och den rättsliga kontexten, det sammanhang konstruktionerna finns i.⁹² För att man ska kunna jämföra olika rättsliga institut bör man hitta ett abstrakt institut eller en term som utgör den gemensamma nämnaren för det som man forskar i. Denna gemensamma nämnare kallas *tertium comparationis*. *Tertium comparationis* är en abstrakt konstruktion som antingen kan vara ett gemensamt drag hos olika system eller en gemensam funktion. Med andra ord är det fråga om att jämföra funktionella ekvivalenter med varandra.⁹³ I den här undersökningen utgörs *tertium comparationis* av tillgången till andra instansen i tvistemål. Det betyder att jag undersöker olika begränsningar i tillgången till en fullskalig rättegång i den andra instansen. Med en fullskalig rättegång avses att målet prövas i muntlig behandling.⁹⁴

⁸⁹ Legrand JT 1996-97, 308. Legrand talar i första hand om avgrunden mellan *civil law* och *common law* rättssystem, men på många sätt gäller samma problem också då man jämför olika *civil law* system med varandra.

⁹⁰ Grosswald Curran, AJCL 1998, 659–661.

⁹¹ Det råder en viss oenighet om man måste jämföra olika rättssystem för att man ska kunna tala om jämförande eller komparativ rättsvetenskap. Se Zweigert – Kötz 1996, 6, där ett exempel på sådan forskning som inte kan anses vara rättsjämförande är ett verk där kvinnors rättsliga ställning i olika länder refereras, men inte jämförs. Även Strömholm har diskuterat frågan i SvJT 1971, 250 ff.

⁹² Husa 1998, 13–14 och Klami 1997, 14–15. Klami påpekar att det är möjligt att utgå såväl från en gemensam funktion som från en gemensam norm, som har olika funktioner i olika rättssystem. Niemi-Kiesiläinen (1995, 396) ställde upp som mål för den rättskomparativa delen av avhandlingen att förstå hur och på vilka olika sätt naturliga personers ansvar för skulder är reglerat i olika länder. Hennes frågeställning visar att *hur* något är reglerat är den första frågan en komparatist måste ställa.

⁹³ Med funktionell motsvarighet eller ekvivalens avses ett rättsinstitut som har samma funktion, men som i övrigt kan vara annorlunda än i det rättssystem man utgår från. Det betyder att man utgår från hur samma faktiska situation regleras i olika rättssystem. Då frånser man vilken ställning i systemet ifrågavarande institut eller praxis har och försöker i första hand hitta ett institut som reglerar samma "segment of life". Se Bogdan 1993, 63–64; Zweigert – Kötz 1996, 33; och Husa, RabelsZ 2003, 428–430.

⁹⁴ Eftersom vissa av de normer som jämförs kunde anses utgöra samma norm, kunde man tänka

Hur ska man då hitta dessa funktionella ekvivalenter? För det första krävs det att man känner till rättssystemen på ett mera djupgående plan. Trots att man hittar institut med samma funktion har dessa inte nödvändigtvis samma rättspolitiska betydelse eller samma rättspolitiska funktion. Många institut med samma funktion har ofta olika betydelse eller ställning i olika länder. Särskilt i sådana situationer där det inte finns någon direkt motsvarighet kan det vara svårt att "översätta" institutet i fråga till logiken i sitt eget rättssystem. Även likadana termer kan erbjuda stora problem om termerna avser olika saker eller annars uppfattas olika.

I den här avhandlingen har vissa faktorer som påverkar benägenheten att överklaga utelämnats av arbetsekonomiska skäl. Trots att vissa institut *de facto* begränsar tillgången till den andra instansen har jag valt att koncentrera undersökningen till de spärar som finns inom själva rättegångsförfarandet. Dessa andra spärar är visserligen intressanta, men platsar alltså inte i den här avhandlingen.

2.5.2 Jämförelsens syfte och val av rättssystem

Avsikten med den här avhandlingen är att med hjälp av rättsjämförelsen dels lokalisera problemen i den finska lagstiftningen om tillgången till den andra instansen i tvistemål, dels att hitta alternativa lösningar. Detta betyder också att de utländska rättsordningarna får en underordnad betydelse så att den finska rätten är huvudsaken och de övriga fungerar endast som en yta som de finska bestämmelserna speglas mot. De utländska lösningarna klassificeras i olika kategorier för att ge en bild av vilka typer av alternativa lösningar som finns till hands.⁹⁵ Rättsjämförelsen vidgar vyerna och visar alternativa sätt att tänka på saker och strukturera problem.

Valet både av antal rättssystem och typ av rättssystem som tas med i den rättsjämförande undersökningen är en mycket central faktor för utgången i forskningen. Jag har valt att inkludera sammanlagt tre olika rättssystem utöver det finska. De tre rättssystemen är Sverige, Norge och Tyskland. På grund av att rättssystemen är många behandlas de relativt ytligt, dock på en nivå som är betydligt djupare än "ornamentnivån". Fokuset ligger alltså på de begränsningar som finns i tillgången till den andra instansen.⁹⁶

sig att ta det andra alternativet som Klami har, att utgå från samma norm och undersöka vilka olika funktioner den har i olika rättssystem. I viss mån använder jag även den här argumentationen i avhandlingen.

⁹⁵ Mitt tillvägagångssätt påminner till den här delen alltså om Tuulikki Mikkolas (2003, 17–18) sätt att utforska kärnan i ett begrepp, men eftersom det inte på samma sätt finns någon urform av olika begränsningar är utgångspunkten och resultaten annorlunda.

⁹⁶ Klami (2000, 31) anser att rätten att överklaga rättsfrågorna beror på vilken roll lekmän har i rättegången, varför det lönar sig att välja länder där lekmännens roll liknar den finska processrätten.

Valet av de länder jag tagit som objekt för min studie motiveras främst av hurdana rättsliga lösningar som valts enligt den modell Zweigert och Kötz⁹⁷ förespråkar. Det förutsätter en förkunskap om länderna i fråga. I det här fallet gäller det alltså att hitta olika sätt att inom rättegången begränsa tillgången till den andra instansen. Eftersom de problem den andra instansen står inför är lika i många utvecklade demokratier är det naturligt att söka efter jämförelseobjekt bland dessa länder och då är det främst de västeuropeiska rättssystemen som blir aktuella. Det gäller att hitta olika system som uppfyller samma funktion. Sverige är ett naturligt val eftersom man där har valt en lösning som baserar sig uttryckligen på prövningstillstånd. Norge är i sin tur intressant eftersom den finska sällningen påstås bygga på de norska reglerna, trots att Norge först nyligen har infört regler om *nektelse* i tvistemål. Det är också intressant att se hur de föreslagna norska bestämmelserna som helhet skiljer sig från de finska reglerna. Den tyska civilprocessen genomgick en stor reform 1.1.2002 och därmed finns där ett system som införts i samband med en mera genomgående reform, inte ett system där man försökt lappa hålen i det gamla systemet. Följaktligen erbjuder dessa länder en intressant palett av olika lösningar som man kan jämföra med och väga mot varandra. Man kan ställa frågan om det mera traditionella svenska systemet verkligen är sämre än de nya flexibla systemen och om prövningstillstånd ger sämre rättsskydd än sällning.

Man kan ju fråga sig varför jag valt dessa rättssystem som är mycket lika vårt eget och varför jag inte försökt hitta andra mera innovativa lösningar någon annanstans. Det enkla svaret är att de nordiska länderna skiljer sig ganska radikalt från varandra i den här frågan, åtminstone då man ser på hur systemen är strukturerade.⁹⁸ Man behöver alltså inte gå långt för att hitta något nytt. Därtill bygger t.ex. det amerikanska rättssystemet på att den andra instansen inte tar ställning till bevisfrågor annat än i särfall. Eftersom jag delvis är ute efter att hitta nya lösningar på finska problem och vi inte är redo att införa stora spärrar mot att överklaga om bevisfrågor har USA inte särskilt mycket att bjuda på. I England och Wales är problemet att man delar in målen i olika ”fällor”, så kallade *tracks*, redan i underrätten.⁹⁹ Handläggningen av ett mål beror redan i underrätten på vilken ”fälla” den platsar i. Målen ”gallras” alltså redan då handläggningen i underrätten börjar, vilket gör att det är komplicerat att få idéer som enkelt kunde överföras till Finland.

Hos oss är utgångspunkten för den andra instansen därmed en helt annan än i England och Wales eftersom alla mål i vårt system i princip åker samma rutt.

⁹⁷ Zweigert – Kötz 1996, 41. Se även Mattila 1979, 44–47 om vilka synpunkter som bör beaktas i val av länder.

⁹⁸ Se även Ulla Liukkunens avhandling på arbetsrättens område, som visar att skillnaderna mellan de nordiska länderna är markanta och att det därför är relevant att göra en sådan jämförelse (2004, 16).

⁹⁹ Se t.ex. Storskrubb JFT 2000, 395 om grunderna för det här systemet.

Visserligen skulle båda dessa synvinklar vara mycket intressanta, men de skulle förutsätta ett betydligt vidare perspektiv och att vissa utgångspunkter för vårt rättegångsförfarande borde ändras. Därför har dessa två rättssystem utelämnats av arbetsekonomiska skäl. Samtidigt innebär valet av rättssystem att man inte kan förklara skillnaderna mellan dem genom att tillgripa tanken om rättsfamiljer. Det tyska rättssystemet i kraft av ett kontinentaleuropeiskt system skiljer sig i viss mån från de övriga, men sett i ett brett perspektiv är skillnaderna trots allt mycket små. På grund av arbetsekonomiska skäl har jag också begränsat mig till vanliga tvistemål och civilprocessens kärna, och utesluter ansökningsärenden, familjemål och frågor som inte hör till det egentliga domstolsförfarandet.¹⁰⁰

2.5.3 Terminologi, gällande rätt och andra problem

Inom rättsjämförande forskning är det viktigt att känna till den miljö de normer man undersöker befinner sig i och den miljö de uppkommit i. Den rättspolitiska bakgrunden är ofta en viktig faktor som påverkat uppkomsten av en viss norm. Annars kan det gå så att man förbiser ”den banala insikten, att en teknisk modell lösryckt från sitt sammanhang ofta är helt värdelös och rentav kan leda till direkta felslut”.¹⁰¹ Först då man har en bakgrund mot vilken man kan ställa rättssystemet som helhet, och juristernas sätt att tänka och arbeta i det, kan man sätta igång på allvar.¹⁰² En av kärnfaktorerna är rättskälleläran. Till exempel är förarbeten inte en viktig rättskälla i Tyskland, utan det är rättsvetenskapen som i hög grad formar tolkningen av lagen. Inom rättslitteraturen råder dessutom en strikt hierarki, där *die herrschende Meinung* bestäms dels på basis av antalet förespråkare, dels på basis av hur ansedda förespråkarna är.¹⁰³ Man måste alltså kunna lösgöra sig från sitt ” eget ” rättssystem och dess rättskällelära och läror, utan att anta att den främmande rätten skulle vara likadan som den ”egna” rätten.¹⁰⁴

Den som sysslar med rättsjämförande forskning behöver information om rätten så som den tillämpas i domstolarna och i det verkliga livet, vilket betyder att man inte kan stöda sig endast på lagtexter.¹⁰⁵ Lagen utgör kärnan på vilken

¹⁰⁰ Gilles (1996, 27-30) talar om ”*Hauptprozeßrecht*” i motsats till ”*Nebenprozeßrecht*”.

¹⁰¹ Strömholm SvJT 1972, 458.

¹⁰² Se även Mattila 1979, 41-44.

¹⁰³ För en närmare inblick i hur tyska jurister resonerar, se Mattila 2002, 338-344. Markesinis (LQR 1994, 609 ff.) talar om ”stil” då han avser det sätt domstolsavgöranden läggs upp på i olika rättskulturer. De tyska domarna har en mera vetenskaplig stil att skriva på än domarna i många andra länder.

¹⁰⁴ Idealfallet är att man skulle känna till de rättssystem man jämför lika bra som de jurister som arbetar inom de olika rättssystemen. Det här är dock oftast nästan omöjligt att uppnå. Se Zweigert – Kötz 1996, 34-35 och Bogdan 2003, 44 ff.

¹⁰⁵ Bogdan 2003, 44-46.

rättsvetenskapen, domstolarna och andra aktörer bygger. Bestämmelser som ser lika ut i två länder kan tolkas på helt olika sätt. De juridiska konstruktionerna, själva dogmatiken, kan variera stort mellan olika länder. Man måste känna till dogmatiken som påverkar tolkningen av normerna och även rättskulturen och rättshistorien. Det faktum att muntliga, koncentrerade huvudförhandlingar infördes så sent som 1.12.1993 i underrätterna i Finland påverkar vår syn på och vår inställning till muntliga huvudförhandlingar på många sätt. Om man inte känner till att Norge totalreviderade sin lag om rättegång i tvistemål i början av 1900-talet har man svårt att förstå hur stora grundläggande skillnader det finns mellan oss och dem.

En annan utmaning är att det relevanta rättsliga materialet lever hela tiden. Nya normer kommer till och gamla försvinner även utan lagstiftarens medverkan. Man måste alltså följa med annat än bara ändringar i själva lagtexten. I första hand betyder funktionell rättsjämförande forskning att man forskar i *law in action*, d.v.s. i rätten såsom den tillämpas eller sannolikt kommer att tillämpas. Man måste hitta pålitliga informationskällor för att få information om den aktuella tolkningen av normerna eller den sannolika kommande tolkningen i de fall en klar tolkningslinje inte ännu finns.¹⁰⁶ Inom den rättskomparativa forskningen bör man inte ha en analytisk-deskriptiv inställning till de främmande rättssystemen. En kritisk inställning är alltför vågad med tanke på att redan en korrekt beskrivning är mycket svår att åstadkomma.¹⁰⁷

Mattila konstaterar att ett av de stora problemen med rättsjämförande forskning är terminologin och det juridiska språket i sig.¹⁰⁸ Rättskomparatisten tvingas översätta inte bara själva texten utan även det juridiska klimatet, det främmande sättet att se rättsinstitut och samhället som helhet på. Ibland stöter man på terminologiska problem då termer till utseendet motsvarar varandra, men betyder olika saker.¹⁰⁹ Ibland finns det ingen språklig eller rättslig motsvarighet till en term. Då måste man helt enkelt välja mellan att skapa en ny term eller använda s.k. citatlån. Då man översätter händer det ofta att något, kanske en liten nyans, går förlorat.¹¹⁰ Överlag är en av den jämförande rättsvetenskapens uppgifter att producera information om främmande rättssystem som juristerna i det egna systemet kan förstå och tillgodogöra.¹¹¹

¹⁰⁶ Bogdan 1994, 45–50 och 55–57.

¹⁰⁷ Praktiskt taget alla författare påminner om att alla som sysslar med rättsjämförande vetenskap gör fel. Meningen är att minska antalet fel och storleken på dem.

¹⁰⁸ Se Mattila 2002, avsnitt B om det juridiska språkets särdrag och avsnitt D, särskilt sidorna 497–528, om problemen med att översätta juridiskt material. Det som Mattila säger om juridiska översättningar i allmänhet går ofta att tillämpa på rättsjämförande forskning. Se även Sacco AJCT 1991a, 11 ff.

¹⁰⁹ Mattila 1999, 108–115.

¹¹⁰ Grossfeld 1984, 180–181.

¹¹¹ Det här är en uppgift som man inte lyckas uppfylla till fullo.

2.5.4 Transplantat

I utvecklingen av det egna rättssystemet används enligt Watson ofta utländsk rätt som modell och inspirationskälla.¹¹² Med transplant (legal transplant) avses att man ympar en rättslig institution till ett annat rättssystem.¹¹³ Processen är långtifrån den samma som inom botaniken, tvärtom kan ett ”lån”¹¹⁴ från ett annat system innebära särskilda svårigheter. Varje rättssystem tar influenser från andra rättssystem.¹¹⁵ Källorna kan vara olika under olika tider, vilket man kan se i nordisk processrätt där Tyskland fått ge vika som inspirationskälla för common law -system med USA i spetsen.¹¹⁶

Men att transportera en institution från ett system till ett annat är inte alltid lätt.¹¹⁷ Varje rättssystem är unikt, en egen kultur som ogärna accepterar främmande material. Ibland kan överföringen vara problematisk t.o.m. mellan nära besläktade system. Som Markesinis¹¹⁸ har konstaterat:

Law can learn from medicine: pure transplants rarely work. The grafting of the new organ on a different body must be done carefully, the rejection mechanism must be suppressed. In law, I think, this means, at times, reshaping the foreign idea in a way that can come into your system with a minimum of resistance and dislocation.

Men en lyckad överföring betyder inte att det som flyttats hålls oförändrat i det nya systemet.¹¹⁹ Ofta sker en slags irritation där det nya rättsliga institutet ”ir-

¹¹² Watson 1993, 22 ff. Jämför dock Legrand som är mycket negativt inställd till möjligheterna att transplantera rättsnormer och –institut (se t.ex. MLR 1997, s. 44–51). Ewald (AJCT 1995, 502 ff.) och Teubner (MLR 1998, 17 ff.) har dock läst Watson på ett annat sätt, läst in mera nyanseerade teorier och därmed försökt hitta en slags mellanväg mellan en stark tro på transplant och ett ganska tvärt avvisande av dem.

¹¹³ Se Mikkola 1999, 86–87. Termen transplant kan uppfattas som vilseledande eftersom transplanten sällan hålls helt intakt under överföringen.

¹¹⁴ Se Nelken 2002, 29–34 för en diskussion om vilka metaforer som egentligen passar för att beskriva fenomenet med rättsinstitut som överförs i en eller annan form. Se även trädgårdsmetaforen hos Kahn-Freund (MLR 1974, 13).

¹¹⁵ Se Watson 1993 för exempel på hur rättssystem tar influenser från olika håll.

¹¹⁶ Idag har rättssystemen i USA en hög status särskilt i fråga om alternativ tvistlösning, medan Tysklands status sjunkit sedan det andra världskriget. Se även Mattei IRLE 1994, 7–8, om rättssystemens ”prestige”.

¹¹⁷ Dels finns det ett visst kulturellt motstånd, en ”knapatriotism” (legal parochialism), inom alla rättssystem, dels kan lagstiftaren ibland vara alltför ivrig att kopiera andra utan ha en omfattande kännedom om det som kopieras. Sacco (AJCL 1991a, 3) konstaterar kallt: ”Indeed, sometimes law makers have borrowed a rule or institution expecting that they would learn to apply it appropriately later on.” Se Mikkola (1999, 39–41) om att utnyttja komparativ rätt vid lagberedning. Klami (1997, 9) noterar problemen med transplant genom att konstatera att ”[m]ore often than not, adopted from different sources, will fail, due to a lacking comparative analysis that does not pay attention to the basics behind legal norms (the institutional and socioeconomic background).”

¹¹⁸ Markesinis 1997, 43.

¹¹⁹ Watson 1993, 27.

riterar” systemet runtomkring det och därmed åstadkommer förändringar som kan sprida sig långt inom rättssystemet.¹²⁰ Samtidigt ändras även transplanten; den slipas mot systemet och smälter till sist ofta in i det. Men transplanter kommer också till genom att någon missförstår eller tolkar en norm eller ett institut felaktigt. Resultatet är att en ny norm bildas.

De ändringar som gjordes i de finska bestämmelserna om rättegången i hovrätten är intressanta ur den här synvinkeln eftersom de består av ”lån” eller imitationer från olika system.¹²¹ Rättegången i Finland har traditionellt följt samma mönster som i Sverige, men införandet av den så kallade sällningen innebar att man tog modell från Norge och i viss mån Tyskland. Detta i sin tur betydde att man tog in ”främmande” material. Inom ramarna för den här undersökningen blir frågan hur sällningen har behållit sin funktion eller om den har tappat den helt och hållet på grund av överflyttningen. Sällningen var kanske redan från början dömd att misslyckas som transplant.

¹²⁰ Teubner (MLR 1998, 12) introducerade konceptet med ”irritanter.” Se även Mikkola 1999, 81 ff.

¹²¹ Se Sacco AJCL 1991a, 3–4 och AJCL 1991b, 398–399.

3 Folkrättsliga och författningsrättsliga ramar

3.1 ALLMÄNT OM BEGRÄNSNINGARNA FÖR LAGSTIFTAREN

I såväl grundlagen som i internationella konventioner som Finland förbundit sig vid finns bestämmelser som binder lagstiftaren i utformningen av tillgången till och rättegången i den andra instansen. Kännetecknande för dessa normer är att de för Finlands del blivit inkorporerade relativt sent, först under 1990-talet i samband med reformen av grundlagen och i samband med att Finland ratificerade den Europeiska mänskorättskonventionen. Dessa bestämmelser såväl begränsar lagstiftarens valmöjligheter som tvingar lagstiftaren att vidta åtgärder för att garantera medborgarna tillgången till en rättvis rättegång.¹ Bestämmelserna om den andra instansen är på många sätt mera problematiska än bestämmelserna om den första instansen, eftersom de inte är lika detaljerade.

Eftersom tolkningen av den internationella konventionen skiljer sig från tolkningen av nationell rätt är det skäl att noggrannare analysera innehållet i såväl den internationella konventionen som andra folkrättsliga instrument. En granskning av vår grundlag i ljuset av de internationella konventionerna ger en bild av de ramar inom vilka lagstiftaren måste röra sig. I stort sett är dock innehållet i grundlagen och konventionerna lika, även om vår grundlag p.g.a. att den varit i kraft en kort tid inte har en lika detaljerad praxis.²

3.2 FOLKRÄTTSLIGA INSTRUMENT

3.2.1 Mänskorättskonventionerna

Globalt sett är den viktigaste konventionen som styr den nationella lagstiftarens möjligheter att besluta om tillgången till och utformningen av en rättegång För-
enta Nationernas konvention³ om medborgerliga och politiska rättigheter (MP-konventionen) från år 1966. Artikel 14 (1) i konventionen lyder:

¹ Se Ervo 2005, 43 om mänskorättskonventionerna i domstolspraxis.

² Ervo 2005, 47–48.

³ Enligt artikel 10 i den allmänna förklaringen om mänskliga rättigheter från år 1948 är envar ”under full likställdhet berättigad till rättvis och offentlig rannsaking inför oavhängig och opartisk domstol vid fastställandet av såväl hans rättigheter och skyldigheter som varje anklagelse mot honom om brott”.

Alla skall vara lika inför domstolarna. Envar skall, när det gäller att pröva ... hans rättigheter och skyldigheter i tvistemål, vara berättigad till opartisk och offentlig rättegång inför en behörig, oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag.

På europeisk nivå har dock den Europeiska mänskorättskonventionen (EMRK) från år 1950 en större betydelse i praktiken.⁴ Dess motsvarande artikel 6 (1) lyder:

Envar skall vara berättigad till en rättvis och offentlig rättegång inom en skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag, när det gäller att pröva hans rättigheter och skyldigheter ...

Eftersom EMRD använder den engelska och den franska ursprungsversionen av konventionen utgår man alltid från någon av dessa (i vissa fall t.o.m. båda) då man tolkar konventionen. Därför citerar jag den första meningen i artikel 6 (1) i EMRK.

In the determination of his civil rights and obligations..., everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

Jag använder i första hand den engelskspråkiga versionen av konventionen eftersom EMRD ofta utgår från den. Domstolens avgöranden sätts upp antingen på engelska eller franska.

Den Europeiska mänskorättsdomstolens (EMRD) rättspraxis är en mycket viktig källa för tolkningen av konventionen och inverkar i hög grad på den prövningsmarginal den nationella lagstiftaren har. Därför koncentrerar jag mig i den här avhandlingen uteslutande på den Europeiska mänskorättskonventionen och tolkningen av den.⁵ Orsaken till att EMRK fått en så stor betydelse är att enskilda medborgare har en effektiv möjlighet att klaga till mänskorättsdomstolen enligt art. 34 om de anser att de rättigheter de har enligt konventionen har blivit kränkta.⁶ Domstolen är enligt art. 32 (1) behörig att avgöra alla frågor som rör tolkningen och tillämpningen av konventionen och dess tilläggsprotokoll.

Tack vare mänskorättsdomstolens aktiva verksamhet finns det mycket rättspraxis om tolkningen och tillämpningen av EMRK. Domstolen har gått ut för

⁴ Se Møse 2002 om skillnaden mellan dessa två bestämmelser. Se även Hallberg 1999, 653–654.

⁵ Förutom dessa två konventioner finns även Förenta Nationernas deklaration om de mänskliga rättigheterna och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Se Ervo 2005, 1–11.

⁶ Se närmare Bårdsen 1999, om de förutsättningar som måste uppfyllas för att domstolen ska handlägga ett klagomål gjort av en enskild medborgare.

att aktivt utveckla tolkningen av konventionen. Ibland har den t.o.m. beskyllts för att gå alltför långt i sin tolkning.⁷ Jag går inte närmare in på tolkningen av konventionen eftersom det skrivits en uppsjö av litteratur om ämnet.⁸ Även om Wien-konventionen om tolkning av folkrättsliga avtal från 23.5.1969 inte gäller fullt ut vid tolkningen av EMRK, utgör den trots allt en utgångspunkt.⁹ Utgångspunkten för tolkningen av konventionen är alltså ordalydelsen, syftet och sammanhanget.¹⁰

Samtidigt har EMRD utvecklat egna tolkningsprinciper, med vilkas stöd den har kunnat utvidga sin tolkning av konventionen. Av dessa har framförallt doktrinerna om dynamisk eller evolutiv tolkning och om autonoma begrepp varit betydelsefulla vid utvecklingen av tolkningen.¹¹ Domstolen beaktar den utveckling som skett i samhället efter det att konventionen ingicks. Därmed kan t.ex. synen på vad som bör anses vara en *fair trial* ha ändrats med åren. På motsvarande sätt tolkas konventionsbestämmelserna som självständiga begrepp utan hänsyn till hur de används inom den nationella rätten. Således har begreppet *civil rights and obligations* i art 6 (1) tolkats oberoende av deras innebörd i den nationella lagstiftningen.¹²

Mänskorättsdomstolen använder sig av metoder och prejudikatideologi¹³ som liknar den som används inom *common law*.¹⁴ Domstolen utvecklar rätten främst på basis av tidigare avgöranden, men gör inte någon skillnad mellan *ra-*

⁷ Se t.ex. Matscher 1993, 69–70.

⁸ Se t.ex. Aall 1995, 10 ff.; Matscher 1993; Golsong 1993; Ost 1992; Delmas-Marty 1992; Danelius 2002, 46–60; Pellonpää 2005, 208 ff.; van Dijk – van Hoof 1998, 71–95; Merrills 1993, 69 ff.; Ovey – White 2002, 27–41; och Harris – O’Boyle – Warbrick 1995, 5–19; Uoti 2004.

⁹ Se närmare om EMRD och Wien-konventionen, Ovey – White 2002, 27–29; Elgesem LoR 2003, 207; och Aall 1995, 10 ff. Se Sinclair 1984, 110 och 120, om Wien-konventionen. I fallet Soering mot Storbritannien (st. 87) konstaterade domstolen att ”[i]n interpreting the Convention regard must be had to its special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms. Thus, the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective. In addition, any interpretation of the rights and freedoms guaranteed has to be consistent with ‘the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society’”.

¹⁰ Matscher 1993, 65–66 och Bårdson 1998, 14. Se Aall (1995, 23–24) om hur EMRD tagit hjälp av förtalet då den tolkat art. 6 (1).

¹¹ Matscher 1993, 68–73. I målet Wernhoff (st. 8) konstaterade EMRD att konventionens ändamål är ett viktigt tolkningsargument. Även om EMRD blivit anklagad för alltför vittgående tolkningar har den konstaterat i målen Sigurdur A. Sigurdjonsson mot Island, st. 33 och Young, James och Webster mot Storbritannien, st. 51–52 att det inte går att tolkningsvägen föra in helt nya rättigheter i konventionen.

¹² Se t.ex. Danelius 2002, 56. Se även målet Ringeisen mot Österrike, st. 94–97, som gällde tolkningen av begreppen *civil rights and obligations* och *independent and impartial tribunal*. Se Ervo 2005, 20 om den europeiska standarden som tillämpas.

¹³ Se Siltala 2000, passim.

¹⁴ Se Viljanen 2003, 49–57.

tio decidendi och *obiter dicta* på samma sätt som i *common law*.¹⁵ Ibland kan dock domstolen frånga den tidigare rättspraxisen.¹⁶ Ofta kan det dock vara ganska svårt att hitta något klar linje eller abstrahera fram en entydig norm ur domstolens avgöranden. Tvärtom avgör den målen som enskilda fall, varpå slutsatsen har endast en begränsad allmängiltig tillämpning. Likaså är det bra att komma ihåg att tolkningarna av konventionen ofta utgör en miniminivå som ska uppfyllas, inte en maximinivå.

3.2.2 EMRK och den andra instansen

Artikel 6 (1), såväl ensam som i anslutning till artikel 6 (2) och 6 (3),¹⁷ utgör en av de artiklar som återopats flest gånger i EMRD. Av den här orsaken finns det gott om såväl praxis som litteratur om tolkningen av bestämmelsen. Därför anser jag att det inte är nödvändigt att gå in på tolkningen av artikeln i det här sammanhanget.¹⁸ Majoriteten av praxisen har handlat om straffrättsliga mål eller om mål som i Finland skulle klassas främst som förvaltningsrättsliga, vilket gör att långtifrån alla slutsatser domstolen kommit till gäller vanliga tvistemål.

De frågor som är centrala för den här avhandlingens del är hur tillgången till den andra instansen kan begränsas enligt konventionen och till vilken del artikel 6 (1) gäller rättegången i tvistemål i den andra instansen.

Till skillnad från MP-konventionens art. 14 (5) har tillgången till den andra instansen inte reglerats i EMRK överhuvudtaget. Enligt MP-konventionen ska den som dömts för ett brott ha en lagstadgad rätt att överklaga. För EMRK:s del finns motsvarande bestämmelse i art. 2 i det sjunde tilläggsprotokollet från år 1984. I tilläggsprotokollet finns även en bestämmelse om att begränsa tillgången till den andra instansen. Tilläggsprotokollets andra artikel lyder:

1. Everyone convicted of a criminal offence by a tribunal shall have the right to have his conviction or sentence reviewed by a higher tribunal. The exercise of this right, including the grounds on which it may be exercised shall be governed by law.

2. This right may be subject to exceptions in regard to offences of minor character, as prescribed by law, or in cases which the person concerned was tried in the first instance by the highest tribunal or was convicted following an appeal against acquittal.

¹⁵ Harris – O’Boyle – Warbrick 1995, 18.

¹⁶ Elgesem LoR 2003, 212.

¹⁷ Artiklarna 6(2) och 6(3) gäller till ordalydelsen endast straffprocessen, men domstolen har i målet Airey mot Irland konstaterat att de i vissa fall kan tillämpas analogt även i tvistemål. Se t.ex. Pellonpää 2005, 324 och Harris – O’Boyle 1995, 202, om frågor som gäller art. 6(3) i tvistemål.

¹⁸ Se bl.a. Aall 1995 om tolkningen av artikel 6. Se även Pellonpää 2005, 328 ff; och Danelius 2002, 130–232.

Problemet är att den här bestämmelsen endast gäller brottmål. Följaktligen har medlemsländerna inte någon förpliktelse att tillåta medborgarna att överklaga domar givna i tvistemål. Mänskorättsdomstolen har uttalat sig om förhållandet mellan civil- och straffprocess i målet *Dombo Beheer* enligt följande: medlemsstaten har ”a greater latitude when dealing with civil cases concerning civil rights and obligations than they have when dealing with criminal cases.”¹⁹ Därmed verkar det som om lagstiftaren skulle ha ganska fria gränser. Eftersom man i straffprocessen fäster mycket vikt vid den åtalades rättigheter kan man utgå från att de tilltalade utgör den kategori av delaktiga i processer som har de bästa rättigheterna. Då dessa rättigheter riktar sig mot domstolsorganisationen, d. v.s. hur domstolssystemet administreras, kan man utgå från att man kan göra en analogislutsats. Om rättigheterna i första hand hade riktat sig mot de övriga delaktiga skulle man inte ha kunnat dra motsvarande slutsatser. I straffprocessen är ju de delaktigas rättigheter mycket asymmetriska medan de i civilprocessen är symmetriska. Därför står det helt klart att tillgången till den andra instansen kan begränsas i små brottmål.

Enligt EMRD gäller kravet på *fair and public hearing* i art. 6 (1) även i den andra instansen, dock med begränsningen att överrättsförfarandets specialiteter måste beaktas.²⁰ Det här betyder t.ex. att man måste beakta sådana faktorer som domstolens kompetens att avgöra sakfrågor och domstolens rätt att begränsa förfarandet till vissa enskilda aspekter. Om förfarandet i överrätten inte gäller själva substansen i målet, utan t.ex. förfarandet i underrätten, tillämpas inte art. 6.²¹

Några exakta gränser om hur art. 6 (1) ska tillämpas på förfarandet i en överrätt finns däremot inte.²² Det är viktigt att känna till domstolens praxis i fråga om hur mål bör handläggas i underrätten, eftersom kriterierna för handläggningen i underrätten utgör utgångspunkten även för bedömningen av handläggningen i överrätterna. Sedan bör man jämföra hur överrättsförfarandet skiljer sig från underrättsförfarandet och bedöma i vilken mån det är påkallat att tillämpa de enskilda kriterierna var för sig och tillsammans. I målet *Monnell och Morris* blev det klart att artikel 6 är tillämplig även i sådana förfaranden där domstolen tar ställning till om prövningstillstånd bör meddelas. Det beror på förfarandets art (*nature*) och på förfarandets ställning i rättegångsförfarandet som helhet. Vidare konstaterade EMRD att:

On an application for leave to appeal, the Court of Appeal does not re-hear the case on the facts, and no witnesses are called, even though the grounds of appeal involve questions of fact as opposed to questions of law alone. The issue for decision in such proceedings is whether the applicant has demonstra-

¹⁹ *Dombo Beheer mot Nederländerna*, st. 32.

²⁰ *Delcourt mot Belgien*, st. 25–26.

²¹ *Sramek mot Österrike*, st. 35

²² *van Dijk – van Hoof*, s. 421–422.

ted the existence of arguable grounds which would justify hearing an appeal. If the grounds pleaded are in law legitimate grounds for appeal and if they merit further argument or consideration, leave will be given; if one or other of these conditions is lacking, leave will be refused.

... The limited nature of the subsequent issue of the grant or refusal of leave to appeal did not in itself call for oral argument at a public hearing or the personal appearance of the two men before the Court of Appeal.²³

Följaktligen måste varje rättssystem i vilket tillgången till den andra instansen begränsas analyseras skilt som helhet. Därtill måste tillämpningen av systemet och systemets detaljer stå i samklang med konventionen. De saker som ska beaktas då man avgör om handläggningen i den andra instansen uppfyller konventionens krav är hurdant instanssystemet är, vilken den andra instansens kompetens att handlägga målet är och hur den enskilda individens intressen har blivit tillvaratagna i den enskilda saken.²⁴ I ett system som vårt där den andra instansen har full rätt att pröva både rättsfrågor och sakfrågor är det viktigt att ta ställning till om domstolen kan ha ett tillräckligt bra underlag för sitt avgörande utan en muntlig förhandling och hurdan handläggningen av målet i den första instansen var.²⁵

I Finland har den här aspekten av mänskörättskonventionen varit föremål för diskussion främst i samband med frågan om muntliga förhandlingar i hovrätterna.²⁶ Däremot har analysen av grunderna för att tillåta en viss begränsning varit mycket mindre. Jag diskuterar inte i det här sammanhanget de enskilda kraven som art. 6 (1) ställer, utan tar upp dem i diskussionen kring processrättsliga principer.

3.2.3 Rekommendationen om appellförfarande i tvistemål

Europeiska rådets ministerkommitté har rätt att utfärda rekommendationer som dock inte är bindande för medlemsländerna. Rådet har givit flera rekommendationer som gäller rättegången i allmänhet, tillgången till domstolarna och de civilprocessrättsliga principerna. År 1995 gav den en rekommendation om rättegången i högre instanser i tvistemål (rekommendation No R (95) 5). Ministerkommittén hade noterat bl.a. följande problem i medlemsländerna:

²³ Monnell och Morris, st. 57–58.

²⁴ Møse 2002, 320.

²⁵ EMRD granskar rättegången som helhet då den avgör om domstolsförfarandet stridit mot konventionen. Det här betyder att många smärre fel kan leda till att förfarandet anses strida mot kravet på fair trial men ett fel kan korrigeras genom att förfarandet i övrigt är sakligt. Se t.ex. Barberá, Messequé och Jabardo mot Spanien och Stanford mot Storbritannien.

²⁶ Se t.ex. KB 2001:10, 29–34; RP 91/2002, 14–20; och Kohonen DL 2000, 879–883.

1. Delays during legal proceedings and a backlog of cases are two problems faced by a number of member states.
6. The second cause of congestion is procedural. This is due to the fact that ineffective or inadequate procedures remain in force, although they were conceived for another society. The abuse by parties of the appeal procedures and delaying tactics also cause unjustified delay in the proceedings.
7. Shortage of staff, the growing complexity and internationalisation of cases are further elements which hamper the effective functioning of the courts.
17. [The recommendation] contains the main principle that there should be a right to judicial control not only in criminal cases and that any exception to this principle should be founded in the law.

Minsterkommittén fäste främst uppmärksamhet vid att det ofta tar mycket länge innan avgörandet i ett mål blir slutligt på grund av att handläggningen av målet tar en så lång tid i anspråk i de högre instanserna.

Enligt rekommendationens art. 1 (a) ska det i princip vara möjligt att överklaga en dom given av den första instansen. Enligt 1 (b) är det dock fullständigt på sin plats att göra undantag från huvudregeln om undantagen baserar sig på lag och står i samklang med de allmänna rättsprinciperna. I fråga om begränsningar konstaterar rådet att²⁷:

the recommendation does not give an absolute right to control by a higher court... It is for domestic law to determine the cases where the exercise of a right to appeal should be limited, either by excluding altogether some cases from judicial control or by limiting this control to certain aspects of the case... Any such exceptions to the general rule must, however, be... consistent with general principles of justice...

To avoid appeals which have little chance of success, domestic law could also establish a filter system, such as a prior control by the first or the second court to decide whether or not to grant leave to appeal...

Eftersom många av rekommendationerna, såsom en strikt preklusion av såväl nya yrkanden, omständigheter som bevis, redan tagits i bruk i Finland diskuteras jag dem inte. De utgör redan en naturlig del av vårt rättssystem.

Enligt art. 3 är det möjligt att begränsa rätten att överklaga t.ex. så att vissa kategorier av mål, såsom småmål, lämnas utanför systemet, eller genom att införa krav på prövningstillstånd. Med prövningstillstånd (*leave to appeal*) avses att antingen vissa eller alla mål berörs av en spärr där den andra instansen ger tillstånd att överklaga. Ansökningarna om prövningstillstånd kan då behandlas skriftligt av en domare eller av mindre grupp domare. Om domstolen inte anser att det finns några grunder för att anse att de i lagen fyllda förutsättningarna

²⁷ Explanatory Memorandum, st. 21 och 23.

uppfylls får den förkasta eller avvisa målet. Underrätten kan också vara den instans som beviljar prövningstillstånd.²⁸

Enligt den fjärde artikeln bör medlemsstaterna vidta vissa åtgärder för att hindra att rättsmedlen missbrukas. Till dessa åtgärder hör punkt b:

”allowing the second court to dismiss in a simplified manner, for example without informing the other party, any appeal which appears to the second court to be manifestly ill-founded, unreasonable or vexatious; in these cases appropriate sanctions such as fines may be provided for.”

Ur Explanatory Memorandum framgår dock att man främst avser sådana situationer där en part medvetet försöker utnyttja alla möjligheter att förlänga rättegången. De exempel som listas upp är bland annat att en part upprepade gånger byter ombud, vill förlänga frister, vägrar visa upp dokument o.s.v.²⁹ Därmed verkar det som om man inte skulle avse situationer där en part har ett ”utsiktslöst” mål, men inte inser det själva, och spelar ”fair play” i övrigt.

Vidare är det meningen att ett eventuellt prövningstillstånd ska kunna begränsas t.ex. till rättsfrågor och att huvudförhandlingen ska kunna begränsas till de frågor parterna tvistar om. I övrigt rekommenderas också att en domare ska kunna avgöra vissa frågor ensam och att den muntliga huvudförhandlingen bör fokusera på det väsentliga.³⁰

Allt som allt utgör rekommendationen en klar indikation på att de flesta europeiska länder kämpar med samma problem. Av de rekommenderade åtgärderna ingick de flesta i bestämmelserna om det reformerade hovrättsförfarandet som trädde ikraft i maj 1998. Ur den här avhandlingens synvinkel är det centrala att utgångspunkten innebär en rätt att överklaga, men att denna rätt kan begränsas så länge begränsningarna inte strider mot civilprocessens grundpelare.

3.3 DEN FINSKA GRUNDLAGEN

Då bestämmelserna om de grundläggande rättigheterna reformerades år 1995 infördes en bestämmelse om medborgarnas rätt att få sin sak behandlad inför domstol (RF 16 §). Då den nya grundlagen trädde ikraft 1.3.2000 intogs bestämmelsen i samma ordalydelse i § 21. Bestämmelsens lyder:

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 rättskipningsorgan.

²⁸ Explanatory Memorandum, st. 31–33.

²⁹ Explanatory Memorandum, st. 37.

³⁰ Artikel 6 och Explanatory Memorandum, st. 47 ff.

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 här bestämmelsen har tolkats så att första momentet ger uttryck för medborgarnas rätt att få tillgång till en rättvis domstolsbehandling i ärenden som gäller deras rättigheter och skyldigheter. I det första momentet uppställs alltså ett krav på tillgång till domstol och krav på domstolen och domstolsförfarandet.³¹ Det här momentet stipulerar med andra ord hurdan domstolsförfarandet bör vara. Bestämmelsen är formulerad på ett liknande sätt som motsvarande bestämmelser i mänskörättskonventionerna. Därför ger den i första hand uttryck för centrala rättsprinciper. Det första momentet ger därmed uttryck för de krav som ställs på domstolsförfarandet i hovrätten. Det andra momentet är en förteckning över exempel på institutioner som garanterar rättsskyddet. I momentet uppräknas sådana element i domstolsförfarandet som främjar medborgarnas tillgång till verkligt rättsskydd. Det är viktigt att observera att de listade kriterierna endast är exempel och att uppräknningen därmed inte är uttömmande.³²

I det andra momentet finns en bestämmelse om rätten att överklaga domstolsavgöranden. Problemet är att veta hurdana ingrepp i rätten att överklaga man kan göra på lagnivå utan att bryta mot grundlagen. Enligt regeringens proposition ”hindrar stadgandet inte att man genom lag stadgar om smärre undantag t.ex. från rättegångars offentlighet under förutsättningen att undantagen i fråga inte ändrar offentlighetens ställning som huvudregel eller att de i enskilda fall riskerar individens rättighet till rättvis rättegång.”³³ Problemet är frågan om hur mycket man kan begränsa rätten att överklaga domar innan man krockar med bestämmelsen i grundlagen.³⁴ Förarbetena ger inte särskilt mycket ledning på den här punkten, vilket ger lagstiftaren möjligheter att pröva på olika alternativ.

³¹ Hallberg 1999, 655 ff.

³² Hallberg 1999, 661 ff.

³³ RP 309/1993, 78–79.

³⁴ Ervo (2005, 126) menar att den tidigare nivån kunde utgöra en måttstock.

4 Hovrättsväsendets historia i Finland

4.1 ALLMÄNT

I diskussionen om begränsningen av tillgången till den andra instansen har hänvisningar till den finska rättskulturen eller rättstraditionen använts med jämna mellanrum. Om vi granskar hovrättsväsendets historia närmare märker vi att vår uppfattning om det finska domstolsväsendet inte alltid motsvarar verkligheten. Genom att studera hovrättsväsendets historia kan man även få en inblick i vilka problem hovrätterna kämpat med och hur man försökt lösa dessa problem under årens lopp. Det faktum att Finland var en del av Sverige fram till år 1809 innebär att de finska hovrätternas historia fram till dess sammanfaller med utvecklingen av de svenska hovrätterna.¹

4.2 HOVRÄTTERNA INNAN SJÄLVSTÄNDIGHETEN

4.2.1 Svea hovrätt grundas

Hovrättsväsendets historia har sin början i samhällsutvecklingen i slutet av medeltiden och början av nya tiden. Fram till dess hade konflikter lösts enligt sedvanerättsliga normer eller enligt bestämmelserna i landskapslagarna. Kungen hade lite makt över konfliktlösningen. Efter att Sverige enats och kungens makt stärkts under Gustav Vasas tid väcktes intresset för en fast instansordning och ordinära, devolutiva rättsmedel.² Ännu under 1500-talet fanns inga egentliga rättsmedel, utan avgöranden kunde angripas med vad, d.v.s. att man slog vad med domaren eller nämnden om avgörandets riktighet.³ Parterna angrep alltså inte själva avgörandet, utan domaren. Under senmedeltiden var det också möjligt att klaga till kungen om domaren, men det var inte fråga om något ordinarie rättsmedel. Förfarandet att hänskjuta mål till kungen innebar med tiden en

¹ Jag använder termen Sverige, trots att man i Finland ofta använder termen Sverige–Finland. Sistnämnda term är en anakronism eftersom Finland inte på något sätt utgjorde en separat enhet under tiden före 1809.

² Den kanoniska rätten hade ett mycket mera utvecklat rättssystem, därtill var rättssystemet och förvaltningen centralstyrda och hanterades av tjänstemän. Därför hade den katolska kyrkan även ett avsevärt mera utvecklat domstolsväsende (se Brundage 1995, 120 ff.). Se Letto-Vanamo 1995, 82 ff. om den kanoniska rättens betydelse för Finlands del.

³ Inger 1996, 56.

allt tyngre börda eftersom samhället blev allt mer komplicerat. Detta blev mycket tydligt för kung Karl XI då han år 1609 företog sin Eriksgata.⁴

Samtidigt hade såväl inflytandet av utländsk, främst tysk-romersk, rätt ökat i och med att det fanns allt fler personer som hade studerat på universitet.⁵ I det tysk-romerska riket grundades år 1495 en högsta domstol, d.v.s. *Reichskammergericht*.⁶ Den här domstolen fick fungera som en modell för det svenska riket, då man under 1500-talet gjorde flera försök att grunda en högsta domstol.⁷

År 1614 grundade Gustav II Adolf Svea hovrätt som en permanent och fast hovrätt i Stockholm genom en rättegångsordinantia (Konung Gustaf Adolfs Rättegångs Ordinantie). Orsakerna till att hovrätten i Stockholm grundades år 1614 var flera,⁸ men tre av dessa är av betydelse fortfarande i dag. För det första behövdes ett domstolsväsende med en instansordning som möjliggjorde en kontroll och styrning av underrätterna. Framför allt ville kungen genom hovrätten förenhetliga och förnya rättsanvändningen i riket och därmed befästa kungens makt. Kontrollen skedde på två sätt; dels kunde parterna vädja till hovrätten i både tviste- och straffmål, samt besvara sig om rättegångsfrågor, dels skulle brottmål underställas hovrätten, vilket betydde att hovrätten granskade tingsrättens protokoll.⁹ Styrningsfunktionen betydde att man kunde utveckla rätten vidare.

Dittills fungerade domstolarna främst som medlingsorgan eller organ som endast uttalade sig om rättsfrågor, och de sammanträdde relativt sällan.¹⁰ Svea hovrätt var däremot uttryckligen en permanent domstol. Därtill insåg man att det behövdes ett för medborgarna tillgängligt domstolsväsende på lokalnivå där. Ifall någondera parten inte var nöjd med underrättens avgörande kunde hon eller han överklaga till en högre instans. Dittills hade ju undersåtarna ofta besvärat sig direkt inför kungen, som ofta avgjorde målet summariskt på basis av den ena partens framläggande, vilket ofta ledde till avgöranden där varken materiell eller processuell rättvisa uppnåddes.¹¹ Samtidigt ansåg man att det är viktigt att kunna rätta till en felaktig underrättsdom.¹²

För det tredje innebar instansordningen att den främsta kunskapen kunde koncentreras till en domstol. Hovrätten bestod av en president, en vice president och assessorer, d.v.s. ledamöter, som antingen var adliga eller lärda. En del av

⁴ Petrén 1964, 8–9.

⁵ Letto-Vanamo 1991, 31–32. Särskilt latinet var ett viktigt språk i Sverige på 1600-talet (Mattila JFT 2000, 276).

⁶ Pihlajamäki 2002, 40.

⁷ Inger 1996, 111.

⁸ Hovrätten var första instans i vissa svåra mål och *forum privilegionis* för adeln.

⁹ Inger 1996, 112 och Thunander 1993, 11–12.

¹⁰ Inger 1996, 50–51.

¹¹ Petrén 1964, 9. Den här typen av problem fortsatte även efter att Svea hovrätt grundats.

¹² Petrén 1964, 17.

hovrättens personal var alltså lärda personer, vilket betyder att den utbildade domarkåren har sitt ursprung här.¹³

Svea hovrätt hade ursprungligen fyra funktioner; den fungerade som en högre instans; som första instans i vissa grova brottmål; som *forum privilegiatum* för adelsmän i vissa typer av mål som var viktiga för adelns intressen; och som första instans i mål som gällde brott begångna av ämbets- och tjänstemän. Av dessa finns i dag alla funktioner utom den tredje kvar, sedan adelns privilegier framtogs dem under 1800-talet. Vissa grova brottmål som riktar sig mot staten handläggs ju fortfarande i första instans av hovrätterna, och vissa typer av tjänstebrott, särskilt sådana begångna av domare, kan ofta med fördel handläggas i en högre instans, där antalet domare i målet är större.

Eftersom domarna i hovrätten var utbildade eller adliga kunde högre krav ställas på förfarandet än i underrätterna där vanliga undersåtar deltog i handläggningen av målen.¹⁴ Enligt reglerna om hovrättsprocessen från år 1615 skulle yrkandena och bevisen framställas även skriftligt till hovrätten, och skriften skulle göras upp enligt strikta regler. Om man inte var läs- och skrivkunnig måste man alltså anlita ett ombud för att kunna överklaga.¹⁵

Grundandet av Svea hovrätt innebar ett stort steg i riktning mot ett allt mer normativt och centraliserat, och därmed även byråkratiskt domstolsväsende med yrkesdomare.¹⁶ I början av 1600-talet blev Sverige en verklig stormakt och många områden i Baltikum där den tyska hansans inflytande hade varit stort införlivades i Sverige. Där var man misstänksamt inställd till den svenska rättegången och lagstiftningen, varför det var viktigt att utveckla och förstärka Svea hovrätt så att handelsmännen i de baltiska städerna skulle få tillit till hovrätten.¹⁷

I samband med hovrättsreformen blev vad ett rättsmedel som inte var riktad mot domaren. Ett avgörande kunde angripas på två olika sätt; antingen genom vad, varmed själva avgörandet överklagades, eller genom besvär, om det var fråga om ett rättegångsfel.¹⁸ I stället för att angripa domaren angrep man avgörandet. Ett ur dagens synvinkel sett mycket intressant drag i hovrättsprocessen i tvistemål var *summa appellabilis*, som innebar att värdet på det föremål tvisten gällde måste överstiga 50 daler. På det här sättet ville man förhindra att hovrättens arbetsbörda skulle bli alltför stor och att parterna skulle fortsätta rättegången i mål där rättegångskostnaderna kunde överskrida tvisteföremålets värde. Risker var stor särskilt i mindre mål eftersom det i vissa fall fanns två instanser

¹³ Almquist 1961, 17.

¹⁴ Trots att domartjänsterna på underrättsnivå givits till adeln deltog dessa sällan i det praktiska arbetet, utan utsåg andra personer som hade i uppgift att i praktiken sköta uppgiften.

¹⁵ Letto-Vanamo 1989, 231–232.

¹⁶ Pihlajamäki 2002, 40.

¹⁷ Petré 1964, 13–15.

¹⁸ Inger 1996, 118 och Almquist 1961, 52.

på underrättsnivån. Därtill fordrades att den som överklagade skulle ställa borgen för de kostnader förfarandet kunde medföra.¹⁹ Här uppkommer alltså samma frågeställningar som i dag om hovrätternas arbetsbörda och ”onödiga” mål i hovrätterna.

Ytterligare ett intressant drag är att Svea hovrätt fram till år 1686 dömde alla mål *in pleno*, men därefter indelades den i två divisioner, som kunde döma i olika sammansättningar beroende på målets art.²⁰ Redan i det här skedet stöter vi på samma inkonsekvens som vi fortfarande har i det finska domstolsväsendet; nämligen att allmogen deltar i underrättsprocessen men inte i överrättsprocessen.

Svea hovrätts ställning som en eventuell högsta instans förändrades mycket snabbt. Redan år 1615 blev Svea hovrätt en mellaninstans eftersom det blev möjligt att bli benådad av kungen genom *beneficium revisionis*. *Beneficium revisionis* var inte ett ordinärt rättsmedel, men i praktiken ledde det till att Svea hovrätt inte längre var den högsta instansen. Senare utvecklades institutet till justitierevisionen, som alltså var den högsta domstolen i riket.²¹ Under hela 1600-talet pågick en maktkamp mellan Svea hovrätts ledamöter och kungen om domstolens ställning och makt.

4.2.2 Nya hovrätter grundas

Ursprungligen var det tänkt att Svea hovrätt enligt tysk modell skulle vara överordnad i förhållande till de hovrätter som skulle inrättas i hertigdömena. I praktiken började man dock inrätta nya hovrätter som var likställda med Svea hovrätt. Ett hovrättsväsende där flera hovrätter fungerar på samma nivå uppstod i och med att hovrätten i Åbo grundades år 1623. Den största orsaken till att Åbo hovrätt grundades var att det var mycket svårt för Svea hovrätt att från Stockholm reglera och övervaka domstolarna på andra sidan havet, alltså på den östra rikshalvan.²² Gustav II Adolf gav en av sina främsta tjänstemän i uppgift att grunda Åbo hovrätt, som skulle ha samma status som hovrätten i Stockholm. Inrättandet av Åbo hovrätt innebar att Svea hovrätt blev en av flera hovrätter utan någon märkbar särställning. Samtidigt innebar det att hovrätterna kunde utöva en effektivare kontroll och ha ett större inflytande på underrätterna, eftersom en relativ fysisk närhet är en viktig förutsättning för att styrningen ska lyckas.

Eftersom Sverige blivit en stormakt under början av 1600-talet blev det aktuellt att grunda flera hovrätter på den östra sidan om Östersjön. Därför grundades den livländska hovrätten i Dorpat 1630. Hovrätten i Dorpat skilde sig i

¹⁹ Almquist 1961, 53.

²⁰ Inger 1996, 116.

²¹ Inger 1996, 113.

²² Melander (1936, 6–8) ger exempel på sådana fall där Svea hovrätt misslyckats med kontrollen av finska domstolar.

mycket hög grad från de övriga hovrätterna i och med att förhållandena i Livland skilde sig starkt från dem i det övriga riket.²³ I samband med regeringsformen år 1634 grundades den fjärde hovrätten – Göta hovrätt – som skulle vara verksam i Jönköping. I regeringsformen angavs som orsak till att fyra hovrätter, Svea, Åbo, Dorpat och Göta,²⁴ behövdes att Sverige var så stort att undersåtarna inte skulle ”utan hinder och möda söka rätten” och hade därmed varit tvugna lida orätt.²⁵

Samtidigt bestämdes vilka delar av landet som lydde under de olika hovrätterna och om hovrätternas sammansättning, alltså antalet tjänster av olika art vid respektive hovrätt. Trots att man i samband med att Göta hovrätt grundades betonade att medborgarna nu skulle få möjlighet att förverkliga sina i lagen stadgade rättigheter, var det inte fråga om någon modern *access to justice* -ideologi. Tvärtom kan man säga att det starkaste motivet var att stärka centralmaktens ställning i riket och att förenhetliga lagskipningen. Hovrätternas funktion var att styra underrätterna genom sin rättspraxis och därmed se till att samma rättsordning tillämpades på samma sätt i hela riket. Det enda sättet att uppnå detta var att ge undersåtarna en möjlighet att överklaga. I praktiken var det fortfarande ofta kostnadsdrygt att överklaga ett mål, bland annat på grund av resekostnader och kostnader för en advokat.²⁶ Antalet mål ökade dock eftersom det tack vare de nya universiteten fanns allt fler rättegångsbiträden som studerat och därmed ville utnyttja sina kunskaper.²⁷

Under 1600-talet bildades hovrättsväsendet, som i stort sett bevarats till våra dagar. Hovrätterna utgjorde mellaninstanser vars uppgift var att kontrollera underrätterna och förenhetliga rättstillämpningen. Precis som i dag var hovrätterna regionalt spridda, med uppgift att handha ett specifikt område. I hovrätterna fattades besluten av tjänstedomare, som inte nödvändigtvis var jurister, i kollegial ordning. Redan från början var man oroad över hovrätternas arbetsbörda och över att många små mål skulle appelleras till dem. Samtidigt ville man att gemene medborgare skulle ha tillgång till hovrätterna.²⁸ Den här motstridigheten har alltså funnits redan från början.

²³ Letto-Vanamo och Pihlajamäki (Letto-Vanamo – Pihlajamäki 2002, 137) hävdar att skillnaderna var så stora att man kunde tala om en helt egen domstol.

²⁴ Efter den Westfaliska freden år 1648 löd vissa tyska provinser under svensk överhöghet, varför en ”Hofgericht” inrättades i Greifswald och en tribunal i Wismar. De här domstolarna var egentligen inte riktiga svenska hovrätter, och behandlas därför inte i detta sammanhang.

²⁵ Bendz 1935, 16. De regionalt spridda domstolarna kunde beakta lokala förhållanden, såsom språk och näringsverksamhet.

²⁶ Som ovan konstaterats var hovrättsförfarandet skriftligt, vilket betydde att parterna ofta behövde ombud. Via hovrätterna spreds den romerska rättens inflytande, varför det var en stor fördel om man kände till den. Se Letto-Vanamo 1989, 230 ff.

²⁷ Letto-Vanamo 1989, 236.

²⁸ Enligt Vepsä (2002, 32–33) är tillgång till domstol närmast en faktor med vilken man ville rättfärdiga det faktum att nya hovrätter grundades på 1600-talet, inte en orsak till att hovrätterna grundades.

4.2.3 Hovrätterna på 1700-talet

Under 1700-talet skedde utvecklingen inom domstolsväsendet betydligt långsammare än på 1600-talet. Lagen från år 1734 inverkade naturligtvis i viss mån på rättsväsendet i och med att den innebar en relativt heltäckande kodifikation av rätten. Under den här tiden blev rättegångsförfarandet allt mer skriftligt i hovrätten.²⁹ Hovrätternas ställning var befäst och centralmakten hade fått en relativt bra kontroll över en stor del av riket. Fortfarande var hovrätternas viktigaste uppgift att kontrollera tingsrätternas verksamhet och att fungera som *forum privilegiatum* för adeln, trots att man ofta framförde andra orsaker för deras existens. Dessa andra orsaker framkommer bl.a. i den urkund där Gustav III år 1775 meddelade att Vasa hovrätt skulle grundas. Enligt urkunden var den främsta orsaken att de lokala bönderna inte hade möjligheter att få tillgång till domstol på grund av långa avstånd, vilket i sin tur hade lett till att befolkningen tog rätten i egen hand med katastrofala följder. På ytan ställde man sig alltså positiv till den enskilda medborgarens behov av rättsskydd. Vid invigningsfesten följande år betonades den enskilda medborgarens rättigheter och möjligheter till rättsskydd ytterligare.³⁰

Samtidigt fanns en annan motstridig syn på hovrätternas roll. Enligt den var hovrätternas huvudsakliga roll att fungera som *forum privilegiatum* för adeln, för man ansåg att böndernas och den övriga befolkningens tvister var av så liten betydelse att de inte förtjänade en handläggning i hovrätten. En mycket intressant detalj var rättegångsbalken 29:2 i 1734-års lag, i vilken det bestämdes om missbruk av rättegång. En person som missbrukade rättegången genom att ”i onödan” överklaga till hovrätten skulle betala böter på mellan 30 och 100 daler. Om hovrätten inte ändrade underrättens avgörande skulle den part som överklagat betala böter. Summan var så stor att den säkert avskräckte många från att överklaga.³¹ Enligt 1695-års lag om rättegångar kunde både rättegångsombudet och biträdet bestraffas om besväret eller vadet var onödigt. Därtill fanns det vissa typer av mål vilka man inte kunde överklaga överhuvudtaget. Sådana mål var t.ex. tvister om dagsverken.³²

Då man beaktar dessa faktorer och det faktum att man inte kunde överklaga småmål märker man att det rådde avsevärda begränsningar av tillgången till hovrätterna. Vidare var hovrätterna mycket negativt inställda till muntliga förhandlingar; Svea hovrätt ansåg att muntliga förhandlingar kunde vara farliga, eftersom rättegångsombuden kunde försöka förneka det de tidigare skrivit eller

²⁹ Inger 1996, 156–158.

³⁰ Vepsä 2002, 9–10 och 29.

³¹ Vepsä 2002, 49.

³² Nousiainen 1993, 371–372.

sagt.³³ I underrätterna var lagskipningen fortfarande muntlig och den sköttes av lekmän. Behovet av ombud i hovrätten ledde till att kostnaderna blev höga. Behovet av ombud berodde delvis på att alla inte kunde skriva och att alla inte kunde svenska, som alltså var det enda officiella språket i riket trots att en avsevärd del av befolkningen talade något annat språk.

Ett av de största problemen under 1700-talet för de vanliga undersåtarna var dock att det var mycket kostsamt att överklaga. Detta berodde delvis på att domarna och tjänstemännen vid domstolarna försökte få ekonomisk vinning genom att uppbära olika avgifter för att dryga ut sin inkomst. Parterna måste dessutom erlægga ett visst belopp för att hovrätten skulle handlägga målet. De fattigaste kunde i vissa fall befrias från avgiften.³⁴ I och med att en allt större del av hovrättsdomarna hade studerat juridik behövdes även ett ombud som idkat liknande studier.³⁵ Under andra hälften av 1600-talet utvecklades bestämmelser om att den part som vinner ett mål har rätt att få ersättning för sina rättegångskostnader av motparten. Detta innebar att en rättegång kunde bli mycket dyr för den förlorande parten, men samtidigt att den vinnande parten fick sina kostnader ersatta.³⁶

Anhopningen av mål blev mycket snabbt ett problem i hovrätterna. Bland orsakerna kan nämnas att den naturliga befolkningstillväxten var hög och att den ekonomiska aktiviteten och det ekonomiska välståndet ökade. I samband med olika förvaltningsreformer försökte man effektivisera hovrätternas verksamhet för att råda bot på problemen med anhopning av mål vid hovrätterna. Dels utökades antalet tjänster vid hovrätterna, dels försökte man använda olika typer av andra arrangemang för att effektivisera handläggningen av målen, t.ex. genom att kräva att personalen skulle arbeta mera, effektivisera arbetsfördelningen, begränsa antalet inlagor parterna fick ge, och påverka målens turordning.³⁷ Många reformförslag förverkligades inte på grund av att de skulle ha krävt större ekonomiska satsningar på hovrättsväsendet. Även i detta hänseende fick medborgarnas intressen ge vika för kronans. Intressant är dock att man försökte lösa problemet genom tillfälliga avdelningar inom hovrätterna och genom att grunda tillfälliga domstolar.³⁸

Vi finner liknande argument i diskussionen i slutet av 1600-talet och i början av 1700-talet som används i dag. Dels betonar man gemene mans rätt att överklaga och därmed tillgången till den andra instansen och möjlighet att förverkliga sina lagstadgade rättigheter; dels vill man begränsa antalet mål i hovrätter-

³³ Nousiainen 1993, 368–369.

³⁴ Petré 1964, 30 och Nousiainen 1993, 324.

³⁵ Pihlajamäki 2002, 44–45.

³⁶ Letto-Vanamo 1989, 249 ff.

³⁷ Om Svea hovrätt se Jägerskiöld 1964, 239 ff., om Göta hovrätt se Bendz 1935, 172 ff., om Vasa hovrätt se Vepsä 2002, 80–81.

³⁸ Bendz 1935, 183–187 och Vepsä 2002, 81–82.

na enligt art. En kamp pågår mellan förespråkarna för dessa motstridiga intressen, som inte kan förverkligas samtidigt. Problemet har inte fått sin slutgiltiga lösning än i våra dagar. Problemet med höga rättegångskostnader har också hängt med sedan 1600-talet.

4.2.4 Den ryska tiden

Efter att Finland år 1809 blev en del av Ryssland införlivades områden som Ryssland erövrat av Sverige under 1700-talet till Finland. Därmed ökade antalet människor som hörde till de två existerande hovrätternas områden. Då rättsläget i de sydöstra delarna av landet var mycket oklart och de lokala bönderna var missnöjda sågs en ny hovrätt som en bra lösning.³⁹ Åbo och Vasa hovrätter ställde sig positiva till en ny hovrätt, medan prokurator Gyldenstolpe i sin utredning år 1817 ansåg att kostnaderna för att inrätta en ny hovrätt skulle vara mycket höga och att det inte fanns tillräckligt med jurister. Vidare ansåg Gyldenstolpe att argumentet om att en ny hovrätt skulle förkorta distansen till hovrätten för många undersåtar var ohållbar, på grund av att nästan alla använde ett rättegångsombud och därmed inte själva behövde resa till den ort där hovrätten fanns. Tvärtom ansåg han att om en part reste till hovrättsorten så löpte denne en stor risk att bli lurad av oärliga ombud.⁴⁰

Den största orsaken till att hovrätten i Viborg grundades var dock en konflikt mellan det ryska riket och de finska bönderna, i vilken domarna vid Åbo hovrätt tog böndernas sida. Då bestämde tsaren att en ny hovrätt skulle grundas i Viborg och att tjänstemännen vid den skulle vara personer lojala mot Ryssland.⁴¹

Under 1800-talet skedde vissa förändringar i domstolsväsendet i allmänhet. Man förenklade underrättsväsendet genom att avskaffa kämnärsrätterna och lagmansrätterna. Därmed skulle det finnas endast en underrättsinstans. Överhuvudtaget minskade vissa typer av mål i och med att den rättsliga regleringen blev noggrannare och mera omfattande. Samtidigt infördes ytterligare förbud mot att överklaga. Trots dessa åtgärder flerfaldigades antalet mål i hovrätterna under 1800-talet.⁴² Fortfarande var man alltså inte särskilt intresserad av de enskilda medborgarnas behov och rättigheter, utan närmast av statens egna intressen. Målen handlades fortfarande skriftligt, således närmast på basis av den dokumentation som uppkommit i underrätten. Eftersom 1734-års lag hade infört den legala bevis teorin var det enkelt för besvär instansen att avgöra även bevisfrågor på basis av skriftligt material.⁴³

³⁹ Kekkonen 1992, 93—94.

⁴⁰ Blomstedt 1976, 55 och Ruutu 1939, 16—17.

⁴¹ Kekkonen 1992, 96—102.

⁴² Nousiainen 1993, 438.

⁴³ Almquist 1961, 53—55.

En märkbar förändring i hovrätternas uppgifter var att adelns *forum privilegiatum* -rättigheter avskaffades år 1867. Under samma tidsperiod avskaffades adelns processuella privilegier.⁴⁴ Inom ständerna var man ense om att rättegångarna löper bäst om tjänstemännen inom domstolsväsendet har juristutbildning. Hovrätterna blev i och med dessa ändringar tydligare en andra instans, en överdomstol, som skulle handlägga mål i vilka en part överklagade underrättens avgörande och därmed övervaka underrätterna. Ständerna hade önskat ännu större förändringar inom domstolsväsendet, t.ex. att bevis skulle mottas i endast en instans, och att rättegångsförfarandet skulle vara muntligt och offentligt.⁴⁵ Under tsar Alexander II:s tid gjordes en omfattande reform av det ryska rättsväsendet för att modernisera det och göra Ryssland till ett modernt land.⁴⁶ Hovrätternas funktioner förändrades även i övrigt eftersom lagstiftningen inte förnyades nämnvärt under de första 50 åren av den ryska tiden. Först då lantdagen samlas på nytt på 1860-talet kunde större reformer av lagstiftningen äga rum. Följaktligen var hovrätterna därför tvungna att axla ett betydligt större ansvar än tidigare för att utveckla rätten genom tolkning. Detta arbete skedde med hjälp av rättsvetenskapen och innebar en förändring av hovrätternas funktioner.⁴⁷

Vid sekelskiftet kom R. A. Wrede med ett förslag om att revidera och förnya den processrättsliga lagstiftningen;⁴⁸ med förslagen avsågs att delvis eller helt och hållet ändra lagstiftningen. Ett viktigt element i den nya lagstiftningen var att genomföra en reform av rättegångsförfarandet kring principerna om muntlighet, offentlighet och lekmannadeltagande, samt att göra domstolsprocessen betydligt enklare och billigare än tidigare. Samtidigt ville man skapa ett system där det skulle finnas två typer av underrätter; målen skulle fördelas mellan dessa instanser beroende på arten av målet och målets betydelse, d.v.s. i tvistemål enligt tvisteföremålets värde. Man diskuterade frågan om rätten att framföra bevisning inför hovrätten och frågan om lekmannadeltagande i hovrätten. Hovrätternas främsta uppgift skulle fortfarande vara att kontrollera underrätternas verksamhet. Den näst viktigaste uppgiften skulle vara att fungera som överrätt. Denna syn på hovrätternas uppgifter motsvarar den tidigare synen. En Högsta domstol skulle grundas, och den skulle endast vara en besvär- och revisionsinstans med huvuduppgift att övervaka hela domstolsväsendet. Därtill skulle bestämmelserna om civilprocessen och straffprocessen finnas i skilda lagar.⁴⁹ Genom de föreslagna åtgärderna ville man både modernisera rättegångssystemet och påskynda rättegångarna, som ofta tog flera år i anspråk. Av olika orsaker förverkligades inte förslagen.

⁴⁴ Kekkonen 1992, 114.

⁴⁵ Nousiainen 1993, 475–477.

⁴⁶ Kekkonen 2002, 399.

⁴⁷ Nousiainen 1993, 416–417 och 437. Se även Klami 2002, 170.

⁴⁸ KB 1901:9.

⁴⁹ Nousiainen 1993, 537–541 och 547–549.

4.3 UTVECKLINGEN EFTER ÅR 1917

Efter att Finland blev självständigt fortsatte diskussionen om hur rättegången och domstolsväsendet skulle utvecklas. Trots att det blev allt mer uppenbart att rättegångsbalken måste moderniseras skedde mycket få ändringar fram till 1990-talet. Man ville införa den moderna processen såsom skett i stora delar av Europa sedan den franska revolutionen. Fri bevisvärdering, muntlighet, offentlighet, omedelbarhet och koncentration var slagorden för den moderna processen.

4.3.1 Diskussioner om reformer

Under de första decennierna av självständighet skedde inga betydande förändringar för hovrätternas del. Däremot fördes en intensiv diskussion om utvecklingen av rättegångsbalken. Man var relativt ense om grundprinciperna för förfarandet, och småningom började man anse att handläggningen av mål borde vara muntlig och omedelbar även i hovrätterna. Detta hade gjort det nödvändigt att grunda en ny hovrätt eller att ha hovrättsdomarna i de tre existerande hovrätterna att resa runt i domkretsen för att ordna sammanträden. Samtidigt fortsatte man diskussionen om att återinföra lagmansrätten som andra instans i stället för hovrätten. Först var det dock meningen av lagsmansrätten skulle bli en instans mellan underrätten och hovrätten.⁵⁰ Alla dessa åtgärder ansågs vara dyra att förverkliga.⁵¹

Onni Heinonkoski publicerade år 1917 en artikel om hur problemen vid de finska hovrätterna kunde minskas utan att man ändrade på rättegångsbalken, eftersom en total revidering av balken skulle ta en lång tid i anspråk och problemen vid hovrätterna enligt hans åsikt var akuta.⁵² Det första problemet var enligt Heinonkoski att underrätterna fungerade bristfälligt. Det främsta problemet med underrätterna var enligt Heinonkoski att domstolsprotokollen ofta var mycket bristfälliga och osammanhängande, därutöver var parternas inlagor ofta skrivna på ett sådant sätt att det var svårt att veta vad de yrkade på. Hovrätterna måste enligt Heinonkoski därför försöka gissa vad parterna yrkade på och vad som skett i underrätten under handläggningen av målet genom att utnyttja olika sätt att analysera allt material noggrant. Heinonkoski klagade också på advokatkåren, som enligt honom endast var ute efter att maximera sina inkomster genom att försöka komma så lätt undan som möjligt. Heinonkoskis argumentering har en frapperande likhet med den diskussion som förs i Finland idag. Åsikter-

⁵⁰ Se skillnaden mellan Lagberedningens förslag från år 1909 och förslaget från år 1925.

⁵¹ Pihlajamäki 2002, 52–58.

⁵² Heinonkoski LM 1917, 82–83.

na kunde vara tagna ur en artikel från år 1997 istället för år 1917. Vidare ansåg Heinonkoski att hovrätternas problem härrörde sig från att de var överrätter av appelltyp, och måste alltså ta ställning till bevisfrågor, vilket ansågs vara mycket arbetsdrygt. Ur artikeln framgår att man inom hovrätterna var negativt inställd till en ökad grad av muntlighet, eftersom den ansågs bringa oordning i förfarandet och dessutom innebära att förfarandet ytterligare skulle förlängas och fördröjas.⁵³

År 1927 gjordes ett förslag om att reformera rättegångsförfarandet och domstolsväsendet.⁵⁴ Hovrätten skulle enligt förslaget heta lagmansrätt i nordisk anda. Moderna principer skulle införas och tvistemålen och brottmålen skulle regleras i skilda lagar och handläggningen av målen skulle vara muntlig i den andra instansen.⁵⁵ Avdelningarna i hovrätterna skulle vara självständiga enheter som skulle råda över ett visst område. På detta sätt kunde man garantera att alla medborgare skulle ha tillgång till en överrätt inom ett skäligt avstånd från sitt hem. Inte heller detta förslag godkändes, trots att juristkåren var ense om att nya hovrätter behövdes och att förfarandet i hovrätterna borde moderniseras. Dessutom hade allt fler mål anhopats vid de tre existerande hovrätterna. Orsakerna till att endast nya avdelningar grundades vid hovrätterna var att staten inte hade råd och vilja att satsa på nya hovrätter och på att modernisera domstolsförfarandet. Det intressanta var att saken inte debatterades särskilt aktivt inom juristkåren.⁵⁶

Efter att Karelen och därmed även Viborg blev Sovjetiskt territorium under andra världskriget flyttades hovrätten i Viborg till Kuopio där den fick namnet Östra Finlands hovrätt. Samtidigt skedde omfattande förändringar i Finland. Dels hade befolkningstillväxten under första halvan av 1900-talet varit märkbar, dels hade den ekonomiska aktiviteten ökat avsevärt. Båda dessa förändringar betydde att antalet mål hade ökat lavinartat sedan mitten av 1800-talet. Utvecklingen av och befolkningstillväxten i Helsingfors gjorde situationen i Åbo hovrätt nästan ohållbar.

År 1949 tillsattes en kommitté för att bereda inrättandet av en ny, fjärde hovrätt i Helsingfors. Ett viktigt incitament för processen var att man hittade en lämplig fastighet i centrala Helsingfors.⁵⁷ Vidare fästes även vid detta tillfälle uppmärksamhet vid de kostnader som uppkommer då en part överklagar, särskilt i fall hon eller han inte bor på en ort där det finns en hovrätt. I och med att regler om fri bevisvärdering infördes år 1948 blev behovet att uppta bevisning i

⁵³ Heinonkoski LM 1917, 88–91.

⁵⁴ KB 1925:16.

⁵⁵ Granfelt föreslog först att en förlikningsnämnd skulle införas som den nedersta instansen, alltså befinna sig hierarkiskt under underrätterna. Se Granfelts förslag, 3–4.

⁵⁶ Pihlajamäki 2002, 59–62.

⁵⁷ Pihlajamäki 2002, 66–67.

hovrätten något större.⁵⁸ Samtidigt fanns alltså krav på ökad muntlighet i hovrätten, man tänkte sig nämligen fortfarande att en omfattande reform av rättegångsförfarandet skulle göras inom en överskådlig framtid enligt svensk modell. En sådan reform skulle ha inneburit att muntlighetsprincipen och omedelbarhetsprincipen hade förverkligats i hovrätten.⁵⁹ Så skedde emellertid inte.

Förslaget att grunda en ny hovrätt i Helsingfors drevs mycket hårt på politiskt håll. Pihlajamäki⁶⁰ påpekar att det inte var hovrättsdomarna som stod bakom förslaget. Tvärtom ställde sig många hovrättsdomare kritiskt till förslaget och kritiserade det. De ansåg att en ny hovrätt var onödig eftersom det gick utmärkt att driva sitt mål effektivt med hjälp av ombud utan att man behövde resa till den ort där hovrätten befann sig. Då muntliga förhandlingar egentligen inte ordnades alls var behovet av att ha hovrätterna regionalt jämnt fördelade mindre.⁶¹ År 1952 grundades äntligen Helsingfors hovrätt och därmed hade den finska staten fått sin fjärde hovrätt. Hovrätten hade grundats med en stram tidtabell.

Samma år trädde en ny arbetsordning för hovrätterna i kraft. Syftet med den var att effektivisera hovrätternas verksamhet som ansågs vara alltför ineffektiv. Tyvärr ledde inte detta till några resultat, utan situationen förvärrades.⁶²

Den nya arbetsordningen innebar tyvärr inga stora reformer. Tvärtom fortsatte mycket som förut fram till år 1994 då en ny lag och en ny förordning om hovrätterna trädde i kraft. Man försökte lösa det växande problemet med anhopningen av mål genom att öka antalet tjänster vid hovrätterna. Ökningen var störst under 1970-talet.⁶³ Fram till slutet av 1960-talet var diskussionen om en hovrättsreform ganska lam, men ökade kraftigt mot slutet av årtiondet. Bakom diskussionen låg både etablerade jurister som ville att man skulle införa muntliga förhandlingar i hovrätterna och unga jurister som hörde till den radikala vänsterrörelsen och vars syfte var att ändra domstolsväsendet i grund och botten eftersom de ansåg domstolarna vara en del av det borgerliga samhället som skulle motarbetas.

Tauno Ellilä publicerade år 1971 verket *Hovioikeusmenettely ja oikeudenkäynnin uudistus*, i vilken han argumenterade för att hovrättsprocessen skulle förnyas med det snaraste. Han noterade att det fanns en betydande skepticism mot införandet av muntliga förhandlingar bland hovrätternas tjänstemän.

⁵⁸ Honka LM 1951, 291 ff.

⁵⁹ Pihlajamäki 2002, 73.

⁶⁰ Pihlajamäki 2002, 76. Enligt Pihlajamäki gick strävandena efter en ny hovrätt och moderniseringen av rättegångsförfarandet hand i hand. Det intressanta är dock att man under fyra årtionden lyckades åtgärda endast den förstnämnda, d.v.s. strävandet att öka antalet hovrätter, men inte göra något åt själva förfarandet.

⁶¹ Pihlajamäki 2002, 4–77.

⁶² Honka 1972, 203–205.

⁶³ Pihlajamäki 2002, 91.

Många ansåg att muntliga förhandlingar skulle vara alltför arbetsdryga.⁶⁴ Ellilä förespråkade en övergång till en modern, muntlig, omedelbar och offentlig rättegång enligt svensk modell. Han konstaterade även att den fria bevisvärderingen som införts år 1948 egentligen förutsatte omedelbarhet i fråga om muntlig bevisning. Vidare ansåg han att två tre nya hovrätter borde grundas för att muntliga förhandlingar skulle vara ekonomiskt sett rimliga för de delaktiga och för att öka den regionala jämlikheten i landet. Dessutom ansåg Ellilä att hovrättsdomarna borde ordna muntliga förhandlingar i olika delar av domkretsen för att ytterligare förbättra servicen.⁶⁵

Kraven på en modernisering av hovrättsprocessen ledde inte till några stora förändringar under 1970-talet.⁶⁶ Man gjorde några ändringar av teknisk natur och avskaffade år 1978 instituten vad och besvär, till förmån för rättsmedlet besvär.⁶⁷ Valet av benämningen på rättsmedlet var misslyckat på svenska eftersom det är missvisande i ett historiskt och nordiskt perspektiv, i och med att besvär i Sverige avser överklagan av beslut. Denna reform innebar egentligen inte några stora skillnader eftersom skillnaderna mellan vad och besvär i praktiken gällde endast inom vilken frist och hur underrättens avgörande skulle överklagas.⁶⁸

Däremot grundades två nya hovrätter, en i Kouvola år 1978 och en i Rovaniemi år 1979. En bidragande orsak var säkert att antalet mål vid hovrätterna mellan åren 1970 och 1975 ökade med 70 %.⁶⁹ Överlag var det stora problemet med utvecklingen av hovrätterna under efterkrigstiden att rättegången i underrätterna fortfarande följde den muntligt-protokollariska modellen.⁷⁰ I slutet av 1980-talet hade Finland varken i underrätten eller hovrätten en modern rättegång.

4.3.2 Moderniseringen av rättegången

Den finska domstolsprocessen moderniserades först under 1990-talet – i fråga om underrätterna 1.12.1993 då den nya muntliga, omedelbara och koncentrerade tingsrättsprocessen i tvistemål togs i bruk. Vid det tillfället gjordes ännu inget åt rättegångsförfarandet vid hovrätterna. Även straffprocessen moderniserades

⁶⁴ Ellilä 1971, 93.

⁶⁵ Ellilä 1971, 104–106.

⁶⁶ Ervasti (2005, 362–364) konstaterar att det skedde en gradvis förändring av inställningen till arbetet i hovrätterna och av hovrättsrådets status i domarkåren.

⁶⁷ Se t.ex. Tirkkonen 1969, 271 ff., om de tidigare rättsmedlen. Alla jurister var dock inte helt övertygades dock inte av att skillnaden mellan rättsmedlen avskaffats i verkligheten, se Halila LM 1978, 107.

⁶⁸ Virolainen LM 1978, 457.

⁶⁹ Saario LM 1976, 194.

⁷⁰ Se t.ex. Saario LM 1976, 197–198 och Virolainen LM 1978, 475.

några år senare så att förfarandet i underrätten uppfyllde kraven i 6 art. EMRK. Däremot måste Finland göra en reservation i fråga om förfarandet i den andra instansen. Det intressanta med reformen är att man kan se den som ett hopp till idéerna som framfördes under andra hälften av 1800-talet och hos oss i sekel-skiftet av bland annat Wrede.⁷¹ I viss mån har man även tagit modell av de tankar som gjorde grunden till den svenska reformen och som härstammar från början av 1900-talet. Därmed är moderniseringen endast relativ som begrepp.⁷²

Det första steget mot ett nytt hovrättsförfarande utgjordes av hovrättslagen, i vilken ingår bestämmelser av administrativ art om hovrätterna. Den trädde i kraft 1.5.1994. Lagen innebar främst att bestämmelserna om hovrätternas verksamhet och organisation blev noggrannare och att de moderniserades.⁷³ Fyra år senare, d.v.s. i maj 1998, trädde de nya bestämmelserna om hovrättsförfarandet i kraft. I samband med dem blev hovrättsförfarandet mera muntligt och Finland kunde avstå från det undantag man gjort i den Europeiska mänskörättskonventionen om muntligt förfarande.⁷⁴ Fram tills dess hade nämligen en muntlig förhandling hållits endast i en bråkdel av alla mål. Exempelvis år 1996 hölls en muntlig förhandling endast i knappt 3,5 % av de tvistemål som handlades i hovrätterna.⁷⁵

I samband med att bestämmelserna om förfarandet i hovrätten moderniserades ville regeringen införa prövningstillstånd enligt svensk modell. I småmål, d.v.s. mål där intresset var mindre än 20 000 mark, skulle ett prövningstillstånd behövas. Därtill skulle rätten att överklaga bevisfrågor i dessa mål ha varit mera begränsad än rätten att överklaga andra frågor.⁷⁶ Förslaget stötte på patrull i riksdagen på grund av att grundlagsutskottet ansåg prövningstillstånd vara oförenligt med den finska rättskulturen. Ändå konstaterade grundlagsutskottet att det föreslagna systemet inte utgjorde en sådan begränsning av rätten att överklaga att de föreslagna reglerna skulle stå i strid med grundlagen. Däremot ansåg man nog att beteckningen prövningstillstånd var missvisande. Grundlagsutskottet fäste också uppmärksamhet vid att hovrätten alltid borde motivera sitt beslut.⁷⁷ På grund av grundlagsutskottets utlåtande ansåg lagutskottet att propositionen inte kunde godkännas som sådan och att det inte var möjligt att i det skedet göra de ändringar som skulle ha behövts.⁷⁸

⁷¹ Nousiainen 1993, 569.

⁷² Robberstad JFT 2001, 198.

⁷³ Härmäläinen 2003, 86–87.

⁷⁴ RP 33/1997, 17. Reservationen måste göras eftersom hovrätten kunde ändra på underrättens avgörande till alla delar utan att hålla muntlig förhandling. Det är viktigt att notera att en skriftlig process i sig inte är otillåten enligt konventionen.

⁷⁵ RP 33/1997, 8.

⁷⁶ I den föreslagna RB 25:6 skulle det ha krävts en grundad anledning att misstänka att tingsrätten avgjort bevisfrågan felaktigt för att få prövningstillstånd (RP 33/1997, 52).

⁷⁷ GrUU 9/1997, *passim*.

⁷⁸ LaUB 19/1997, 3–4.

Då de moderniserade bestämmelserna trädde ikraft 1.5.1998 ökade antalet muntliga förhandlingar vid hovrätterna markant. År 2003 ordnades en muntlig huvudförhandling i cirka 26 % av målen.⁷⁹ Av de cirka 12 500 mål som en eller båda parterna anhängiggjorde vid hovrätterna som andra instans år 2003 var endast cirka 25 %, eller drygt 2 000 stycken, tvistemål. Underrätterna behandlade samma år 155 199 tvistemål varav endast 8 522 var andra än otvistiga summariska mål eller ansökningsärenden. Endast en dryg femtedel av de tvistemål underrätterna avgjorde landade hos hovrätterna.

Även den genomsnittliga handläggningstiden ökade kraftigt. År 1998 var den genomsnittliga handläggningstiden 5,8 månader.⁸⁰ Fem år senare hade den ökat till 8,7 månader för alla mål. Därtill var skillnaderna mellan hovrätterna stora. Den kortaste genomsnittliga handläggningstiden var 5,5 månader, medan den längsta var 11,7 månader. Vissa hovrätter ansåg att måltillströmningen var för stor för att de skulle klara av att handlägga mål i muntligt förfarande i den omfattningen som krävdes. Statistiken som visade att den genomsnittliga handläggningstiden ökade kraftigt sedan det nya hovrättsförfarandet infördes togs som ett starkt bevis för att anhopningen av mål var alarmerande i synnerhet vid de större hovrätterna. I stället för att göra en djupgående analys av den statistik som förts fram ansåg man att hovrätterna måste kunna få en möjlighet att koncentrera sina resurser på vissa mål. Då inleddes beredningen av revideringen av hovrättsförfarandet. I november år 1999, d.v.s. bara ett drygt år efter hovrättsreformen, tillsattes en arbetsgrupp som föreslog att ett system som motsvarar det svenska trots allt skulle införas.⁸¹ I slutet av år 2001 föreslog en kommitté att sällning enligt norsk modell skulle införas.⁸² Följande år gav regeringen sin proposition (91/2002) till riksdagen. Därför infördes sällningen 1.10.2003 som ett redskap för att rikta hovrätternas resurser på ett ändamålsenligt sätt.

4.4 SAMMANFATTNING AV HISTORISKA LÄRDOMAR

Den historiska överblicken har visat att historien upprepar sig. Samma problem har hängt med hovrättsväsendet från första början, bland annat anhopningen av mål och de höga kostnaderna. Lagstiftaren har främst använt sig av tre tekniker för att lösa problemen: för det första har man försökt begränsa tillgången till hovrätterna, för det andra har man försökt effektivisera hovrätternas verksamhet

⁷⁹ Oikeusministeriön hallinnonalan toimintakertomus 2003, 18. Detta utgör en minskning på cirka 5 % från tidigare år.

⁸⁰ KB 2001:10, 10–11.

⁸¹ Arbetsgruppsbetänkandet Rättegång i hovrätt från 20.2.2000. Man föreslog alltså återigen att prövningstillstånd skulle införas i någon form för mindre mål.

⁸² KB 2001:10.

och för det tredje har man grundat nya hovrätter. Den sistnämnda åtgärden har antagligen nått sin kulmen i Finland, eftersom det knappast är möjligt att grunda en andra hovrätt i Helsingfors för att avlasta Helsingfors hovrätt. Därför måste man nu hitta nya lösningar.

En del av våra problem härrör sig från det faktum att rättegångsförfarandet reformerades mycket sent. Medan tyska jurister har haft närmare 130 år på sig att lära sig handskas med muntlighet och att pröva på olika lösningar har vi bara haft drygt 10 år på oss att överhuvudtaget vänja oss vid muntlighet. För hovrätternas del har tiden varit ännu kortare. Vi borde ta oss lugnare fram och förstå att en stor reform alltid leder till problem, och att gamla metoder och handlings-scheman lever kvar länge efter en omfattande reform. Många problem härstammar från den sena moderniseringen. Men en del problem orsakas av otålighet, viljan att ändra systemet över en natt. T.ex. valde man den mycket intressanta lösningen att snabbt införa en begränsning utan att det var klart hurdan begränsningen var och hur den skulle tillämpas. På samma sätt som sällningen infördes ”huxflux”, infördes även motbesväret utan att man förde en diskussion om omfattningen av dess tillämpningsområde.

Argumentet att ett prövningstillståndsförfarande inte skulle stå i samklang med den finska rättskulturen kan man åtminstone delvis ointetgöra med hjälp av en analys av den finska processrättens historia. Likaså kan man fråga sig varför ett motsvarande förfarande inte är ett problem i andra länder vars rättskulturer är mycket lika den finska. Hur kan man ha ett sådant system i Sverige, vars rättskultur är så nära besläktad med den finska? Ett problem var säkert att prövningstillståndet ”marknadsfördes” med att man kunde spärra tillgången till hovrätten.⁸³ Prövningstillståndet marknadsfördes som ett ganska radikalt ingrepp i rätten att överklaga, vilket säkert ledde till ökat motstånd. Därtill väckte säkert förslaget om att mål där värdet på intresset överskrider en viss summa inte skulle beröras av begränsningar motstånd i vissa kretsar. Egentligen kan man säga att det var fråga om samma typ av politisk retorik där makthavarna försöker plocka poäng som då Gustaf III grundade Vasa hovrätt. Det är inte alls sagt att ett krav på prövningstillstånd för småmål skulle vara orättvist eller försämra rättsskyddet. Om man jämför med det som lagts fram i de nya norska förarbetena ser man att det inte alls är säkert att prövningstillstånd innebär ett sämre rättsskydd.

Sällningen kom till efter en mycket kortvarig beredning under ett stort politiskt tryck. Beslutet fattades snabbt efter att man hittat ett alternativ till prövningstillstånd. Den brådska med vilken ärendet bereddes syns på kvaliteten på lagberedningen.⁸⁴ Efter att hård kritik riktats mot regeringens proposition gjor-

⁸³ Se t.ex. arbetsgruppsbetänkandet Rättegång i hovrätt från 20.2.2000, s 63–64.

⁸⁴ Sevón, 2003, 9.

de riksdagen vissa ändringar, som i sin tur orsakade nya problem.⁸⁵ Det mest rationella i den situationen hade varit att ta time-out och lägga ner energi på att utveckla och anpassa hovrätterna till den drastiska förändring som det nya förfarandet innebar i jämförelse med det tidigare förfarandet.⁸⁶ Det här gäller också försöken att åtgärda eventuella problem med sällningen.

⁸⁵ Den största kritiken framfördes av Virolainen (DL 2002, 689 ff.). Även Vaitoja (LM 2002, 757 ff.) och Snellman (DL 2002, 633 ff.) ställde sig kritiskt.

⁸⁶ Högsta domstolen gav reformen sitt stöd, men Sevón (2003, 10) anser att man även borde ha satsat på att utvecklat förfarandet och arbetsprocesserna i hovrätterna.

5 Den andra instansens funktioner

5.1 ALLMÄNT OM FUNKTIONER

Med processens funktioner avses dess ändamål, orsaken till att vi överhuvudtaget upprätthåller ett domstolsväsende. Domstolsförfarandet är inte ett självändamål, särskilt inte i fråga om civilprocessen.¹ Det finns en hel del andra möjligheter att lösa konflikter än genom domstolsförfarande. Särskilt den andra instansens ställning och funktion borde vara allt annat än en självklarhet, eftersom underrätterna i princip räcker till för att parterna ska kunna få ett auktoritativt utlåtande om hur konflikten ska lösas och en utmätbar dom. Den andra instansen bör pejlas såväl mot civilprocessens allmänna funktioner som mot den andra instansens särskilda funktioner. Civilprocessen är alltså inte bara teknisk reglering, utan bygger i högsta grad på en viss samhälls- och mänskouppfattning.²

I Sverige har diskussionen om civilprocessens funktioner pågått en längre tid,³ medan den diskussion som förts i de övriga nordiska länderna i stort byggt på den svenska diskussionen. Med civilprocessens funktioner avser jag i detta sammanhang rättsideologiska ställningstaganden i rättsdogmatisk litteratur och förarbeten där civilprocessens önskvärda funktioner diskuteras.⁴ Inom den diskussionen har det funnits flera olika ”skolor” representerade. Förespråkarna för de olika ”skolorna” har en gemensam ideologi för hurdant rättsväsendet borde vara, men man kan inte påstå att skolorna skulle vara fasta grupperingar. Det är alltså fråga om olika typer av ideologiska ställningstaganden.⁵ Synen på funktionerna kan t.o.m. påverka hur man tolkar en viss civilprocessuell norm.⁶ Därför är det viktigt att man säger klart ut vilken syn man förespråkar.

¹ Se t.ex. Eerola 1996, 17–18.

² Se t.ex. Wassermann 1978, 13–24. Wassermann talar om en ”politisk” civilprocess i sjuttio-talsanda, men hans åsikter är relevanta fortfarande i dag. Det är viktigt att juristerna och lagstiftaren förstår att rättslig reglering aldrig kan vara neutral. Den återspeglar alltid i växlande grad de värderingar lagstiftaren och lagtillämparen har.

³ Diskussionen har egentligen pågått i cirka 50 år, sedan Ekelöf påbörjade den. Ändå kritiserar Lindblom (Retfærd 2001, 25) lagstiftaren för att inte diskutera civilprocessens funktioner: ”Hur kan man konstruera en apparat utan att veta vad den skall användas till? Hur kan man förbättra något som man inte vet vad det skall vara bra för?”

⁴ Många författare konstaterar dock att det finns vissa problem med att endast tala om de önskvärda funktionerna i ett ideologisk-teoretiskt perspektiv och frånse de övriga funktionerna. Se Ervasti 2004, 77 ff.

⁵ Lindell 1988, 90 och 93 ff. och Andersson 1997, 205–206.

⁶ Lindblom 1993, 120. Lindblom konstaterar att t.ex. frågan om bevisbördan antagligen får en annan lösning om domaren förespråkar konfliktlösning än om han förespråkar handlingsdirigering.

Jag diskuterar den andra instansens funktioner inom ramen för den rättspolitiska diskursen, utan att ta ställning till vilka funktioner, vare sig avsedda eller oavsedda, de i verkligheten fyller. Såsom ovan konstaterats utgör diskussionen om civilprocessens funktioner ett viktigt underlag för diskussionen om hurdan förfarandet i den andra instansen borde vara i framtiden. Jag börjar med att diskutera några av de synpunkter som framställts i diskussionen om civilprocessens funktioner och övergår sedan till att diskutera den andra instansen.

5.2 CIVILPROCESSENS ÖVERGRIPANDE FUNKTION

I Finland har vi traditionellt inte fört en särskilt livlig diskussion om civilprocessens funktioner.⁷ Trots det anser jag att det är viktigt att diskutera både civilprocessens funktioner och vilken prioritet funktionerna har då man vill utveckla rättegångsväsendet. Den tredje statsmakten – domstolarna – lever i en ständig växelverkan med den övriga statsmakten.⁸ Trots att civilprocessens funktion kan verka självklar vid den första anblicken är frågan betydligt mera komplex, och långt ifrån självklar. Det finns ingen enskild funktion som skulle kunna eller som borde utgöra den enda funktionen. I stället är det viktigt att se att det finns flera överlappande funktioner, som kan förverkligas samtidigt. Diskussionen om civilprocessens funktioner handlar främst om vilken den *övergripande* funktionen ska vara.⁹ Valet av hur funktionerna ska rangordnas grundar sig i sista hand på den samhällssyn man intar. Lindblom påpekar att många av funktionerna går hand i hand; man kan inte splittra dem i praktiken.¹⁰

Den största dikotomin som uppbyggs upp i fråga om civilprocessens funktioner är handlingsdirigering mot konfliktlösning. Båda har sin skara anhängare, av vilka många dock anser att även den andra funktionen är värdefull och att även den ofta förverkligas i samband med att den primära, övergripande funktionen förverkligas. Men civilprocessen har ju även andra funktioner som kan vara bifunktioner eller primära funktioner.

⁷ Se Ervasti 2004, 77 ff, Norrgård JFT 2001, 140–163, Ervasti LM 2002, 47–72, Virolainen 1995, 80–97, Laukkanen 1995, 14–20, Leppänen 1998, 32–41, Huovila 2003, 56–72 och Virolainen 2003, 60 ff. Niemi-Kiesiläinen (2004, 535–537) har diskuterat straffprocessens funktioner och kommit till den slutsatsen att straffprocessen har många funktioner som kommer fram i de enskilda delarna av processen som helhet.

⁸ Huovila (2003, 67–71) analyserar funktionerna i sin avhandling ur en vidare synvinkel. Han tar upp bl.a. hur funktionerna förhåller sig till rättens djupstruktur.

⁹ Det norska betänkandet om en ny civilprocesslag är ett utmärkt exempel på hur man kan säga rakt ut vad den övergripande funktionen ska vara. Se NOU 2001:32, 127–128, där det sägs rakt ut att den primära funktionen är att ge rättsskydd åt medborgarna, d.v.s. tvistlösning. Detta återspeglar sig även i att man vill att lagen ska byta namn till tvistelov.

¹⁰ Lindblom 2000, 52–53.

Civilprocessens allmänna funktioner kan indelas i två huvudgrupper; funktionerna på det enskilda och funktionerna på det allmänna planet.¹¹ Därtill finns den rättsskapande funktionen och kontrollfunktionen. Den största dikotomin finns mellan huvudgrupperna och i deras förhållande till varandra.

5.2.1 Funktionerna på det enskilda planet

Rättegångens interna funktion är summan av de funktioner som i första hand tillgodoser parternas intressen. Eftersom staten har monopol på våldet kan parterna inte tillgripa självhjälp utan måste nöja sig med de medel staten erbjuder, enligt principen *Decretum Divi Marci*.¹² Idag finns visserligen både medling och skiljeförfarande till förfogande, men endast skiljedomar är verkställbara på samma sätt som domstolsavgörande. Parterna vill dels driva igenom sina rättsliga anspråk, dels få ett slut på den tvist eller konflikt som uppstått. Dessa två funktioner går delvis hand i hand ur partens synvinkel, eftersom parten naturligtvis eftersträvar att motparten presterar något eller avstår från sina krav och att prestationen eller de uteblivna kraven ska utgöra slutet på konflikten.

Den traditionella utgångspunkten för den interna funktionen har varit enskilt rättsskydd. Med enskilt rättsskydd kan tre olika saker avses.¹³ I den äldre versionen, som härstammar från tysk doktrin,¹⁴ betonas att processens ändamål är att skydda materiella rättigheter och att civilprocessen ska skydda den som innehar de materiella rättigheterna. Civilprocessen är den metod med vilken man i sista hand kan förverkliga sina rättigheter. Den här tankemodellen dominerade i Sverige innan Olivecrona och Ekelöf började förespråka handlingsdirigering.¹⁵ I Finland har bl.a. Wrede och Tirkkonen talat för den.¹⁶ Läran om rättsskydd bygger på den tyska teorin om *Rechtsschutzanspruch* med vilken avses den enskilda medborgarens rätt att kräva att staten ordnar med möjlighet till rättegång. Schönke konstaterade att "[d]er Zweck des Zivilprozesses als Institution ist es, die Bewährung des Rechts durch Gewähren von Rechtschutz ... zu sichern".¹⁷ Detta beror på att det är förbjudet att ta till självhjälp, att ta rätten i egna händer.

¹¹ Man kunde också tänka sig att tala om reparation och prevention i Lindbloms (1993, 121) anda.

¹² Se närmare Blomeyer 1982, 3–4.

¹³ Indelningen baserar sig på Anderssons indelning (Andersson 1997, 228–229).

¹⁴ Adolf Wach anses vara fadern till teorin om *Rechtsschutzanspruch*. Han skapade den i slutet av 1800-talet.

¹⁵ Andersson 1997, 207 fotnot 771.

¹⁶ Se t.ex. Wrede 1953, 28 och Tirkkonen 1974, 19 ff.

¹⁷ Schönke 1950, 11. Dock menar Schönke att detta inte kan vara civilprocessens enda syfte; han anser att civilprocessens funktion också är att uppnå rättsfrid.

Eftersom staten har monopol på användningen av våld och på rätten att ge rättsskydd kan medborgarna kräva att staten ger dem en möjlighet att få sina rättigheter realiserade inom ramarna för en rättegång.¹⁸ Enligt denna lära fokuserar man totalt på parterna och deras materiella rättigheter utan att se på civilprocessens effekter utanför rättsförhållandet mellan kändanden och svaranden.¹⁹ Rättsskyddsteorin i den klassiska bemärkelsen bygger på att man uppfattar materiella rättigheter som reellt existerande fenomen.²⁰

I sin nuvarande form är läran om rättsskydd inte lika sträng som tidigare. Den återspeglar inte längre samma starkt liberalistiska grundsyn som på 1800-talet, utan en annorlunda variant som är betydligt mindre radikal. Nuförtiden uppfattas rättsskydd ofta som rättsskydd mot staten, som ett sätt att förhindra att staten trampar på medborgarnas rättigheter.²¹

Begreppet rättsfrid är starkt relaterat till den klassiska varianten av rättsskyddsteorin. Med rättsfrid menas både rättsfrid mellan parterna och rättsfrid på ett samhälleligt plan. Enligt den här teorin uppnås rättsfrid då en domstol fattar ett materiellt riktigt avgörande.²² Att uppnå rättsfrid betyder att parterna kan förverkliga sina rättigheter genom civilprocessen. Fokuset är alltså på parternas rättigheter. Genom domstolsavgörandet uppnås rättsfrid mellan parterna eftersom de får ett avgörande om vilka rättigheter de har. På ett mera allmänt plan uppnås rättsfrid genom att allmänheten har tillit till att den som kränker en annans rättigheter blir tvungen att återställa situationen. Vidare bidrar rättsfriden enligt Fasching till att alla måste få tillgång till domstol och att innehållet i den materiella rätten blir allmänt känt varför man kan rätta sig efter den på förhand.²³

Den moderna varianten av rättsskyddsteorin betonar att civilprocessen ska bidra till materiellt riktiga domar, genom vilka parterna får skydd för det de berättigade till enligt de materiella rättsnormerna. Man kunde säga som Lüke att det är fråga om att fastställa och att genomdriva rättsliga anspråk.²⁴ För att detta ska vara möjligt måste man ha tillgång till domstolar. I dagens läge har man frångått kravet på att domstolarnas avgöranden ska stämma överens med

¹⁸ Se t.ex. Arens – Lüke 1999, 1–2 och Rosenberg – Schwab – Gottwald 2004, 2–3. Det bör påpekas att läran om *Rechtsschutzanspruch* är långt ifrån obestridd i dagens doktrin. Tvärtom är läran i dag mycket omstridd. Se t.ex. Jauernig 2002, 147, där läran förkastas.

¹⁹ Andersson (1997, 209) kallar detta för civilprocessens externa effekter.

²⁰ Andersson 1997, 207 ff.

²¹ Lindblom 2000, 60–61. Medborgarna har blivit mera medvetna om sina mänskliga rättigheter och samtidigt har statens arm börjat sträcka sig allt längre ut. Detta har säkert påverkat utvecklingen.

²² Om rättsfrid se Andersson 1997, 220–221 och 224 ff. samt Lindblom 2000, 61–62. Ursprungligen var det Kallenberg och Frey som förespråkade teorin om rättsfrid.

²³ Fasching 1984, 34–35. Precis som Ekelöf kommer till att handlingsdirigering ofta även innebär konfliktlösning kommer Fasching till att konfliktlösning inom ramen för rättsfridsfunktionen i viss mån även innebära handlingsdirigering.

²⁴ Arens – Lüke 1999, 2.

den materiella rätten eftersom man övergett tanken på att det skulle finnas någon ”materiellt riktig lösning”.²⁵ Domstolarna når nämligen av olika orsaker inte alltid fram till den materiella sanningen. Orsakerna är många: även ett bra förfarande som tillämpas korrekt kan leda till felaktiga domar; och domstolarna kan inte sätta oändligt mycket resurser på målen.²⁶ Samtidigt har parterna rätt att disponera över målet i den omfattningen att domstolarna i dispositiva mål i hög grad är beroende av de yrkanden, bevis och medgivanden parterna gör.²⁷ En ytterligare begränsning utgörs av olika förbud mot vissa typer av bevisning, t.ex. i form av preklusion eller på grund av tystnadsplikt. Följaktligen strävar man inom den moderna civilprocessen endast efter den formella eller processuella sanningen.

Den tredje, kanske mest aktuella, varianten är den variant av rättsskyddsteorin som Lindell förespråkar.²⁸ Det som skiljer Lindells uppfattning från den förra uppfattningen är att han mycket mera betonar det faktum att parterna har en möjlighet att disponera över processen vilket leder till att man inte kan ha materiellt riktiga domar som ett mål för civilprocessen. Till exempel avgörs summariska mål ofta på processuella grunder utan att det kontrolleras om avgörandet är materiellt riktigt. Den här tredje typen av rättsskydd betonar parternas intressen för ett avgörande i den tvist som uppkommit och deras möjligheter att inverka på utgången i målet och på utformningen av förfarandet. Det är viktigt att rättegångsförfarandet är tillgängligt och att det uppfyller parternas behov. Det kan ses som en motpol till teorierna som betonar det allmänna intresset.²⁹

I modern tappning betyder rättsskyddsteorin alltså att domstolen ska erbjuda käranden en möjlighet att genomföra rättsliga anspråk och svaranden att skydda sig på ett tillbörligt sätt. Käranden tänker inte på att en enhetlig rättsutveckling eller rättsfrid ska uppnås, och är därmed inte intresserad av rättssystemet som helhet.³⁰ Lindell påpekar att käranden vill vinna processen, och är därför ofta inte intresserad om domen överensstämmer med den materiella rätten. Ofta är käranden endast ute efter att få en dom som kan utgöra grunden för en utmätning, och därför finns det egentligen ingen konflikt som ska lösas. Käranden vill också uppnå rättsfrid på ett sådant sätt att relationen till motparten normaliseras

²⁵ Virolainen 1995, 81, Hov 1994, 43–45 och Virolainen – Martikainen 2003, 48–51. Det faktum att man inte alltid kan komma fram till den materiellt sett rätta lösningen får inte leda till att domstolen i ett enskilt fall dömer klart fel i ljuset av framställda fakta. Se även Dworkins (1985, 92 ff.) begrepp ”moral harm”, för civilprocessens del.

²⁶ Rawls 2000, 74.

²⁷ Se Lindell 1988 (främst 45–82 och 119–130) närmare om partsautonomin och dess inverkan på civilprocessen.

²⁸ Lindell (2003, 89) är den mest framträdande förespråkaren för rättsskyddsteorin i dagens Sverige.

²⁹ Se främst Lindell 1988, 83–95, där Lindell utvecklar teorin.

³⁰ Den här teorin har fått stöd i de nordiska länderna av bland annat Lindell 2003, 87 och Hov 1994, 41–44.

så att situationen motsvarar den som gällde innan tvisten uppstod. Den nyaste formen innebär ett närmande mot konfliktlösning eftersom man ställer parterna i centrum och frångår kravet på att domstolen ska komma fram till den enda materiellt sett riktiga lösningen.³¹ I Finland har Virolainen och Martikainen framfört liknande åsikter.³² De skissar upp de krav som ställs på rättegången i dag och konstaterar att det finns många faktorer som har ändrats under de två senaste decennierna. Dessa två senare teorier betonar att domstolen är det organ som gör det möjligt att fastställa vilka rättsanspråk som är gällande enligt rätten och att förverkliga dessa anspråk.

Teorierna om enskilt rättsskydd har ofta ansetts förespråka konfliktlösning, vilket inte stämmer om man använder en mera raffinerad terminologi. Konflikt är ett allmänt begrepp som avser en situation där en meningsskiljaktighet uppstår mellan två personer eller parter. En tvist är däremot en rättsligt definierad konflikt, d.v.s. en konflikt som blivit juridisk och ur vilken man skalar bort juridiskt irrelevanta aspekter.³³ Med termen konfliktlösning kan man också avse konfliktlösning i ordets egentliga bemärkelse, d.v.s. att man ska lösa konflikten som står bakom den rättsliga tvisten.³⁴ Det kan betyda att man försöker lösa tvisten på ett prospektivt sätt i stället för på ett retrospektivt sådant, vilket kan anses ske t.ex. i alternativ tvistelösning (ADR) som varit på modet under de senaste 25 åren i USA. En nyare variant är så kallad terapeutisk juridik, *therapeutic jurisprudence*, som blivit en modefluga under de drygt fem senaste åren. Enligt Diesen kan man påstå att det delvis är fråga om en rättsideologi.³⁵

Ervasti konstaterar att konfliktlösning kännetecknas av att man är intresserad av både konflikten och tvisten.³⁶ Traditionellt har konfliktlösning inte varit en del av domstolsprocessen, utan ett förprocessuellt förfarande eller ett alternativt förfarande. Under den senaste tiden har man till skillnad från tidigare småningom börjat betona domstolarnas roll i konfliktlösningen. I samband med under-rättsreformen år 1993 gavs domstolarna en förpliktelse att utreda om förlikning

³¹ Ervasti (2004, 88–89) anser att den nya finska civilprocessen som trädde ikraft 1.12.1993 innebär ett steg från rättsskydd mot konfliktlösning, för att man betonar att det inte alltid finns endast en rätt lösning och att man inte kan nå fram till den materiella sanningen i alla mål, och att man betonar den upplevda rättvisan. Jag anser att dessa tre drag endast utgör en utveckling av teorin om rättsskydd, inte att man övergått till konfliktlösning.

³² Virolainen – Martikainen 2003, 1–16.

³³ Kaijus Ervasti (2004, 48–49) och Vibeke Vindeløv (1997, 25 och 213 ff.) använder den här indelningen i sina avhandlingar. Nils Christie (TfR 1977, 116 ff) menar att vi jurister stjälar konflikter genom att ta hand om dem och göra dem till tvister som vi sedan tillämpar juridiska normer på.

³⁴ Ett problem med tvistelösning är att man frånsäger att alla rättegångar inte är tvister. Särskilt på familjerättens område finns många rättegångar där alla inblandade är ense om rättsföljden. Man har vänt sig till domstol eftersom ett visst rättsläge kan åstadkommas endast genom ett domstolsavgörande.

³⁵ Diesen JT 2001–02, 16.

³⁶ Ervasti 2004, 88.

är möjligt och de fick ett klart mandat att medla.³⁷ På senare tid har förespråkarna för konfliktlösning i domstolar såväl inom som utom processen blivit allt fler. Därför har det nyligen tillkommit en lag om domstolsanknuten medling.³⁸ Samtidigt har kritiken mot alternativ tvistlösning (ADR) växt främst i USA, men även hos oss.³⁹ Lindblom kallar ADR ”ett mantra som fortfarande alltför okritiskt mumlas världen över”.⁴⁰ Tendensen med ökad medling kan i viss mån även förklaras med att lagstiftaren vill minska antalet mål som behandlas i domstolarna. Även i Finland anser domarna att det finns ”onödiga” mål, trots att antalet tvistemål är minst sagt blygsamt i dag.⁴¹ Problemet med den alternativa konfliktlösningen är att den ofta drivits av att det traditionella domstolsförfarandet är så dyrt och långsamt. Samtidigt är medling i olika former ofta ett bättre alternativ än det traditionella domstolsförfarandet. Det finns dock vissa risker med medling i domstol. Dels finns det alltid en risk att man tvångsmedlar, så att man försöker binda parterna vid ett resultat de inte är villiga att acceptera som rättvist och bindande.⁴² Dels kan det leda till att domstolarna i enskilda fall inte ser rättssystemet som ett system. Problematiskt är det också om medlingen krockar med domstolens uppgifter som en anstalt som löser juridiska tvister i ett visst förfarande.⁴³

Den andra typen av konfliktlösning är den så kallade terapeutiska juridiken som tar fasta på att man ska använda samhällsvetenskapliga rön för att studera om lagstiftningens syften uppnås.⁴⁴ Därtill ska man på individplan försöka ”mi-

³⁷ Se t.ex. Virolainen DL 1995, 351, Ervasti 2004, 230 ff., Sippo – Välimaa 2003, 45–46 och 136–142 och Lappalainen 2002, 70–71.

³⁸ Se RP 114/2004 och arbetsgruppbetänkande 2003:2. Jmf. Knuts JFT 2003, 7–12 om förlikningens problem. Se även KB 2003:3, särskilt 299 ff.

³⁹ Fiss var bland de första som tog upp problemen med konfliktlösning (YLJ 1984, 1073 ff.). Se även Ervasti 2004, 139 ff. Lindblom (SvJT 2004, 231–235) redogör för bakgrunden till diskussionen om alternativa tvistlösningsformer i USA. Han poängterar att vi i Europa inte lidit av samma processflöde som i USA och att vårt rättssystem är helt annorlunda (t.ex. har vi inga möjligheter till jättebelopp i skadeståndsmål och det finns försäkringar som täcker många skador). Domstolsförfarandet hos oss är också annorlunda än i USA. Allt detta gör att de erfarenheter man har i USA inte passar in i vårt samhälle.

⁴⁰ Lindblom SvJT 2004, 234.

⁴¹ Även Ervasti (2004, 91 ff.) använder mycket utrymme för att diskutera problemen med att domstolarna översvämmas av mål och hur detta påverkat diskussionen om konfliktlösning och alternativa metoder. Detta är mycket förvånande eftersom Ervasti om någon borde känna till att antalet tvistemål i de finska domstolarna är lågt i ett internationellt perspektiv. Senare i verket erkänner dock Ervasti att antalet mål är lågt (102–107). Andra skribenter har tydligare tagit fram problemet med att påståendet om att domstolarna skulle vara överbelastade i fråga om privaträttsliga tvister är felaktiga och överdrivna (se t.ex. Hakalehto-Wainio Oikeus 2002, 436–438 och Viitanen 2003, 431–433.) Som Lindblom redan konstaterade för cirka tio år sedan är situationen sådan att ”[n]är man tänker närmare på saken är det förvånande att vi har några dispositiva tvistemål kvar vid de allmänna domstolarna över huvud taget” (Lindblom 1993, 98).

⁴² Haavisto 2002, 274–277.

⁴³ Se Ervasti 2004, 240 ff. och Crowne NYULR 2001.

⁴⁴ Se Diesen JT 2001–02, 15 ff. och Lindblom SvJT 2004, 256–258.

nimera de skador som en konflikt ger upphov till”.⁴⁵ Tanken är att juristerna ska fundera på vilka olika konsekvenser ett visst förfarande eller avgörande har och försöka minimera de negativa konsekvenserna. Den terapeutiska juridiken är ”konsekvensualistisk” eftersom juristerna enligt den bör ta hänsyn till de effekter rättstillämpningen har på mänskors psykiska välbefinnande. Domstolarna ska alltså ta hänsyn till många andra faktorer än de rent juridiska. Förfarandet och avgörandet ska vara framåtblickande. Den terapeutiska juridiken är också i viss mån paternalistisk. Problemet med även den här teorin är dess amerikanska ursprung och därmed att många av de problem den är avsedd att lösa redan lösts hos oss med andra medel.⁴⁶

Twistlösning leder inte nödvändigtvis till att situationen blir bättre för parterna. Om man bara ser till domstolarnas arbetsbörda är det naturligtvis lockande att tala om olika former av konfliktlösning där alla små och ”lätta” rutinmässiga mål styrs till andra organ. Om man däremot tänker på parternas bästa är det inte alls självklart att alternativa konfliktlösningsmodeller ger ett dugg bättre rättskydd – tvärtom. I dag finns det knappast någon rättsvetare i Norden som skulle förespråka konfliktlösning som civilprocessens övergripande funktion.⁴⁷ Däremot finns det många som talar för en twistlösning där även skälighet och andra praktiska hänsyn kan beaktas i viss mån, samt förlikning.⁴⁸ Visserligen vinner konfliktlösningen terräng även inom domstolsväsendet, men det syns främst i att man skapat ett med traditionella rättegångar ”parallellt” medlingsförfarande.⁴⁹

5.2.2 Funktionerna på det allmänna planet

Förespråkarna för handlingsdirigering anser att utgången i en rättegång påverkar medborgarnas beteende och att domstolarna därmed aktivt ska försöka handla så att samhället i en så hög grad som möjligt styrs i önskad riktning. Civilprocessen har alltså en preventiv, framåtblickande funktion. Man ställer in skärpan på vad som kommer att hända i framtiden och vilka konsekvenser domstolsavgörandet får i framtiden. Det klassiska exemplet som Bolding använder för att beskriva hur handlingsdirigering fungerar är ett mål där svaranden påstår att hon eller han betalat den skuld kâranden försöker driva in, men att hon eller

⁴⁵ Diesen JT 2001–02, 16.

⁴⁶ Diesen JT 2001–02, 30–31.

⁴⁷ Lagstiftaren verkar däremot sträva efter mera konfliktlösning i domstolarna, se t.ex. KB 2003:3, 177 ff. Det senaste exemplet är lagen om medling i tvistemål vid allmänna domstolar (se RP 114/2004 och LaUB 4/2005).

⁴⁸ Lindell är antagligen tillsammans med Ervasti den person som gått längst i riktning mot konfliktlösning i den nordiska diskussionen.

⁴⁹ Se Knuts 2005, 194–197 om förhållandet mellan dessa förfaranden.

han inte har något kvitto.⁵⁰ Då tycker man att domstolen borde avgöra målet enligt kärandens yrkanden eftersom detta förstärker gäldenärernas vilja att betala sina skulder, och att kräva kvitto då de betalat. Om man däremot förkastar talan ger man ett tydligt tecken att det är möjligt att slippa betala skulder genom att hävda att man redan betalat men inte fått något kvitto. Domstolen ska alltså försöka nå fram till ett avgörande som sänder ut de rätta signalerna.⁵¹

Ekelöf är kanske den mest kända förespråkaren för handlingsdirigering, även om det inte var han, utan Olivecrona, som ursprungligen införde tanken om handlingsdirigering i Sverige.⁵² Om civilprocessen fungerade perfekt skulle resultat enligt Ekelöf bli att den aldrig skulle behöva användas, eftersom alla människor i ett visst samhälle skulle omfatta och uppfatta rättsreglerna som gäller i det samhället som moraliskt bindande.⁵³ Jag tror precis som Lindell att en sådan värld skulle vara allt annat än önskvärd.⁵⁴ För det första är de mekanismer som påverkar vad som uppfattas som moraliskt rätt eller fel mera komplicerade än vad behaviouristerna trodde.⁵⁵

För det andra är det få lekmän som följer med domstolspraxis. Redan på basis av hur ofta dagstidningar refererar domstolsavgöranden i tvistemål kan man sluta sig till att handlingsdirigeringen inte är moralbildande i någon högre grad. Lindell påpekar att både Ekelöf och Olivecrona var starkt influerade av Uppsala-skolan och dess idéer om rätten. Deras uppfattning om rätten innehöll inte begrepp om rättigheter och var starkt präglad av behaviourismen.⁵⁶ Enligt Ekelöf är alltså rättsskipningens funktion att vara en form av institutionaliserad social kontroll, och med hjälp av de sanktioner som den kan påföra moralbildande. Rätten ska vara inriktad på att upprätthålla samhällsmoralen.⁵⁷ Liknande åsikter har framförts av bl.a. Hägerström och Olivecrona, som förespråkar handlingsdirigering men p.g.a. de avskräckande ekonomiska, fysiska och psykiska element som civilprocessen innebär.⁵⁸

Trots att teorierna om rättens moralbildande funktion varken kan anses vara möjliga att uppnå⁵⁹ eller värda att eftersträvas kan man knappast ändå påstå att

⁵⁰ Bolding 1983, 19 ff.

⁵¹ Lindblom 1993, 58.

⁵² Se Ekelöf 1990, 74 och Ekelöf 1984, 235–236. Jämför Olivecronas (1939, 143 ff.) teori om hur lagen påverkar människorna.

⁵³ Ekelöf 1984, 236.

⁵⁴ Lindell 2003, 96.

⁵⁵ Ekelöf (Ekelöf – Edelstam 2002, 14 och 1990 76–77) konstaterar själv att det kan vara svårt att uppnå denna moralbildande funktion i pluralistiska, dynamiska samhällen såsom vårt samhälle.

⁵⁶ Lindell 2003, 92 fotnot 21. Lindell hänvisar till att man uppfattade att människorna lärde sig att följa de påbud och förbud som de rättsliga normerna innehåller såsom Pavlovs hundar.

⁵⁷ Ekelöf – Edelstam 2002, 13 ff. Ekelöf hänvisar till socialantropologisk forskning och bygger sin argumentering på hur sanktionsmekanismerna fungerar i primitiva samhällen.

⁵⁸ Se Lindblom 2000, 53–54, där de olika teoretikerna delas in i olika grupper.

⁵⁹ Se Tyler AJCL 1997, 873–874.

de skulle vara totalt nonsens. Det är helt klart att det faktum att indrivning av rättigheter med hjälp av civilprocessen förorsakar svaranden stora kostnader och i vissa fall även andra negativa sanktioner som leder till att de flesta fullgör sina förpliktelser frivilligt. Handlingsdirigeringen kan också fungera indirekt; ifall vi inte hade ett effektivt domstolsväsende genom vilket den vars rättigheter blivit kränkta snabbt, billigt och säkert kan kräva reparation, kunde laglydigheten minska kraftigt. I ett samhälle med allt fler diffusa, fragmentariska och kollektiva intressen är handlingsdirigering genom avskräckning ett ökande fenomen inom ramen av t.ex. grupptalan.⁶⁰ Då påverkar utgången i ett mål mycket kraftigare än tidigare hur man handlar inom branschen i fråga, i och med att ett pilotmål ger en fingervisning om hurdan utgången i många potentiella liknande mål kommer att vara.⁶¹

Handlingsdirigering som civilprocessens primära funktion skulle på många sätt vara problematiskt. Det är lite för idealistiskt att tro att civilprocessen skulle vara moralbildande i någon högre grad, varför domstolsavgöranden i främsta hand är handlingsdirigerande genom avskräckning.⁶² På den här punkten fungerar den nyare formen av handlingsdirigering, d.v.s. det som Andersson kallar ”preventionsskolan”, kanske bättre.⁶³ Enligt denna skola är civilprocessens främsta uppgift att bidra till att medborgarna rättar sig efter den materiella rättens normer. Skolan anser inte att orsaken till detta är internalisering av rättsreglerna, utan kostnadsinternalisering. Handlingsdirigering som målsättning ställer skärpan på övriga personer – inte på parterna i målet. Det betyder att handlingsdirigering driven till sin spets kan innebära att man i det enskilda målet prioriterar handlingsdirigering över t.ex. skälighetssynpunkter. Detta betyder inte att vi borde strunta i handlingsdirigering helt och hållet. Tvärtom är det viktigt att domstolarna inser att en dom i ett enskilt mål kan ha relativt långtgående verkningar, och att detta beaktas då domstolarna avgör pilotmål och principiellt viktiga mål.

De som förespråkar handlingsdirigering menar också att man genom civilprocessen kan se till att den materiella lagstiftningen får så stor genomslagskraft som möjligt i samhället. Problemet med den här teorin är att den verkar utgå från att det finns *en* materiell rätt som ska och kan komma fram, att det ska finnas en (och bara en) rätt lösning som man kan komma fram till. Visserligen kan man inte förneka att en av civilprocessens uppgifter är att man via den förverkligar de materiella rättsreglerna. Detta sker på många olika sätt, både genom att man löser konflikterna i domstolarna enligt den materiella rättens regler

⁶⁰ Se Lindblom SvJT 2004, 249–250.

⁶¹ Se t.ex. Lindbloms (2001, 77 ff.), diskussion om fragmentariska och kollektiva intressen i miljörätten, och där utgången i ett mål med stor sannolikhet påverkar hur de delaktiga och andra personer i liknande ställning kommer att handla i framtiden.

⁶² Se även Carbell SvJT 1989, 65–66.

⁶³ Andersson 1997, 220–223.

och genom att detta leder till en ökad efterlevnad av dessa regler. Domstolarna har ju en viktig roll i och med att de kan påverka hur lagstiftarens syften, de politiska värderingar och strävanden som finns bakom den materiella lagstiftningen, förverkligas.⁶⁴

5.2.3 Den rättsskapande funktionen

Domstolsprocessens funktion är även att skapa rätt, vilket i viss mån är problematiskt om man anser att Montesquieus maktfördelningslära ska utgöra grunden för statsskicket. Längre tänkte man att en domare är en subsumptionsautomat, som endast mekaniskt försöker para ihop rättsfall med rätt paragraf. Idealitet var länge en själlös domare som ”spotta[r] ut sina domar som biljetter ur en automat”, som Lindblom konstaterar.⁶⁵ Faktum är ju att domstolarna alltid blir tvungna att skapa nya rättsregler då de tolkar olika rättsnormer. Skillnaden mellan att tolka en norm och att ”uppfinna” nya normer är hårfin.⁶⁶ Ju flera general-klausuler och andra relativt vagt formulerade bestämmelser, s.k. ”vaga lagar”, som finns intagna i rättsordningen desto större är behovet av den rättsskapande verksamheten.⁶⁷

Prejudikatfunktionen och tryggheten av rättsenheten har nästan helt lämnats till Högsta domstolen, men det betyder inte att hovrätterna skulle sakna denna roll. Tvärtom bidrar hovrätterna till ökad rättsenhet inom sina distrikt genom att de har möjlighet att ändra sådana domar som står i strid med deras praxis eller det de anser vara rätt. Dessutom publiceras en del av deras avgöranden, varför övriga domstolar och allmänheten har tillgång till information om hur en hovrätt avgjort en viss fråga. Faktum är att även hovrätterna kan bidra till rättsenhet och att de genom sin verksamhet har möjlighet att tolka vad lagstiftarens vilja har varit.

Den rättsskapande funktionen kan användas både för handlingsdirigering och för tvistlösning, men i första hand är ”öppna” normer så till vida framåtblickande att domstolen friare kan beakta ändringar som skett sedan normen i fråga trädde i kraft.⁶⁸ Samma sak gäller ju i princip prejudikat. Den stora skill-

⁶⁴ Ett problem är att domstolarna och domarna ofta uppfattas som opolitiska, vilket de inte är. De opolitiska domarna kan enligt Lindblom (SvJT 2004, 255–256 och Retfærd 2001, 23–24) råka ut för en del trubbel eftersom de i svåra mål inte använder sådan argumentering som samhället förväntar sig av dem.

⁶⁵ Lindblom 2000, 67.

⁶⁶ Cappelletti 1991, 4–6.

⁶⁷ Lindblom konstaterar att det inte egentligen är fråga om rättsskapande verksamhet, utan rättsutfyllande verksamhet, eftersom domaren inte fritt kan tolka lagen som hon eller han vill. Domarens uppgift begränsas och vägleds av det tolkningsmaterial som hon eller han får använda och de ”instruktioner” hon eller han får via tolkningsmaterialet, såsom syften och allmänna läror (Lindblom 2000, 66 ff.).

⁶⁸ Lindblom 2000, 69. Se även Virolainen 1995, 90–92.

naden mellan den här typen av prospektiv handlingsdirigering och den mera klassiska varianten är att förändringarna i dagens samhälle är mycket snabbare än tidigare. Därför vill lagstiftaren göra bestämmelserna ”öppnare” än tidigare och har lämnat mera utrymme för tolkning och vidareutveckling av normerna. I viss mån kan man hävda att det fortfarande handlar om att tolka lagstiftarens intentioner med bestämmelsen i fråga, men samtidigt finns det vissa skillnader. Domstolarna har i dag större möjlighet att låta sådana synpunkter och värderingar som tillkommit efter att den ifrågavarande lagen stiftades komma fram i sina avgöranden. Man kan dock påstå att det främst är fråga om en gradskillnad, inte en helt ny typ av verksamhet.⁶⁹

5.2.4 Kontrollfunktionen

Innebörden av domstolarnas kontrollfunktion är mångfacetterad. Domstolarna kontrollerar att myndigheterna inte fattar felaktiga beslut eller stiftar felaktiga lagar. De kontrollerar också att lagstiftaren inte bryter mot grundlagen. Dessutom är det tanken att de högre domstolarna ska kontrollera de lägre domstolarna, d.v.s. att det försiggår en intern kontroll. Uppgiften att pröva att lagarna överensstämmer med grundlagen är viktig, men den här rätten används mycket sparsamt.⁷⁰ Ett exempel är dock att domstolarna på senare tid upprepade gånger prövat var gränsen för yttrandefrihet går i mål där skadestånd krävts av media. I dag är civilprocessens funktion också att se till att EMRK och EG-rättens normer förverkligas. Vid behov kan hovrätten be om förhandsavgörande av EG-domstolen. Då bygger domstolens prövning främst på en tolkning av EMRK:s bestämmelser som delvis är överordnad vår grundlag, delvis sidoordnad.⁷¹ Kontrollfunktionen har entydigt fått en större roll under de senaste åren.⁷² Man kan också se på kontrollfunktionen så att domstolarna skyddar den enskilda medborgaren mot myndigheter och andra instanser, såsom näringslivet och industrin, som har mycket makt i samhället.

5.2.5 En syntes

Lindblom anser att det gamla begreppsparet handlingsdirigering och konfliktlösning i viss mån är förlegat. Istället borde man tala om funktionernas interaktion.⁷³ Civilprocessen har både reparativa och preventiva funktioner och dessa två samverkar kontinuerligt. Ibland betonas funktionerna på det enskilda pla-

⁶⁹ Lindblom 2000, 70–71.

⁷⁰ Ervasti 2004, 84–85. Jfr Virolainen 1995, 96 som ställer sig mycket negativ till domstolarnas rätt att kontrollera lagarnas grundlagsenlighet.

⁷¹ Lindblom SvJT 2004, 241–242.

⁷² Lindblom SvJT 2004, 251.

⁷³ Lindblom SvJT 2002, 3.

net, ibland fästs mera vikt vid det allmänna planet. Var på skalan balansen finner sig växlar mellan olika länder⁷⁴ och olika decennier.⁷⁵

Jag tycker att funktionerna på det enskilda planet och då främst tvistlösning till skillnad från konfliktlösning är domstolsväsendets mest centrala funktion. Domstolarna finns till för att komma fram till acceptabla lösningar på tvister. Med acceptabel menar jag att lösningen ska vara rimlig och stå i samklang med rättssystemet och det som skäligen kan förväntas av en utomstående bedömare. Då en tvist uppstår ska den kunna föras till en domstol som avgör den. Det här betyder inte att domstolarna ska vara det primära organet för konfliktlösning; tvärtom är det bra om parterna i en konflikt försöker lösa den utanför domstolsväsendet i de fall då konflikten inte i första hand är juridisk.

Samtidigt anser jag att det i dag ibland verkar finnas en alltför stor iver att trola bort målen med hjälp av alternativa konflikt- och tvistlösningsmetoder. Domstolsväsendet ska vara en expert på tvistlösning och ett reellt alternativ för att lösa tvister. Domstolarna måste alltså i första hand vara anpassade till att lösa såväl små som stora tvister. Då förfarandet fungerar på det här sättet får vi handlingsdirigeringen nästan helt och hållet på köpet. Tvistlösning ska alltså stå högst uppe på listan över funktionerna trots tendenser mot dels ökad användning av alternativa former av tvistlösning, dels grupptalan och andra former av kollektiv talan där siktet i högsta grad är preventivt.⁷⁶

Jag anser också att det är viktigt att domstolarna också kommer ihåg den rättsskapande funktionen eftersom vaga lagar blir allt allännare. Domstolarna ska alltså inte sträva efter att skapa nya lagar. Med den rättsskapande funktionen menar jag främst att ge vag lagtext, generalklausuler och motsvarande normer ett konkretare innehåll. Den här funktionen har inte samma tyngd i alla instanser, men har i mitt tycke ökat dess tyngd under det senaste decenniet. Summa summarum står alltså funktionerna på det enskilda planet i mitt tycke högre än de på det allmänna planet. Därtill värderar jag även den rättsskapande funktionen ganska högt, dock endast i en svag form.

5.3 DEN ANDRA INSTANSEN OCH FUNKTIONER

Om man flyttar blicken till den andra instansen ser man att den utgör en del av kedjan som förverkligar civilprocessens allmänna funktioner. Hovrätternas position som andra instans, som mellaninstans, leder dock till att betoningen av de

⁷⁴ I tysk doktrin har handlingsdirigeringen aldrig fått särskilt stadigt fotfäste, se t.ex. Hartmann 2002a, 9.

⁷⁵ Lindblom 1993, 125 ff.

⁷⁶ Samtidigt har intresset för *public interest litigation* och motsvarande ökat även hos oss. Rättegången utnyttjas då som rättspolitiskt verktyg eftersom politiska intresseavvägningar inte görs inom politiken eller alternativt som en moraldiskussion (se Lindblom SvJT 2004, 252–256).

allmänna funktionerna är lite annorlunda än för domstolsväsendet som helhet. I tingsrätterna bör tvistlösning i mitt tycke stå allra högst upp på listan. Däremot ska den rättsskapande funktionen ha en liten betydelse. I hovrätten ska den rättsskapande funktionen i snäv bemärkelse relativt sett ha en större betydelse. Därmed är det skäl att granska hur betoningen av och betydelsen av de allmänna funktionerna ändrar om man fokuserar på hovrätterna.

Förutom civilprocessens allmänna funktioner uppfyller den andra instansen även egna funktioner som rättfärdigar och klargör dess plats i domstolssystemet. Här handlar det alltså om funktioner inom domstolsväsendet, inte samhällsfunktioner. Med hjälp av funktionerna inom domstolsväsendet kan samhällsfunktionerna indirekt stärkas.

5.3.1 De allmänna funktionerna

5.3.1.1 Funktionerna på det enskilda planet

Om civilprocessens främsta funktion är att lösa tvister på ett acceptabelt sätt bör också hovrätterna bidra till att uppfylla den här funktionen. Om tingsrätten redan avgjort tvisten på ett acceptabelt och rimligt sätt finns det ingen orsak för hovrätten att ta upp tvisten till full prövning. Om underrättens avgörande inte är rimligt eller acceptabelt är det däremot möjligt att hovrätten tar upp tvisten på nytt. Vid första anblicken verkar det naturligt att en tvist som avgjorts i underrätten anses vara löst och att en fortsatt handläggning av målet ur tvistlösningens synvinkel skulle verka onödig. Det räcker inte med att domstolarna kommer med ett auktoritativt uttalande om hur tvisten ska lösas; lösningen måste därtill vara tillfredsställande. Därför är det viktigt att hovrätterna ändrar på otillfredsställande lösningar. Eftersom en felaktig process leder en till att tvivla på själva avgörandets riktighet är det viktigt att rätta till rättegångsfel som kan ha haft betydelse för utgången. Parterna är villigare att acceptera lösningen på tvisten om den kommit till i ett rättvist förfarande. Därför är det viktigt att den andra instansen även satsar på att handlägga mål där själva rättegångsförfarandet i underrätten var behäftat med fel.

Ur tvistlösningens synvinkel är det däremot oacceptabelt att hovrätten satsar parternas och samhällets resurser på tvister som avgjorts i tingsrätten på ett acceptabelt sätt. Hovrätten ska alltså handlägga målen bara i den utsträckning det är nödvändigt för att kontrollera om de framlagda påståendena om att tingsrättens avgörande inte är acceptabelt håller streck. Om de håller streck bör handläggningen fortsätta tills problemet blivit rättat. Ur den här synvinkeln är det viktigt man försöker förhindra parterna att överklaga endast i syfte att försöka fördröja verkställandet av domen. Därför måste det finnas spärrar som gör att man kan förkorta behandlingstiden för sådana mål.

Det intressanta med den andra instansen är dess förhållande till rättsskydd och rättsfrid. De övre instanserna motarbetar rättsfriden, eftersom slutresultatet av deras verksamhet kan vara att det gamla beslutet rivs upp.⁷⁷ Den andra instansen medför parterna förutom direkta kostnader för själva rättegången även kostnader som beror på att rättsfrid inte kan nås. Ju flera instanser som har behandlat målet desto högre prioritet får rättsskyddet och desto lägre prioritet får rättsfriden. Trots många instanser kan man inte garantera att slutresultatet i alla mål skulle vara helt acceptabelt. Å andra sidan kan man ju tänka sig att den andra instansens avgörande till skillnad från den första instansens avgörande kunde vara acceptabelt för båda parterna. Likaså kan det faktum att den andra instansen inte ändrar på avgörandet leda till att den tappande parten inser att hon eller han hade fel.

För att uppnå en lösning på en tvist är det också möjligt att den andra instansen tar till medling eller till konfliktlösning. Tyvärr innebär ofta underrättens avgörande att konfliktlösningen eller tvistlösning på fredlig väg misslyckats. Därför är det ofta inte längre ändamålsenligt att medla i den andra instansen.

5.3.1.2 *Funktionerna på det allmänna planet*

Den andra instansen spelar delvis en större roll på det allmänna planet. Detta beror på att avgörandena finns mera allmänt tillgängliga för allmänheten och på att den andra instansens avgöranden uppfattas som riktgivande och mera betydelsefulla även i t.ex. massmedier. Då kan man få en bild av hur rättsreglerna i allmänhet tolkas. Preventionen förutsätter att rättspraxisen är enhetlig och att eventuella felaktiga avgöranden inte förblir i kraft. Därför är det även ur den här synvinkeln viktigt att hovrätterna tar upp till handläggning mål i vilka utgången är eller misstänks vara felaktig.

För att funktionerna på det allmänna planet ska uppfyllas är det viktigt att det förfarande genom vilket avgörandet tillkom ska vara rättvist. Därför är det viktigt att mål i vilka förfarandet i underrätten inte uppfyller vissa minimikriterier antingen återförvisas till underrätten för ny handläggning eller handläggs av den andra instansen.

5.3.1.3 *Övriga funktioner*

I fråga om kontrollfunktionen och den rättsskapande funktionen är den andra instansens roll större än den första instansens. Detta beror delvis på större sak-

⁷⁷ Michael Stürner (2002, 42–43) påpekar att det här argumentet ur civil law-juristernas synvinkel har ett oväntat starkt stöd i engelsk rätt. Inom engelsk rätt ställer man sig nämligen mycket negativt till de följder ett överklagande har för rättsfriden.

kunskap och på att det är fråga om viktiga beslut ur rättsordningens synvinkel. Den andra instansen bidrar till att underrätterna i dess domkrets upprätthåller en likadan rättspraxis, vilket gör att man vet hur rätten ska tolkas. Den andra instansen är också mera lämpad för att avgöra pilotmål och överlag svårare mål eftersom de har större sakkunskap. Därtill har den andra instansen i princip bättre möjligheter att koncentrera sina resurser till svåra eller omfattande mål. Särskilt i fråga om den rättsskapande funktionen har den andra instansen betydligt större betydelse än underrätterna. Den andra instansens avgöranden får mera publicitet och kan därmed i snäv bemärkelse medverka i utvecklingen av rätten. Den andra instansen kan alltså räkna med att dess avgöranden har betydligt större betydelse vid konkretiseringen av vaga normer. Den borde också arbeta för att en viss tolkning ska stabiliseras.

Kontrollfunktionen är av ganska liten betydelse även i hovrätterna i Finland, eftersom det är främst Högsta domstolen som ber om förhandsavgöranden från de Europeiska gemenskapernas domstol. Likaså är det främst de högsta instansernas uppgift att utöva inomnationell lagprövning.

Sammanfattningsvis kan alltså sägas att den andra instansen i första hand bör se till att tvister blir lösta effektivt och acceptabelt. Därtill ska den se till de övriga funktionerna. Den rättsskapande funktionen har i snäv bemärkelse en större roll i hovrätterna än för domstolsväsendet som helhet.

5.3.2 Den andra instansen i domstolssystemet

Den andra instansens funktioner inom domstolsväsendet består av dess roll som mellaninstans. Den ska alltså inte bara bidra till att civilprocessens allmänna funktioner uppfylls, utan även ha en meningsfylld roll inom domstolsväsendet. Den andra instansens roll ska alltså klart skilja sig från såväl underrätternas roll som från den högsta instansens roll.

I domstolssystem som består av tre instanser bör den andra instansen skilja sig både från den första och från den tredje instansen. Typiskt är att den andra instansen inte handlägger alla mål fullt ut. En del mål överklagas inte, medan domstolar av andra instans har större möjligheter att bland de mål som överklagas gallra ut de mål och de frågor de anser vara av särskilt intresse. Den tredje instansen utgörs av en domstol som vanligtvis noggrant väljer vilka mål den handlägger och till vilka delar den handlägger dem. Typiskt är att alla eller praktiskt taget alla mål har tillgång till någon typ av prövning i den andra instansen, medan den tredje instansen väljer ut endast juridiskt intressanta eller viktiga mål. Den tredje instansen prövar oftast inte målen i sak om de lägre instanserna kommit till rätt slutsats, medan den andra instansen gör det.⁷⁸ I den

⁷⁸ Herzog – Karlen 1982, 4–6.

finska diskussionen har man ofta talat om den andra instansens rättelsefunktion (*oikaisufunktio*).⁷⁹ Den här benämningen är kanske inte den bästa möjliga, men visar att de högre domstolarna ska fokusera på potentiellt oriktiga avgöranden.

Den tyska lagstiftaren har utgått från att de olika instansernas funktioner kan karakteriseras på följande sätt: ”die erste Instanz [ist] auf die streitbeendende Konfliktlösung ausgerichtet, die zweite Instanz soll Verfahren und Rechtsanwendung kontrollieren und dabei eventuell aufgetretene Fehler korrigieren, die dritte Instanz dient Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen, der Rechtsfortbildung und der Wahrung der Rechtseinheit.”⁸⁰ Den första instansen bör alltså vara inriktad på tvistlösning; den andra på att kontrollera att första instansen handlagt och avgjort målen på rätt sätt och därefter korrigerat eventuella fel; och den tredje instansen har i uppgift att ta ställning till principiella frågor, utveckla rätten och se till att rätten tillämpas lika överallt. Den tyska lagstiftaren ville i samband med reformen år 2002 göra en klar skillnad mellan den första och den andra instansen, så att det klart skulle vara fråga om överprövning i stället för omprövning i den andra instansen. Samtidigt ville man göra tillgången till den andra instansen bättre genom att endast utesluta bagatellmål (där värdet inte överskrider 600 euro) från tillgången till den andra instansen.⁸¹ Den tyska lagstiftaren ansåg även att den första instansen har de bästa förutsättningarna för att göra en pålitlig bedömning av den muntliga bevisningen. Vid det skedet då målet handläggs i den första instansen har det inte gått så lång tid från händelseförloppet och själva domstolsförfarandet och utgången i målet har inte ännu hunnit påverka dem som ska höras.⁸²

5.3.3 Sammanfattning

Hovrätten bör alltså i första hand fungera som en kontrollinstans. Genom att överpröva – inte ompröva – underrättens avgöranden bidrar hovrätten till att stärka civilprocessens tvistlösningsfunktion.⁸³ Detta kan endast ske genom att hovrätten tar en roll som skiljer sig klart från tingsrättens roll. Om hovrätten omprövar målen leder det till att dess roll i domstolssystemet skiljer sig marginellt från tingsrättens. Omprövning innebär nämligen att det blir en ny, nästan fullständig rättegång där alla de frågor som överklagats och t.o.m. frågor som inte överklagats tas upp till prövning. Det blir en rättegång *de novo*. Eftersom

⁷⁹ Jokela 2004, 457.

⁸⁰ Oberheim 2001, 509.

⁸¹ Pantle – Kreissl 2002, 16–17.

⁸² Rimmelspacher 2002a, 233.

⁸³ Jolowicz (2000, 331–332) påpekar att den part som förlorat i underrätten gärna ser att hon eller han får en förnyad rättegång där hon eller han kan framföra material som hon eller han förbi-sett eller av andra orsaker inte framlagt i underrätten.

den i så fall prövar även sådana mål där såväl förfarandet som utgången i tingsrätten var riktig försämrar såväl tvistlösningen som handlingsdirigeringen. Den andra möjligheten är alltså överprövning vilket betyder att hovrätten börjar med att pröva om det finns någon orsak att ta upp målet eller delar av det till en full prövning.⁸⁴ Det här betyder att hovrätterna i första hand koncentrerar sina resurser till mål i vilka fel i handläggningen av målet eller i bedömningen av rätts- och bevisfrågorna skett i underrätten.

Överprövningen innebär alltså att hovrätten i ett förenklat förfarande tar ställning till om det finns anledning att misstänka att förfarandet eller avgörandet i underrätten är behäftat med fel. Det förenklade förfarandet kan vara utslutande skriftligt för att hovrätten ska kunna fullgöra sin uppgift. Gallringen av målen är dock inte helt problemfri: det är inte alltid möjligt att försäkra sig om att avgörandet är felfritt i ett förenklat förfarande. Detta beror på att de frågor som måste utredas till sin karaktär är sådana att det är svårt att utreda dem i ett summariskt förfarande. Därför betyder överprövning att sådana mål i vilka hovrätten inte kan försäkra sig om att handläggningen och utgången är felfri alltid bör tas upp till full prövning. Även problemen med att ta ställning till påstådda eller misstänkta fel eller brister i värderingen av eller innehållet i muntlig bevisning leder till vissa problem eftersom dessa frågor inte går att pröva i ett skriftligt, summariskt förfarande.

Fördelen med att gallra målen är att domstolen sparar mycket möda genom att inte pröva alla mål fullt ut. Istället kan den koncentrera sina resurser på de mål och frågor som är viktiga. Det faktum att den ena parten använder ett rättsmedel behöver dock inte betyda att handläggningen eller avgörandet är behäftat med fel.⁸⁵

I många nordiska och kontinentaleuropeiska länder har problemet varit att den andra instansen börjat likna ”en andra första instans,”⁸⁶ med den följderna att den inte på bästa möjliga sätt bidragit till att civilprocessens allmänna funktioner skulle uppfyllas. I längden har de flesta länder inte råd med ett sådant system. Den andra instansen måste tydligt ha en annan funktion än den första instansen.

Problemet med rättsskyddet är att ju generösare man är med möjligheterna att få mål prövade i andra instansen, desto mindre resurser har domstolen för det enskilda målet. Tvistlösningen försämrar om det tar länge och kostar mycket att få sitt mål avgjort eftersom rättegången i den andra instansen är oproportionerligt dyr och tidsödande i förhållande till intresset i målet och kvaliteten av underrättens avgörande. Därför gäller det att hitta rätt balans.

⁸⁴ Se Herzog – Karlen 1982, 28–33, där de olika alternativen behandlas i ett komparativt perspektiv.

⁸⁵ Virolainen 1977, 4–5.

⁸⁶ Den första instansen har varit och är i många länder ett slags provomgång där rättegångsmaterialet samlats in. Den egentliga rättegången har sedan försiggått i den andra instansen. Se t.ex. Stürner 2002, 39.

Samtidigt får den andra instansen inte heller bli en slags ”första högsta instans”, alltså att den koncentrerar sig alltför mycket på att utveckla, eller rättare sagt konkretiserar, rätten genom prejudikat och utövar kontroll över andra domstolar och myndigheter. Visserligen kvarstår än i dag ett visst behov av att kontrollera tingsrätternas verksamhet, men behovet är ett helt annat än under hovrätternas två första sekler.

Domstolar av andra instans i ett system med tre instanser uppfyller bäst civilprocessens allmänna funktioner och sin roll i domstolsväsendet genom att koncentrera sig på att i första hand kontrollera att underrätterna handlagt och avgjort målen på ett acceptabelt sätt. Därtill bör domstolar av andra instans se till att rättstillämpningen är enhetlig och att oklara eller vaga bestämmelser konkretiseras genom rättspraxis.

6 Den andra instansen och principerna

6.1 RÄTTSPRINCIPER OCH DEN ANDRA INSTANSEN

Rättsprinciperna har en stor betydelse för civilprocessen som helhet. Antalet civilprocessrättsliga principer varierar stort beroende på hur fin indelningen är och vilka betoningar man vill göra. Eftersom den här avhandlingens tema är tillgången till den andra instansen tar jag främst upp sådana civilprocessrättsliga principer som är direkt relevanta för tillgången till den andra instansen. Det här betyder att endast principer som påverkar sätten att gallra mål på och utformningen av förfarandet i helhet analyseras mera noggrant. Därför lämnas t. ex. principen om *reformatio in pejus* bort trots att den i och för sig har en stor betydelse för den andra instansen.¹

Principerna diskuteras såväl på rättens översta, stormiga skikt som på rättskulturens plan. Ytplanet utgörs främst av bestämmelserna i EMRK och EMRD: s tolkning av dessa bestämmelser. De utgör ett minimikrav som den finska lagstiftaren inte kan avvika från. Oftast sker utvecklingen och nytolkningen av principerna främst på rättskulturens plan. Tolkningen av principerna befinner sig i en konstant, men långsam, rörelse. Nya tolkningar slår småningom rot. Därför tar jag mig friheten att också diskutera modernare, alternativa tolkningar av vissa rättsprinciper.

6.2 ALLMÄNT OM FÖRFARANDEPRINCIPER

De civilprocessrättsliga principerna brukar delas in i rollprinciper,² förfarandepprinciper och beslutsprinciper. Kännetecknande för förfarandepprinciperna är att de reglerar själva förfarandet; dess form, förlopp och domstolens sätt att bemöta parterna. Förfarandepprinciperna kan indelas i två grupper: de mest grundläggande principerna som har ett direkt samband med grundläggande rättigheter; och mera specifika principer som reglerar någon aspekt av rättegången.³ Den första gruppen av principer är en direkt återspeglning av grundlagens bestämmelser om jämlikhet och rättsstatsprincipen.⁴ Därtill inverkar även den grund-

¹ Virolainens doktorsavhandling tillägnades principen om *reformatio in pejus*.

² Rollprinciperna utgörs främst av den dispositiva principen och förhandlingsprincipen.

³ Se även Ervo (1996, 27–29) som anser att grundlagens och mänskorättskonventionens bestämmelser har prima facie en större vikt än övriga processrättsliga principer.

⁴ Det här syns i de tyska civilprocesskommentarerna på det sättet att de principer som kan härledas ur grundlagen behandlas skilt från de principer som är ”endast” civilprocessuella. Den tys-

läggande rättigheten till domstolsbehandling. Den här indelningen är särskilt viktig i tysk doktrin, men man kan se allt tydligare spår av att tankegångarna börjat slå rot även hos oss. Leppänen har använt den här indelningen i sin avhandling.⁵ Han höjer *reihusperiaate* (principen om en juste rättegång) och *asianmukaisusperiaate* (vederbörlighetsprincipen) till högsta principer som står ovanför resten av principerna. Indelningen i de mest centrala principerna, alltså metaprinciperna, och i övriga principer innebar ett viktigt framsteg, även om innebörden i dessa principer och skillnaden mellan dem är enligt min mening diffus och alltför onyanserad. I andra sammanhang används en lite annan kategorisering av dessa grundläggande förfarandep principer.

Den andra gruppen av civilprocessuella principer som reglerar själva förfarandet⁶ har en lite annan karaktär. De har karakteriserats mera som ett sätt att nå fram till ett riktigt slutresultat. Den här beskrivningen är trots allt för snäv, eftersom förfarandep principerna också förespråkar ett förfarande där parterna ges en möjlighet att framföra sina synpunkter direkt till de personer som avgör målet. Samtidigt får domstolen ett ansikte, den slutar vara helt anonym. Om vi ser bakåt i tiden kan vi spåra båda grupperna till upplysningen och den franska revolutionen.⁷ Den andra gruppen av civilprocessuella principer har ett samband med fri bevisvärdering, eftersom de i praktiken möjliggör att principen tillämpas fullt ut.⁸ I dag har även den här gruppen av principer allt mer uppfattats som ett egenvärde även i finsk processrätt.⁹

Indelningen i de mest grundläggande förfarandep principerna, d.v.s. metaprinciperna, och i andra förfarandep principer är ett relativt nytt fenomen i vår civilprocessrätt. Leppänen är i mitt tycke den som lanserade skillnaden, även om det redan fanns en grund att bygga på. Trots att Leppänen lanserade principen om en juste rättegång och vederbörlighetsprincipen har principen om kontradiktion

ka grundlagen och grundläggande rättigheter har en viktig roll i den tyska rättsdogmatiken, vilket leder till att skillnaden mellan dessa två grupper verkar vara markant. Se Hallberg 2001, 27–28 om rättsstatsprincipen och kravet på rättsskydd.

⁵ Leppänen 1998, 55 ff och figur 1 på sidan 73.

⁶ Smith (2000, 95) diskuterar dessa principer under rubriken ”sagsbehandlings form.”

⁷ Nousiainen 1993, 285–289.

⁸ För att kunna fastställa ett bevisvärde på ett tillförlitligt sätt bör domstolen motta bevisningen omedelbart. Avgörandet i målet måste ske snart efter detta för att domstolen ska kunna göra en tillförlitlig helhetsvärdering. Båda parterna måste ha rätt att kommentera och ställa frågor till bevispersonerna för att domstolen ska kunna få en mångsidig bild av situationen. Detta sker allra bäst i en muntlig, koncentrerad huvudförhandling. Se Lindblom 2000, 272. Se även Wrede 1953, 88–89 om fördelarna med muntlighet. Se även Leppänen 1998, 79 och Gärde – Enströmer – Strandberg – Söderlund 1994, 173–174.

Det är intressant att notera att man i Finland sakta men säkert från och med 1700-talet övergick till att i praktiken tillämpa principen om fri bevisvärdering trots att förfarandet inte var muntligt, koncentrerat och omedelbart. Principen om fri bevisprövning infördes i mitten av 1900-talet trots att förfarandet inte var muntligt, utan muntligtprotokollariskt, vilket betyder att det varken var omedelbart eller koncentrerat. Se Tirkkonen 1974, 89–94 och Leppänen 1998, 83–84.

⁹ Se Huovila 2003, 76–77 och särskilt not 93 samt där nämnda källor.

varit den princip som de flesta författare fortfarande behandlar som den grundläggande principen. Den kontradiktoriska principen har fått en roll som täcker många aspekter långt utanför det ursprungliga fältet av *audiatur et altera pars*. Detta har lett till att principens innehåll blivit mycket vagt och att de aspekter som anses lyda under den går långt utanför den semantiska betydelsen av kontradiktion. Som ett exempel kan nämnas att Lappalainen anser att kontradiktionsens innebörd är att parterna har en tillräcklig möjlighet att driva sin talan.¹⁰ Lappalainen beskriver att innebörden blivit mycket ospecificerad och att det inte längre motsvarar namnet på principen. Virolainen delar i sin tur in kontradiktionen i tre olika punkter: (1) partens rätt att föra sin egen talan, d.v.s. att framställa sina yrkanden, grunderna för dem och bevis, (2) partens rätt att uttala sig om motpartens yrkanden, grunderna för dem och de bevis motparten framfört. För att kunna förverkliga de här rättigheterna måste parten (3) få information om målet, behandlingen av det och det motparten framfört i målet.¹¹ Även Eerola har en motsvarande indelning.¹²

I EMRK är principen om *fair hearing* en grundläggande princip.¹³ Problemet med *fair hearing* är att det täcker ett mycket omfattande område, vilket sannolikt är ett resultat av att rätten utvecklats av domstolen, inte rättsvetenskapen. Därför är doktrinen mycket oklar. Doktrinen om *fair hearing* i EMRK har sitt ursprung i den anglosaxiska rättskulturen där man talar om *fair trial* eller *due process*.¹⁴ Principen om *fair trial* har sitt ursprung i det man kan kalla *the sporting theory* där rättegången ses som ett spel. Därför betyder *fair trial* ungefär det samma som *fair play* inom sporten. *Fair trial* har alltså en mycket vidare betydelse än att parterna ska behandlas jämlikt. Till kontinentaleuropeisk rätt har termen kommit via 6 art. EMRK.¹⁵ I konventionen talas såväl om *fair hearing*, som är en motsvarighet till *fair trial*, som om främst *equality of arms* (vapenlikhet) som en av de principer som lyder under principen om *fair trial*. Problemet med begreppet *fair hearing* i samband med EMRK är att termen används för att täcka nästan alla aspekter av en rättegång. Till Finland har termen

¹⁰ Lappalainen 1995, 61. Även förhållandet mellan kontradiktion och principen om *jura novit curia* är oklar. Lappalainen (JFT 1993, 37–38) anser i mitt tycke helt korrekt att kontradiktion betyder att domstolen måste förvarna parterna om den överväger att tillämpa en bestämmelse som parterna förbisett. Se även Virolainen 1988, 122 och 305 ff.

¹¹ Virolainen 1995, 215.

¹² Eerola 1996, 37. Eerola gör visserligen en indelning i fem punkter, men hans fem punkter kan komprimeras till Virolainens tre.

¹³ Aall 1996, 204–205.

¹⁴ Se Spolander 2003, 417–420 om *procedural due process* och dess förhållande till *fair trial*.

¹⁵ Vollkommer (1980, 209–211) anser att likhetsprincipen har sitt ursprung i Magna Charta, alltså den engelska rätten. Men till tysk rätt har den kommit via EMRK, även om man inte har anammat terminologin som används i den tyska översättningen av texten. Detta beror på att ordet *fair* inte går att översätta till tyska och att den valda översättningen är misslyckad. *Bundesverfassungsgericht* har dock aldrig hänvisat till konventionen i sin rättspraxis. Se även Cappelletti (1988, 246–249) försök att ringa in begreppet *fair*.

transporteras via EMRK. Principen om *fair trial* har påverkat tolkningen av den kontradiktoriska principen. På samma sätt har vi i Finland börjat tala om vapenlikhet (*equality of arms*) som en följd av influenserna från EMRK.¹⁶ Vapenlikheten är dock endast en underprincip till principen om en juste eller rättvis rättegång.¹⁷

Principen om *fair hearing* i EMRK är lik den finska normen om kontradiktion mycket obestämd till sitt innehåll och omfattar många sådana sidor för vilka det redan finns en egen, specifik princip.¹⁸ Förhållandet mellan dessa två principer kan uppfattas på olika sätt. Man kan se den kontradiktoriska principen som en inhemsk variant av principen om *fair trial* så att man anser att den talar för en jämlik behandling av parterna.¹⁹ Problemet är då att innehållet i principen är så omfattande att det blir svårt att använda principen som ett effektivt argument. Man kan också se den kontradiktoriska principen som fristående från principen om *fair trial*. Då kan man fråga sig om kontradiktionen uppfattas som en helt egen princip i mänskorättskonventionen.²⁰

I tysk rätt är situationen annorlunda: där har såväl författningsdomstolen (*Bundesverfassungsgericht*) som rättsvetenskapen utvecklat en doktrin om indelning i grundläggande och vanliga civilprocessrättsliga principer. Den tyska doktrinen om de grundläggande principerna *Anspruch auf ein faires Verfahren* och *Anspruch auf rechtliches Gehör* är mycket välutvecklad, så innebörden och omfattningen av dessa två principer är klar. En studie av den tyska doktrinen visar vilka fördelarna med en klar doktrin är för gestaltningen av förfarandet i tvistemål. Den tyska doktrinen kunde även hjälpa oss att utveckla doktrinen om de grundläggande civilprocessuella principerna så att den stöder både domstolarna och lagstiftaren. Ju mer flexibel handläggningen i hovrätterna är desto större är behovet av en välutvecklad doktrin om principerna som ett stöd för besluten om handläggningsordning.

Av de här orsakerna utgår jag alltså från Leppänens tanke om att lyfta upp två principer, göra två principer till metaprinciper. Däremot anser jag att Leppänens teori om indelningen i principen om en juste rättegång (*reiluusperiaate*) och vederbörlighetsprincipen (*asianmukaisuusperiaate*) inte är tillräcklig. Enligt Leppänen är dessa två principer främst varandras spegelbilder, där vederbörlighetsprincipen handlar om att rättegången *de facto* är juste, medan princi-

¹⁶ Se Lappalainen 1995, 61, Virolainen 2003, 105–106.

¹⁷ Baumgärtel 1993, 30.

¹⁸ Aall (1996, 204–205) anser att bestämmelsen om *fair hearing* har åtminstone fyra olika funktioner: Det är fråga om en regel i sig, det är fråga om ett överbegrepp för flera normer, ett begrepp som möjliggör en utveckling av tolkningen av konventionen, och som ett sätt att begränsa tillämpningsområdet för art. 6.

¹⁹ Se Ervo 2005, 133 ff.

²⁰ Aall (1996, 206) sätter likhetstecken mellan dessa två principer, medan t.ex. Danelius (2002, 195–196) inte gör det.

pen om en juste rättegång endast förutsätter justhet *in abstracto*.²¹ Jag tycker att man mycket väl kan integrera dessa två sidor av en juste rättegång i en och samma princip. Leppänen anser att de två centrala elementen i båda principerna är ”rättegångens interna öppenhet” (*oikeudenkäynnin sisäinen avoimuus*) och jämställdhet mellan parterna.²² Jag tycker att den här utgångspunkten är helt rätt, men att det vore bättre att skilja mellan dessa två aspekter, inte mellan den abstrakta och konkreta versionen av dem. Förutom att jag tycker att den här ändringen är central tycker jag också att det är viktigt att utvidga den traditionella synen på öppenhet och jämställdhet. I fråga om öppenhet betyder det att jag reducerar den kontradiktoriska principen till sin ursprungliga betydelse *audiatur et altera pars*, alltså att domstolen i princip alltid ska höra även motparten, eller åtminstone bereda honom tillfälle att yttra sig. Reduceringen sker till förmån för två nya överbegrepp, principen om en juste rättegång och rätten att driva sin talan.²³ Dessa två principer är alltså grundläggande civilprocessuella principer och fungerar samtidigt som överbegrepp för andra rättsprinciper. Man kan jämföra dessa två principer med den straffrättsliga legalitetsprincipen som är ett samlingsbegrepp för fyra olika principer.²⁴ Principen om en juste rättegång och rätten att driva sin talan kan på samma sätt delas in i olika aspekter, varav alla ger mera konkreta direktiv om hur principerna ska tillämpas i praktiken. Samtidigt utgör de metanormer som i stil med generalklausuler fastställer hurdant rättegångsförfarandet bör vara.

Jag indelar alltså förfarandepriinciperna i två grupper: de grundläggande förfarandepriinciperna och övriga förfarandepriinciper. Till den första gruppen hör principen om en juste rättegång och principen om rätten att driva sin talan. Dessa återspeglar direkt den allmänna jämlikhetsprincipen, rättsstatsprincipen och rätten till domstolsbehandling. Den andra gruppen utgörs av traditionella civilprocessrättsliga principer; av muntlighet, omedelbarhet och koncentration.

6.3 PRINCIPEN OM EN JUSTE RÄTTEGÅNG

Principen om en juste rättegång har först under de senaste åren gjort entré på allvar i den finska rättsvetenskapliga diskussionen. Den kom in i diskussionen i samband med reformen av de grundläggande rättigheterna och Finlands inträde i EMRK. Principen kom alltså främst in som en respons på kravet på *fair hearing* i EMRK 6 art.²⁵ Leppänen har utvecklat principen vidare i riktning mot en

²¹ Leppänen 1998, 62 respektive 58.

²² Leppänen 1998, 56 och 61.

²³ Se även Ervo 2005, 58–60.

²⁴ Se Frände 1989, 1–4 och 223 ff.

²⁵ Lager 1994, 90 och Virolainen 1995, 99. Jokela (Jokela 1996, 45 ff. och 134) talar inte explicit om någon rättvis rättegång, däremot nog om *equality of arms*.

finsk version av principen. Han anser att det finns goda skäl som talar för att en sådan princip finns och att det finns ett klart behov för en sådan princip. Däremot har Leppänen inte gått in för att närmare definiera innehållet i principen.²⁶ Även Ervo har behandlat principen om en juste rättegång, som hon kallar *osa-puolten tasa-arvoisuus* (parternas jämlikhet). Hon diskuterar principen främst i en straffprocessrättslig ram och bygger sin syn i första hand på EMRK och EMRD:s praxis och på gränsområdet mellan juste rättegång och kontradiktion.²⁷ Principen om en juste rättegång är på väg in i finsk civilprocessrättslig dogmatik, men processen är fortfarande på hälft.

Om man vänder blicken mot Skandinavien märker man att situationen i stort sett är densamma i Sverige. I Norge²⁸ och Danmark²⁹ finns en begränsad version av principen kallad likhetsprincipen eller partsprincipen, som har en befäst ställning bland de centrala civilprocessuella principerna. Trots detta är litteraturen om principen ganska knapphändig. Situationen är en helt annan i Tyskland, där principen om *Anspruch auf ein faires Verfahren* har en befäst ställning. På grund av att det tyska rättssystemet i hög grad liknar det finska rättssystemet är det mycket intressant att se på den tyska doktrinen.

Principen om en juste rättegång har sitt ursprung såväl i grundlagen som i EMRK, där det stadgas om *fair hearing*. Att översätta ordet *fair* med svenskans rättvis ger då en lite skev bild av ordets egentliga betydelse. Enligt Norstedts engelska ordbok kunde *fair* översättas med följande ord: rättvis, juste, regelmässig, skälig, rimlig, hygglig, oförvitlig och fläckfri.³⁰ Ordet rättvis är bara en av många lämpliga översättningar. Med tanke på ordets etymologi kunde orden juste och regelmässig som används i sportsammanhang till och med vara bättre översättningar än ordet rättvis. På motsvarande sätt har tyska jurister börjat använda termerna *fair* och *Fairneß*.

6.3.1 Juste rättegång enligt mänskorättskonventionen

Begreppet *fair hearing* är en central del av art. 6 i mänskorättskonventionen. Begreppet är dock problematiskt eftersom det omfattar många olika krav som kan ställas på en rättegång. Rättsstatsprincipen är en av utgångspunkterna för principen om *fair trial*. Bland annat i målet *Brumarescu mot Rumänien*³¹ konstaterade mänskorättsdomstolen att:

²⁶ Leppänen 1998, 56–62.

²⁷ Ervo 2005, 132–141.

²⁸ Skoghøy 2001, 430–432.

²⁹ Gomard 2003, 30.

³⁰ Norstedts engelsk-svenska ordbok, 1995, 294.

³¹ St. 61.

”The right to a fair hearing before a tribunal as guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention must be interpreted in the light of the Preamble to the Convention, which declares, among other things, the rule of law to be part of the common heritage of the Contracting States. One of the fundamental aspects of the rule of law is the principle of legal certainty...”

Principen om *rule of law* är alltså central för tolkningen av konventionen och principen om *fair hearing* en materialisering av *rule of law* inom processrätten. Problemet är att detta inte ger någon direkt hjälp så man försöker specificera alla de aspekter som lyder under begreppet. De flesta författare anser att kravet på *fair hearing* innehåller åtminstone de flesta av följande element: *equality of arms*, rätten att närvara vid den muntliga handläggningen (och rätten till en muntlig handläggning), rätten att framföra bevisning, rätten till ett motiverat avgörande, och vissa övriga rättigheter.³² Doktrinen om *fair hearing* är varken välutvecklad eller nyanserad. Därför är det svårt att använda begreppet som ett analytiskt verktyg.

Man kan ändå utgå från att *fair hearing* innebär att rättegången granskad som en helhet måste vara juste. Detta är särskilt viktigt i de fall domstolen har en möjlighet att välja mellan olika handläggningsformer, vilket är fallet i den andra instansen. Rättegången måste alltså ses som en helhet i ljuset av omständigheterna: domstolens befogenhet att pröva målet och arten av de frågor som överklagats.

Det viktigaste delementet i kravet på en *fair hearing* är *equality of arms* som säger att parterna måste behandlas jämlikt.³³ I målet *Dombo Beheer mot Nederländerna*³⁴ konstaterade EMRD att kravet på *equality of arms* ingår i *fair hearing*, och att begreppet kan användas i betydelsen ”’a fair balance’ between the parties”. Domstolen konstaterade vidare att ”’equality of arms’ implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case—including his evidence—under conditions that do not place him at substantial disadvantage vis-à-vis his opponent.”³⁵ Kravet på *equality of arms* gäller såväl rätten att framföra bevisning på lika villkor som rätten att uttala sig om relevanta omständigheter. Eftersom det är fråga om en bedömning *in casu* är det ”left to the national authorities to ensure in each individual case that the requirements of a

³² Van Dijk – van Hoof 1998, 428 ff., Ovey – White 2002, 155–160, Harris – O’Boyle – Warbrick 1995, 202 ff., Frowein – Peukert 1996, 196 ff., Pellonpää 2005, 360 ff., Danelius 2002, 194 ff. Jämför dock med Schilling 2004, 188 ff.

³³ Ervo 2005, 133 och Aall 1996, 206.

³⁴ *Dombo Beheer B.V. mot Nederländerna*. Fallet gäller ett straffrättsligt mål, men domstolen har i målet *Dombo Beheer mot Nederländerna* A 274, st. 34 konstaterat att samma regel gäller i civilrättsliga mål.

³⁵ *Dombo Beheer B.V. mot Nederländerna*, st. 33. Kravet på *equality of arms* i civilrättsliga mål härleds ur motsvarande krav i straffrättsliga mål. Domstolen hänvisar till *Feldbrugge*-målet där den konstaterade att det måste råda balans mellan parternas möjligheter att driva sin talan.

'fair hearing' are met".³⁶ I domstolens praxis har frågan om *equality of arms* vanligen aktualiserats i samband med bevisföringen. Eftersom tolkningen av begreppet är så vid kunde det tolkas som ett krav på att parterna ska ges jämlika möjligheter att driva sina mål. Även här gäller maximen "justice must be seen to be done".

Den relativt generella normen om *equality of arms* har konkretiserats på olika sätt i EMRK och EMRD:s praxis. För det första anses art. 6 (3) punkt d ofta utgöra grunden för begreppet. Enligt den här normen ska den som är anklagad för ett brott ha rätt att förhöra eller låta förhöra bevispersonerna som åberopas mot honom och att för egen räkning få vittnen inkallade och förhörda under samma förhållanden som de vittnen som åberopas mot honom. Till ordalydelsen gäller bestämmelsen endast straffprocessen, men i målet *Albert och Le Compte* ansåg EMRK att nämnda bestämmelse gäller *mutatis mutandis* även i tvistemål.³⁷ Det här betyder att parterna har rätt att kalla vittnen och att förrätta förhör eller motförhör.³⁸ Rättigheten är inte absolut eftersom domstolarna bör kunna begränsa antalet bevispersoner som ska höras under vissa förhållanden, annars kunde en part försöka fördröja rättegången otillbörligt.

I målet *Dombo Beheer B.V.* hade muntlig bevisning en central ställning för utgången av målet, frågan gällde om X och Y hade ingått ett avtal. *Dombo Beheers* motpart fick kalla Y som sitt vittne, men *Dombo Beheer* fick inte kalla X som sitt vittne eftersom X, som var företagets VD, var i en sådan ställning inom företaget att han inte kunde kallas som vittne. Eftersom parterna inte fick likadana möjligheter att föra sin talan ansåg EMRD att *Dombo Beheer* inte fått en rättvis rättegång. Å andra sidan har EMRD konstaterat att ett förfarande där den ena partens make hörs utan vittnesed inte bryter mot konventionen. I målet *Ankerl mot Schweiz* hade nämligen även annan bevisning framlagts. Därtill konstaterade domstolen att det inte nödvändigtvis inverkar om vittnet blivit hört under ed eller inte ifall domstolen har rätt till fri bevisvärdering.³⁹ Vidare bör parterna ha samma rätt att kalla in sakkunniga eller att begära utlåtanden av sakkunniga och att få ett sådant utlåtande att bli en del av processmaterialet. I målet *Bönisch mot Österrike* konstaterade domstolen att om en domstol hör en sakkunnig den *ex officio* utsett, måste den sakkunniga behandlas på ett sådant sätt att hans ställning är och förblir neutral. Ifall den sakkunniga inte är neutral ska den part som lider av detta kunna kalla en egen sakkunnig.⁴⁰ I målet *Bönisch* hade nämligen den sakkunniga fått närvara under hela domstolsbehandlingen och han hade fått ställa frågor, med andra ord var hans ställning sådan att han inte kunde jämföras med ett vittne.

³⁶ *Dombo Beheer mot Nederländerna*, st. 33.

³⁷ *Albert och Le Compte mot Belgien*, st. 39.

³⁸ Frowein – Peukert 1996, 224.

³⁹ *Ankerl mot Schweiz*, st. 35–38.

⁴⁰ *Bönisch mot Österrike*, st. 28 ff.

En intressant tolkning av kravet på *equality of arms* framkommer i fallet Feldbrugge⁴¹. Enligt domstolen kan det faktum att en part inte fått bekanta sig med allt rättegångsmaterial och därmed inte heller kunnat uttala sig om det eller framföra motargument eller motbevisning betyda ett brott mot regeln om *equality of arms*. Det här gäller trots att motparten inte heller har haft den möjligheten.

Även frågor som gäller översättning och tolkning faller delvis under principen om *equality of arms*. Om den ena parten inte behärskar det språk som vissa eller alla dokument är skrivna på måste dessa dokument översättas. Översättningen måste vara tillräckligt högklassig för att båda parterna ska ha lika möjlighet att bekanta sig med dokumentens innehåll; ofta tvistar man ju om nyanser och enskilda ord och deras innebörd.⁴² Det faktum att den ena parten beviljats rättshjälp betyder inte att motpartens rätt till *equality of arms* skulle ha blivit kränkt. Tvärtom beror det på motpartens möjlighet att driva sitt mål effektivt.⁴³

En annan rättighet inom ramen för kravet på *fair hearing* är att medlemsstaten inte får ingripa i rättegången genom att stifta en lag som gäller även retroaktivt.⁴⁴ I de fall som gällt tvistemål har EMRD ansett det bevisat att staten har stiftat lagen retroaktivt för att påverka utgången i målet.⁴⁵ Vidare är det värt att nämna förbudet mot ”onödig formalism” som än så länge är ganska vagt, men som klart är på väg att bli starkare.⁴⁶ Principen om *equality of arms* i samband med *fair hearing* betyder alltså att parterna såväl ska ha rätt att bli likvärdigt behandlade på alla tänkbara sätt som att bli hörda.⁴⁷

6.3.2 Juste rättegång i tysk rätt

I Tyskland ökade intresset för grundlagens inflytande på civilprocessen markant i slutet av 1970-talet. Då utvecklades teorierna *Anspruch auf ein faires Verfahren* och *Waffengleichheit*, alltså de tyska motsvarigheterna till *fair trial*.⁴⁸ Intresset för dessa frågor kom via straffprocessrätten till civilprocessrätten.⁴⁹ Principen om *Anspruch auf ein faires Verfahren* kan härledas från bestämmelsen om

⁴¹ St. 44.

⁴² Frowein – Peukert 1996, 215.

⁴³ Frowein – Peukert 1996, 224.

⁴⁴ Inom straffprocessen är det ju enligt förbudet mot retroaktiv lagstiftning naturligt att en stat aldrig får stifta retroaktiva straffbestämmelser. I fråga om privaträttsliga lagar är frågan mera komplicerad.

⁴⁵ Stran Greek Refineries, st. 50 och National & Provincial Building Society, st. 112–113.

⁴⁶ Lorenzen – Rehof – Trier – Holst-Christensen – Vedsted-Hansen 2003, 220–221. Se även Sotiris och Nikos Koutras ATTEE mot Grekland st. 20 och 21 och Boulougouras mot Grekland, st. 23–24.

⁴⁷ Ervo 2005, 135–136. Jämför Robberstad 1999, 153 ff.

⁴⁸ Se t.ex. Schumann ZZP 1983 och Benda – Weber, ZZP 1983 om den hör utvecklingen.

⁴⁹ Tettinger 1984, 16–17.

personlig integritet och självbestämmanderätt i Grundgesetz (GG) 2 art. 1 st. i kombination med rättsstatsprincipen (GG 20 art. 3 st.).⁵⁰ *Anspruch auf ein faires Verfahren* utgör i dag både enligt rättspraxis och enligt rättsdogmatiken en grundläggande rättsprincip inom den tyska civilprocessen.⁵¹

Enligt *Bundesverfassungsgericht* innebär *ein faires Verfahren* att domstolarna måste gestalta förfarandet på ett sådant sätt som parterna skäligen kan förvänta sig. Domstolen får inte handla i strid med sin tidigare praxis eller tidigare råd, den får inte sätta sina egna fel till last för parterna, och den ska beakta det konkreta målet och parternas situation i målet. Därtill får tillgången till domstolarna och de högre instanserna inte försvåras på grund av omständigheter som inte har med saken att göra.⁵² Förfarandet ska alltså vara förutsägbart.⁵³ Till exempel har *Bundesverfassungsgericht* konstaterat att det inte var möjligt att avvisa en överklagan som gjorts av en advokat vars underskrift ansågs vara oläsbar, eftersom samma domstol tidigare godkänt inlagor undertecknade av samma advokat.⁵⁴ Därmed handlar *fares Verfahren* inte i första hand om att parterna ska ges lika rättigheter, utan om att rättegången ska löpa enligt förväntan. Man kunde jämföra begreppet *fares Verfahren* med ett terränglopp, där det i första hand är viktigt att banan är förutsägbart; att den inte innehåller konstiga hinder eller alltför mycket höjdskillnader och att längden på banan ska motsvara den angivna längden. Därtill ska deltagarna i loppet behandlas lika.

Förutom att själva förfarandet ska vara ”rättvist” i den här bemärkelsen ska domstolen också vara rättvis då den utövar sin prövningsmakt. Då domstolen bestämmer t.ex. hur lång en viss frist ska vara eller om den ska ge en deldom eller en mellandom, ska den bygga sitt avgörande på ett juste sätt.⁵⁵ Avgörandet får endast bygga på sakliga grunder. Domstolen får inte missbruka den prövningsmarginal lagstiftaren givit. Det här är en mycket viktig synpunkt vad gäller andra instansens möjligheter att förkasta utsiktslösa mål och att välja mellan muntligt och skriftligt förfarande. Ett sådant avgörande får inte basera sig på domstolens arbetsbörda eller på att man vill undgå vissa svåra frågor som aktualiseras i målet.

⁵⁰ Artikel 2 i den tyska grundlagen lyder: [Allgemeine Handlungsfreiheit; Freiheit der Person; Recht auf Leben].

(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

(2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

Artikel 20 stycke 3 lyder: ”Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.”

⁵¹ Baumgärtel 1993, 31.

⁵² Musielak 2004a, 7 och Leipold 1994, 545, och BVerfGE 78, 126.

⁵³ Schwab – Gottwald 1984, 26–27. De talar om *Justizförmigkeit (Berechenbarkeit)*.

⁵⁴ BVerfG NJW 1988, 2787.

⁵⁵ Leipold 1994, 546.

Anspruch auf ein faires Verfahren har i den tyska doktrinen fått en självständig betydelse som skiljer sig från alla andra processuella rättsprinciper, även om skiljelinjerna ibland kan utgöras närmast av skillnader i fokus. Som grundläggande civilprocessuell princip har *Anspruch auf ein faires Verfahren* en sistahandsfunktion, så att den plockar upp alla de mål som fallit genom det skyddsnet som utgörs av andra processuella normer.⁵⁶

Waffengleichheit är en underprincip till principen om *Anspruch auf ein faires Verfahren*. *Waffengleichheit* reglerar hur domstolen ska förhålla sig till parterna och är en direkt följd av den allmänna likhetsgrundsatsen i grundlagen. Principen har sedan slutet av 1960-talet utvecklats i tysk rättspraxis och rättslitteratur och har i dag en befäst ställning.⁵⁷ Trots denna ställning är det oklart vilka alla situationer principen kan tillämpas på och hur principen ska tolkas utanför sitt kärnområde.⁵⁸ Kärnan i begreppet *Waffengleichheit* kunde beskrivas på följande sätt: Båda parterna ska ha samma rättsliga ställning i rättegången oberoende av om de är kående eller svarande, och oberoende av deras utomprocessuella ställning. Enligt Vollkommer handlar *Waffengleichheit* om ”die gleiche Ausübungschance (bestehender) prozessualer Rechte und Möglichkeiten; Waffengleichheit wird zur prozessualen Chancengleichheit, auf die Partei recht hat.”⁵⁹ Detta konkretiseras både då processrättsliga normer tolkas av domstolen och då domstolen använder sin prövningsmarginal. Främst av allt har *Waffengleichheit* betydelse i frågor om rättshjälp.⁶⁰ Frågan har stor betydelse vad gäller parternas möjligheter att framföra bevis som stöd för sina yrkanden.⁶¹

Meningsskiljaktigheterna i fråga om *Waffengleichheit* börjar då man övergår från att diskutera formell eller klassisk jämställdhet till materiell eller socialstatlig jämställdhet. Frågor om faktisk jämlikhet såsom skillnader mellan parternas ekonomiska resurser, parternas sak- och fackkunskap, erfarenhet av rättegångar, kännedom om rättsreglerna, och information är mycket problematiska. En del anser att det inte är domstolarnas sak att se till att parterna faktiskt är likställda.⁶² Enligt Bundesverfassungsgerichts rättspraxis ska principen tolkas som ”der Gewährleistung der ’Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung’ vor

⁵⁶ Stern – Sachs 1988, 1472.

⁵⁷ Se Vollkommer 1990, 505 ff.

⁵⁸ Vollkommer 1990, 511. Till exempel i BVerfG NJW 1987 1681 använder domstolen begreppet *Waffengleichheit* som om begreppet hade en entydig och vedertagen innebörd och ställning i tysk doktrin.

⁵⁹ Vollkommer 1990, 518.

⁶⁰ Vollkommer 1990, 506–507 och 509–510. Det intressanta är att *Bundesgerichtshof* anser att anslutningsöverklagan öppnar en viktig möjlighet för motparten till överklaganden att utöva sina rättigheter i lika mån som överklaganden.

⁶¹ Baumgärtel 1993, 29–31.

⁶² Anne Robberstad (1999, 161) har beskrivit situationen som en tvekamp mellan man och kvinna där båda tillåts använda samma vapen, men där man inte kompenserar kvinnan för att hon är kortare och lättare och för att hon har mindre muskelmassa.

dem Richter”.⁶³ Med det här menas parternas *faktiska* ställning i processen. Det är alltså domarens uppgift att se till att rättvisan förverkligas i dess beslut. En domare som ”hjälp” den svagare parten ska behandla parterna *olika men inte partiskt*. Den ledande tanken är att genom att behandla parterna olika i sådana fall där parternas faktiska möjligheter att utöva sina rättigheter är begränsade kan man uppnå riktig rättvisa genom att målet blir så grundligt handlagt som möjligt. *Waffengleichheit* är alltså inte en värderingsfri princip.⁶⁴ Frågan om hur långt domstolen ska balansera styrkeförhållanden mellan parterna är i sista hand ett politiskt val. Ställningstaganden i frågan påverkas främst av synen på civilprocessen som ett liberalistiskt eller socialt verktyg.⁶⁵ Oberoende av om man lutar mera mot en liberalistisk eller social process borde man ändå erkänna att domstolen har en skyldighet att ge parterna lika möjligheter, och därmed ibland stöda den klart svagare parten.

6.3.3 Juste rättegång i finsk rätt

Finns principen om en juste rättegång i finsk rätt? Påverkar tolkningen av kravet på *fair trial* i EMRK? Kan tysk doktrin anpassas till finska förhållanden? Om vi ser på den finska grundlagen hittar vi i 1 § 2 mom. 2 meningen följande: ”Konstitutionen skall trygga människovärdets okränkbarhet och den enskilda människans frihet och rättigheter samt främja rättvisa i samhället.” Den andra paragrafens titel är demokrati samt rättsstatsprincipen⁶⁶ och dess tredje moment lyder: ”All utövning av offentlig makt skall bygga på lag. I all offentlig verksamhet skall lag noggrant iakttas.” Begreppet rättsstat syftar till att all myndighetsutövning grundar sig på lag, att medborgarna är lika inför lagen och att myndigheterna handlar förutsägbart.⁶⁷ Ytterligare handlar 6 § om jämlikhet. Generalklausulen om jämlikhet i GL 6 § 1 mom. ska tolkas så att alla personer som lyder under finländsk jurisdiktion ska behandlas jämlikt. En del av jämlikheten utgörs av förbudet mot godtycklig, egenmäktig (fi. *mielivaltainen*) lagtillämpning.⁶⁸ Bestämmelsen ska tolkas i ljuset av grundlagens 1 § om att såväl formell som materiell rättvisa ska främjas i samhället. Förpliktelsen att erbjuda materiell rättvisa är främst riktad till lagstiftaren, men den begränsar även alla myn-

⁶³ Vollkommer 1990, 519.

⁶⁴ Vollkommer 1990, 520.

⁶⁵ Laukkanen behandlar i sin doktorsavhandling både den liberalistiska synen på civilprocessen och den sociala synen och de följder och implikationer dessa har.

⁶⁶ Se diskussionen om skillnaden mellan den kontinentaleuropeiska rättsstatsprincipen och principen om *rule of law* i common law, Jyräki 2003, 249–250.

⁶⁷ Aarnio 2002, 1–7.

⁶⁸ Scheinin 1999, 233.

digheters prövningsrätt.⁶⁹ I GL 21 § finns bestämmelser om rättsskydd och rätten till en rättvis rättegång. Enligt den har medborgarna rätt att få sina ärenden handlagda i vederbörlig ordning och att bli vänligt och sakligt bemötta av myndigheterna.⁷⁰ Grundlagen innehåller redan alla de element som ingår i principen om en juste rättegång. Därför är det i mitt tycke onödigt att ta den mycket allmänna omvägen via *fair trial* och *equality of arms*.

I ljuset av de här bestämmelserna är det klart att det inte är nödvändigt att utveckla en princip om juste rättegång, eftersom alla aspekter redan finns.⁷¹ Samtidigt finns det många fördelar med att anpassa dessa principer till processrätten. Genom att konstruera en egen princip kan man dels konkretisera dessa krav så att de blir enklare att överblicka inom ramarna för civilprocessen, dels få ett effektivt instrument för att mäta om civilprocessen uppfyller de krav som ställs på myndigheterna i grundlagen.

I litteraturen har principen om en juste rättegång tangerats många gånger, ofta under någon annan benämning, men den har sällan diskuterats på djupet. Klart är att Leppänen anser att principen om en juste rättegång gäller även i Finland.⁷² Kärkkäinen tycks i det stora hela anse att Leppänen har rätt,⁷³ medan Jokela intressant nog tar upp principen om att favorisera materiella avgörande över processuella och därmed domstolarnas plikt att betjäna medborgarna (*tuomioistuinten palvelutehtävä*).⁷⁴ Lappalainen anser i sin tur att den kontradiktorska principen täcker en stor del av det som framförts ovan i samband med att den tyska principen om *Waffengleichheit* behandlades.⁷⁵ Laukkanen verkar även han förespråka principen om en juste rättegång, men anser att kravet på en rättvis rättegång i tysk doktrin motsvaras av *Anspruch auf rechtliches Gehör*, d.v.s. rätten att driva sin talan.⁷⁶ Detta är mycket intressant eftersom Laukkanen är väl insatt i tysk civilprocessrättslig doktrin. Detta beror delvis på att begreppet juste rättegång är så vagt och att det i vid bemärkelse omfattar praktiskt taget alla synpunkter som lyder under kravet på att rättegången ska vara juste och

⁶⁹ Scheinin 1999, 234.

⁷⁰ Hallberg 1999, 656–657.

⁷¹ Se Maurer 2001, 499 om motsvarande fenomen i tysk rätt gällande *Waffengleichheit*.

⁷² Leppänen 1998, 58–62.

⁷³ Kärkkäinen 2004, 116. Kärkkäinen förespråkar ändå främst en slags instrumentalism, där det centrala är att domstolen kommer till rätt avgörande i målet. Instrumentalismen har till den här delen varit ganska utbredd i Finland, även Norrgård (2002, 39 ff) har varit inne på samma linje. Detta beror på att deras syn på processrättsliga principer bygger på instrumentalism, där det viktigaste är att domstolen uppnår ”rätt” slutsats så billigt och snabbt som möjligt. De höjer alltså främst de frågor som jag kallar ledstjärnor så högt att de enskilda rättsprinciperna i stort sett förlorar sin betydelse. Norrgård och Kärkkäinen värdesätter inte det som kunde kallas ”procedural justice” särskilt högt.

⁷⁴ Jokela 1996, 135.

⁷⁵ Lappalainen 1995, 61 ff. Huovila anser däremot att kravet på en rättvis rättegång finns, men grundar det på Dworkins rättsfilosofiska tankar.

⁷⁶ Laukkanen 1995, 92.

vederbörlig på alla sätt.⁷⁷ I övrigt verkar han nog godkänna kravet på att en rättegång ska vara juste.⁷⁸ Med andra ord verkar det råda en relativt långtgående enighet om att kravet på en juste rättegång råder även i Finland. Frågan är alltså om man kan anse att det finns en skild rättsprincip om justa rättegångar. För att svara på den frågan bör man ta ställning till om principen behövs; vilket mervärde skulle principen ge?

Laukkanens ställningstagande om principen om en juste rättegång visar konsekvenserna av vår mycket grova terminologi. Vissa fenomen glider ur händerna på oss och blir svåra att dels uppmärksamma, dels diskutera och analysera. Då sätter man lätt likhetstecken mellan två begrepp som endast delvis motsvarar varandra. Mervärdet av att tillgripa en egen princip är alltså att vi får ett nytt, mera raffinerat redskap till vårt förfogande. Detta i sin tur hjälper oss att såväl på förhand överväga konsekvenserna av ett visst beslut, som i efterskott granska hur väl de i grundlagen stadgade rättigheterna uppfylls. Principen om en juste rättegång konkretiserar alltså jämlikhetsprincipen och rättsstatsprincipen på civilprocessens område och hjälper oss att förverkliga dessa två principer. Om vi förlitar oss endast på dessa allmänna principer kan det i vissa specifika situationer vara svårt att tillämpa normerna direkt på de processrättsliga normerna och de situationer som uppkommer inom en rättegång. Rättsprincipernas funktion är förutom att bl.a. återspegla rättskulturen även att fungera som heuristiskt hjälpmedel som gör det möjligt att tala om och analysera vissa fenomen. De är verktyg som finns till särskilt för sådana situationer där lagstiftaren gett ett visst spelrum och där t.ex. domstolarna har möjlighet att handla på olika sätt. Då domstolarna väger olika alternativ mot varandra hjälper principerna dem att värdera alternativen.

Principen om en juste rättegång skulle alltså uppfylla många av desamma funktionerna som *fair trial* i EMRK, men trots det fungera som en mer nyanserad regel. Doktrinen behöver inte vara lika finfördelad som i tysk rätt för att principen ska vara avsevärt mer användbar än begreppet *fair trial*. Naturligtvis är det möjligt att hävda att vi redan har så många civilprocessrättsliga principer att det inte är någon idé att införa nya. Motargumenten är i mitt tycke två. För det första möjliggör principen om en juste rättegång att rättegången analyseras och granskas som en helhet, vilket i sin tur innebär ett mervärde jämfört med existerande principer. Det finns alltid rum för nya principer så länge dessa ger ett substantiellt mervärde. För det andra är den en metapprincip, en övergripande

⁷⁷ Även avhandlingens tema kan ha inverkat.

⁷⁸ Om man ser på rätten att driva sitt mål och jämför den med principen om en juste rättegång ser man att det föreligger en stor skillnad. Rätten att driva sitt mål, d.v.s. *Anspruch auf rechtliches Gehör* handlar endast om att parterna ska ges tillräckliga möjligheter att driva sitt mål, inte om att förfarandet ska vara juste och rättvist i den bemärkelse som används ovan. Exemplet på att ställa beviskravet för högt handlar om att rättegången inte är juste, trots att parterna har kunnat driva sina mål.

princip, som är överordnad de andra principerna. Frågorna om muntlighet och koncentration är underordnade om själva förfarandet som helhet inte är juste och parterna behandlas orättvist. Därtill fungerar den ofta som en sistahandsregel som man kan återopa i de situationer som inte direkt täcks av någon av de principer som lyder under den.

Min slutsats är alltså att principen om en juste rättegång behövs och har dessutom redan ett understöd såväl i grundlagen som i rättslitteraturen, där man redan hittar termen *oikeudenmukainen oikeudenkäynti* (rättvis rättegång) i nästan alla innehållsförteckningar. Principen behövs både som en allmän norm där grundlagens bestämmelser om rättsstatsprincipen och jämlikhetsprincipen anpassas till civilprocessens behov, och som ett överbegrepp för såväl befintliga normer som latenta uppfattningar om vad en juste rättegång är. Under principen om en juste rättegång kan åtminstone följande normer passa in: kontradiktion, jämlikhet mellan parterna,⁷⁹ förbud mot att staten ingriper i en rättegång, muntlighet, koncentration, omedelbarhet och rätten att aktivt delta i rättegången. Visserligen passar inte alla aspekter av dessa normer in under principen om en juste rättegång, men överlappningen är tillräckligt stor för att man ska kunna se dem som delar av begreppet. Alla dessa krav är så pass centrala att de förtjänar en större synlighet i vår diskussion, vilket sker genom att man godkänner principen om en juste rättegång.

6.4 RÄTTEN ATT DRIVA SIN TALAN

6.4.1 Kontradiktion och rätten att driva sin talan

Den andra grundläggande principen i civilprocessrätten är rätten att driva sin talan. Förhållandet mellan den kontradiktoriska principen och principen om rätten att driva sin talan är inte helt klar. Om man begränsar sig till den kontradiktoriska principens kärnområde är det klart att rätten att driva sin talan täcker ett mycket mer omfattande område. Om man däremot ser på det mycket omfattande innehåll som givits den kontradiktoriska principen i finsk doktrin märker man dock att skillnaden är hårfin eller knappt alls existerande. I ett komparativt perspektiv märker man dock att termen kontradiktion är vilseledande och missvisande då man utvidgar dess område på detta sätt. Detta blir mycket klart särskilt om man jämför med den tyska doktrinen om *Anspruch auf rechtliches Gehör*. Mänskorättskonventionens krav på *access to court* är i likhet med kravet på *fair trial* mycket obestämt. Genom att granska dessa två system närmare märker man att uppfattningen om den kontradiktoriska principen skiljer sig från vår uppfattning.

⁷⁹ Ervo (2005, 133 ff.) talar om *tasa-arvo*.

Utgångspunkten för analysen av principen om rätten att driva sin talan motsvarar den för principen om en juste rättegång. Eftersom teorierna om *fair trial*, *equality of arms* och *access to court* i den här betydelsen inte är lika välutvecklade som i betydelsen en juste rättegång riktar jag min uppmärksamhet mer på tysk och även i viss mån finsk doktrin. Den tyska doktrinen om *Anspruch auf rechtliches Gehör* är nämligen välutvecklad. Principen om rätten att driva sin talan kan grundas på rättsstatsprincipen i grundlagen och kravet på privatautonomi⁸⁰. Enligt tysk doktrin är det en följd av rättsstatsprincipen att parterna i civilprocessen är subjekt, inte objekt. Som subjekt måste parterna ha tillräckliga rättigheter och domstolarna måste behandla dem som subjekt.⁸¹ Följden av att utveckla principen om rätten att driva sin talan, särskilt i samband med principen om en juste rättegång, blir att tillämpningsområdet för den kontradiktoriska principen blir avsevärt mindre.⁸² De delar av den kontradiktoriska principen som handlar om att behandla parterna likvärdigt lyder då under överbegreppet juste rättegång medan de delar som handlar om att effektivt kunna driva sin talan lyder under rätten att driva sin talan.⁸³

6.4.2 En skiss av principen

Trots att det som i finländsk litteratur kallats för den kontradiktoriska principen har fått ett för brett innehåll för att i mitt tycke längre kunna kallas den kontradiktoriska principen utgör de gällande teorierna om kontradiktion en bra utgångspunkt. Särskilt Virolainens tredelning utgör ett bra ställe att ta avstamp från. Virolainen delar in den kontradiktoriska principen i: rätten att framställa sin egen talan och rätten att kommentera motpartens uttalanden. Därtill ska parten få information om såväl allt rättegångsmaterial som förloppet av förfarandet.⁸⁴ Den här indelningen går långt utanför det område som rent språkligt passar in under kontradiktion, och långt utanför *audiatur et altera pars*.

Om man jämför Virolainens tredelning med de tyska teorierna om *Anspruch auf rechtliches Gehör*, eller *rechtliches Gehör* i kort form, märker man stora likheter. Med *Anspruch auf rechtliches Gehör* avses att parterna ska ges tillräckliga möjligheter att effektivt driva sin talan. Domstolen ska så att säga lyssna på

⁸⁰ Om den historiska utvecklingen av principen om kontradiktion se t.ex. Nousiainen 1993, 278 ff. Lappalainen (1995, 61) anser att den därutöver återspeglar strävan efter att uppnå den materiella sanningen.

⁸¹ Knemeyer 2001, 1278–1279, Prütting 1994, 31 och Schmidt 1987, 37.

⁸² I tysk rätt uppfattas den kontradiktoriska principen sällan som en egen rättsprincip eller som en av de mest centrala rättsprinciperna eftersom de aspekter den täcker i finsk doktrin täcks av andra principer. Se t.ex. Prütting 1994, 23–28 och Musielak 2004a, 7–13.

⁸³ Se Ervo 2005, 61–62 om kontradiktion i betydelsen *access to court* i EMRK.

⁸⁴ Virolainen 1995, 215.

vad parterna har att säga och beakta det, men den ska också i övrigt arbeta för att parterna ska kunna driva sin talan. Det handlar om något mycket mera än kontradiktion som fokuserar på partens möjligheter och rättigheter att ta del av och kommentera det motparten sagt. Musielak⁸⁵ definierar *rechtliches Gehör* på följande sätt:

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ... verpflichtet das Gericht, den Parteien zu ermöglichen, den von ihnen eingenommenen Standpunkt in ausreichender und sachgerechter Weisen im Prozess darzulegen. Hierzu gehört es, den Parteien das Recht einzuräumen, ihre Anträge zu stellen, Tatsachen zu behaupten und dafür Beweisen anzubieten sowie jeweils von dem Vortrag der Gegenpartei rechtzeitig zu erfahren, dass dazu Stellung genommen werden kann. Werden Tatsachen vom Gericht ermittelt, dann muss es den Parteien davon Mitteilung machen und sie hören.⁸⁶

Anspruch auf rechtliches Gehör är en subjektiv grundrättighet som kan delas in i följande delmoment:⁸⁷ (1) rätt till information (Recht auf Information); (2) rätt till ställningstagande (Recht auf Stellungnahme); och (3) rätt att få sina uttalanden beaktade (Recht auf Berücksichtigung). Partens rätt till information handlar om att parten ska få information om allt det material domstolens avgörande bygger på. Därtill måste parten få ta ställning till, alltså uttala sig om, allt material. Den här delen av *Anspruch auf rechtliches Gehör* motsvarar den traditionella kontradiktionen. Den tredje punkten handlar egentligen om domstolens plikt att beakta det parten lagt fram. Därutöver anser Waldner att det finns ytterligare ett fjärde delmoment, nämligen *Verbot der Überraschungsentscheidung* (förbud mot överraskande avgöranden).⁸⁸ Tillägget passar främst in under den tredje punkten. En part måste veta vad som är relevant i målet för att kunna föra sin talan. Om domstolen är av en annan åsikt än parterna om vilken norm som ska tillämpas eller hur normen ska tolkas, bör den informera parterna om det så att de kan påverka domstolens avgörande.⁸⁹

I fråga om parternas rättigheter kan *Anspruch auf rechtliches Gehör* delas in i ytterligare fyra delar, som tillsammans omfattar punkterna (1) och (2) ovan:⁹⁰

⁸⁵ Musielak 1998, 55–56.

⁸⁶ Fritt översatt: Rätten att driva sin talan förpliktar domstolen att göra det möjligt för parterna att framställa sina synpunkter på ett tillräckligt och sakligt sätt. Parterna ska ges en möjlighet att framföra sina yrkanden, de omständigheter de grundar sig på och bevis för dessa. Därtill ska hon eller han också i god tid få veta om motpartens yrkanden och grunderna för dem, så att hon eller han kan ta ställning till dem. Om domstolen utreder omständigheter ska parterna få veta om det och höras om dem.

⁸⁷ Knemeyer 2001, 1283–1285. Jämför med de termer Waldner använder *Recht auf Orientierung*, *Recht auf Äußerung* och *Pflicht zur Berücksichtigung*.

⁸⁸ Waldner 2000, 81 ff.

⁸⁹ Se Pölönen 2003, 400 om informativ processledning och överraskande avgöranden.

⁹⁰ Indelningen enligt Rosenberg – Schwab – Gottwald 2003, 524. Den här indelningen ger en bättre bild av partens rättigheter än den andra indelningen. Den andra indelningen är dock dogmatiskt bättre.

(a) rätten till information om förloppet av förfarandet i domstolen; (b) rätten att få framställa yrkanden, ange grunderna för dem och framföra bevisning; (c) rätten att få ta del av motpartens yrkanden, grunderna för dem och den bevisning motparten framför och uttala sig om dessa; och (d) rätten att få ta del av bevisning som domstolen självant tar upp eller beaktar *ex officio* och att uttala sig om dessa. Punkt (a) sammanfaller med punkt (1) ovan och punkt (b) med punkt (2) ovan. Punkterna (c) och (d) har delar som omfattar både (1) och (2).

Waldners indelning, som alltså ofta används i tysk doktrin, motsvarar Virolainens indelning. Om man jämför den med principen om kontradiktion märker man att kontradiktion i egentlig bemärkelse täcker endast punkterna c) och d). Eftersom Waldners indelning redan använts av Virolainen i finsk doktrin och eftersom den är heltäckande då den beaktar såväl parternas rättigheter som domstolens plikter följer jag den nedan.

6.4.3 Rätten till information

Rätten till information är en mycket viktig del av en effektiv möjlighet att driva sin talan. Parterna behöver information om vad motparten framfört, om det övriga materialet domstolen beaktar då den fattar sitt beslut och om förloppet av förfarandet. Parterna bör delges de yrkanden och omständigheter som motparten åberopat, samt få ta del av dessa. Därtill ska parterna få ta del av sådana bevis som domstolen tar upp själv. Att parterna inte får bekanta sig med sådant skriftligt material som utgör grunden för avgörandet är enligt EMRD ett förfarande som strider mot rätten till rättvis rättegång. Ifall motparten i ett mål inte får bekanta sig med vissa dokument är det inte fråga om en rättvis rättegång. I fallet Nideröst-Huber mot Schweiz konstaterar domstolen att "the concept of fair trial also implies in principle the right for parties to a trial to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed."⁹¹ Parten måste alltså få tillgång till allt det material som inhämtats i målet.⁹² Domstolen har en plikt att *ex officio* delge parterna materialet.⁹³

Det är också viktigt att parterna underrättas om förloppet av själva rättegången. Domstolen måste alltså aktivt kommunicera med parterna om hur handläggningen av målet kommer att framskrida. I underrätten är det viktigt att domaren utnyttjar möjligheterna att få parterna att framföra alla frågor och fakta de vill

⁹¹ Nideröst-Huber mot Schweiz, st. 24. Se även fallet Mantovanelli, st. 31.

⁹² Enligt tysk doktrin behöver materialet inte ens vara relevant för utgången i målet för att parten ska få tillgång till det (Waldner 2000, 22).

⁹³ Se Ruiz-Mateos mot Spanien, st. 63. Om materialet till sina fysiska egenskaper är sådant att det inte kan eller är svårt att delges per post eller i elektroniskt format kan delgivandet ske så att parten bereds tillfälle att bekanta sig med materialet på någon plats.

att domstolen ska beakta i tid. I den andra instansen är frågan om handläggningen av målet annorlunda, eftersom det finns en hel del olika möjligheter och eftersom endast en del frågor tas upp på nytt. Det är viktigt att få veta om en muntlig handläggning ordnas eller om målet avgörs skriftligt. För parterna är det också viktigt att veta vilka personer som kommer att höras för att de ska kunna förbereda sig för förhöret.

I Finland har man först nyligen tillagt bestämmelser om att parterna ska få veta hur målet handläggs. Robert Liljenfeldt har tangerat liknande problem i sina artiklar. Han anser att då man förbereder den muntliga förhandlingen bör man utreda om det är nödvändigt att höra alla de personer som en part namngivit. Genom att vägleda parterna kan resultatet bli att parterna t.ex. väljer att inte höra vissa personer eller att parterna ber att målet inte återförvisas till underrätten om ett rättegångsfel skett.⁹⁴ Han påpekar också att man kan uppnå förlikning även i hovrätten om domstolen effektivt kommunicerar sin syn på målet till parterna. Här hänvisar han särskilt till det danska systemet där domstolarna ofta gör ett förslag till dom, som parterna sedan kan använda som underlag för att uppnå förlikning.⁹⁵

Utöver information om det relevanta materialet och yrkanden i målet behöver parterna också kunna gardera sig mot överraskande avgöranden. Ett avgörande är överraskande om det bygger på tillämpningen av en norm som parterna ansett vara betydelselös eller som de förbiset.⁹⁶ Ett avgörande är ofta överraskande då domstolen avviker från tidigare rättspraxis.⁹⁷ Detta betyder inte att domstolen alla gånger på förhand måste meddela parterna hur den ser på saken, tvärtom.⁹⁸ Principen om *jura novit curia* får alltså inte betyda att domstolen tillämpar rätten på ett sätt som överraskar parterna. Ett exempel är en situation där parterna utgår från att norm x aktualiseras i fallet, men är oense om hur den ska tolkas. Om domstolen då anser att normen x inte aktualiseras i fallet, utan tillämpar norm y, ska den informera parterna om detta innan den fattar sitt beslut. Det är oklart om den här principen är en del av EMRK.⁹⁹ Rätten till information betyder dock enligt konventionen att parterna delges motpartens yrkanden, grunderna för dem och bevis, samt de bevis domstolen eller annan inblandad framfört, fullständigt och i så god tid att de har en reell möjlighet att grundligt bekanta sig med materialet.¹⁰⁰

⁹⁴ Liljenfeldt – Kuusimäki – Latvala DL 1995, 252–254.

⁹⁵ Se Liljenfeldt DL 1999, 433–434 och Laukkanen – Liljenfeldt DL 1998, 954–956.

⁹⁶ För exempel på olika situationer se Waldner 2000, 86–89.

⁹⁷ BVerfG NJW 1984, 2147 och BVerfG NJW 1987, 1192.

⁹⁸ Waldner 2000, 82–84.

⁹⁹ Frowein – Peukert (1996, 215) anser att domstolar inte har en skyldighet att rätta till parternas eventuella felaktiga uppfattningar. Den här åsikten är problematisk om vi strävar efter att få en riktig dom. Ibland är det skäl att domaren utnyttjar möjligheterna till processledning för att fästa parternas uppmärksamhet vid vissa relevanta aspekter.

¹⁰⁰ Det här kravet kan härledas från EMRK 6 art. (3) punkt b, i vilken bestäms att den åtalade ska

I fråga om förhållandet mellan rätten att driva sin talan och principen om *jura novit curia* har Virolainen och Ekelöf tagit ställning för en vittgående möjlighet för parterna att få information och att driva sin talan. Enligt Virolainen har material som beaktas *ex officio* och rättsfrågor ingen särställning.¹⁰¹ Trots att man utgår från principen *jura novit curia* måste parterna få veta vilka lagrum domstolen avser att tillämpa för att kunna driva sitt mål på ett rationellt sätt. Parterna måste helt enkelt få veta på vilka omständigheter domstolen baserar sitt avgörande för att effektivt kunna driva sin sak. Även Ekelöf påpekar att parterna ”måste få tillfälle att plädera i *alla* frågor, som har betydelse för målets utgång” (kursivering här).¹⁰² Om domstolen inte lyckas kommunicera underlaget för sitt avgörande innan slutpläderingen äger rum ökar risken för att parterna är missnöjda med domstolens avgörande och därmed överklagar.¹⁰³ För den andra instansens del innebär det att man bör signalera åt parterna att domstolen anser andra omständigheter eller normer vara av betydelse än vad underrätten ansåg. Annars kan nämligen den andra instansens avgörande bli en överraskning. Den andra instansen ska alltså göra en bedömning av vad parterna borde räkna med med tanke på vad som kommit fram i målet och den tidigare handläggningen av målet och därefter kommunicera med parterna. Den här aspekten av rätten att driva sin talan förutsätter att domarna tydligt kommunicerar vilka omständigheter de anser vara betydelsefulla och vilka rättsnormer de anser att ska tillämpas på fallet och hur de tolkar dessa rättsnormer. Det här är särskilt viktigt om domstolen frångår tidigare rättspraxis.¹⁰⁴

6.4.4 Rätten att uttala sig

Rätten att uttala sig är kanske den mest centrala delen av rätten att driva sin talan. Dels ska parten ha tillräckliga möjligheter att driva sin egen talan, dels ska hon eller han ges en tillräcklig möjlighet att uttala sig om det motparten framfört och de bevis domstolen tagit fram. Rätten att uttala sig består alltså av två komponenter: den offensiva och den defensiva.

Den förra komponenten består av att parten ska ges tillräckliga möjligheter att framföra sina yrkanden, grunderna för dem och bevisning som stöder talan.

”åtnjuta tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt svar.” Trots att artikeln enligt ordalydelsen endast gäller straffprocessen har EMRD i sin praxis konstaterat att bestämmelserna gäller civilrättegångar *mutatis mutandis* (se t.ex. Pellonpää 2005, 374–375 och Harris – O’Boyle – Warbrick 1995, 202).

¹⁰¹ Se Virolainen 1995, 218. Lappalainen 1995, 63 är av samma åsikt.

¹⁰² Ekelöf – Edelstam 2002, 64.

¹⁰³ Eftersom lagstiftaren strävar efter att parterna ska ingå förlikning under rättegången borde det vara viktigt att domstolen effektivare skulle kommunicera vilka synpunkter den anser vara viktiga i målet.

¹⁰⁴ Frowein – Peukert 1996, 215–216.

Dessa rättigheter betyder inte att parterna har tillgång till vilka bevismedel som helst eller att de fritt kan framföra bevisning och yrkanden. Däremot handlar det om att ge parterna tillräckliga möjligheter att driva målet, t.ex. så att domstolen inte får sätta alltför korta frister för uttalanden.¹⁰⁵ Parterna har också rätt att framföra åsikter om rättsfrågor trots principen om *jura novit curia*.¹⁰⁶ Parterna har rätt att framföra allt det de anser vara av betydelse i målet, fastän det skulle sakna betydelse.¹⁰⁷ Domstolen kan hindra detta genom aktiv processledning, där den meddelar att frågan inte är relevant. I sådana fall är det dock skäl att ge parten en möjlighet att förklara varför hon eller han anser att saken är av betydelse i målet. Parterna ska också ges en möjlighet att framföra tillräckligt med bevisning som stöd för sina yrkanden. Däremot är det möjligt att begränsa upptagningen av bevisning till relevanta bevis. Parterna ska också ha en möjlighet att uttala sig om den bevisning som framförts.¹⁰⁸

En motsvarande syn kan spåras i tolkningen av EMRK. Parterna måste också beredas tillfälle att kommentera sådan utredning som domstolen inskaffat.¹⁰⁹ Pellonpää konstaterar dock att det här inte betyder att regeln om att parterna ska höras om allt är absolut.¹¹⁰ I praktiken måste man dock utgå från att rätten att bekanta sig med och uttala sig om allt material som är relevant i rättegången är en viktig grundrättighet. I målet *Muyldermans mot Belgien* konstaterade EMRD att domstolsförfarandet inte behöver vara muntligt för att kravet på kontradiktion ska uppfyllas.¹¹¹ Det faktum att parterna har rätt till att driva sitt mål betyder också att de i princip får hänvisa till argument som domstolen anser att är irrelevanta eller onödiga. Det här synsättet har konfirmerats av EMRD:s rättspraxis.¹¹² Konventionen omfattar alltså rätten att uttala sig om allting.¹¹³ Domstolen måste alltså aktivt utöva processledning, men vara beredd att höra parternas syn på varför en omständighet är relevant.¹¹⁴

Den senare komponenten betyder i sin tur att en part ska kunna skydda sig mot motpartens attacker. Det är det ursprungliga innehållet som härstammar

¹⁰⁵ Rosenberg – Schwab – Gottwald 2003, 525.

¹⁰⁶ Waldner 2000, 27–28.

¹⁰⁷ Knemeyer 2001, 1284.

¹⁰⁸ Waldner 2000, 34.

¹⁰⁹ Feldbrugge st. 42–44. HD hänvisade till ifrågavarande fall i målet 1994:26 där den konstaterade att hovrätten måste bereda parterna tillfälle att uttala sig om en omständighet hovrättens dom grundade sig på. Trots att målet gäller socialrätt är det relevant.

¹¹⁰ Pellonpää 2005, 373. I fallet *Bendenoun mot Frankrike* konstaterade EMRD att det inte strider mot principen om rättvis rättegång ifall materialet i fråga inte har någon relevans i målet.

¹¹¹ *Muyldermans mot Belgien*, st. 19.

¹¹² I fråga om straffprocessen finns en uttrycklig bestämmelse intagen i EMRK art. 6 (3) punkt d om att den åtalade ska få veta vad hon eller han anklagas för utan dröjsmål. Den här bestämmelsen gäller *mutatis mutandis* även i civilrättsliga mål. De bestämmelser i art. 6 som enligt ordalydelsen gäller endast straffprocessen kan i viss mån tillämpas analogt i civilprocessen.

¹¹³ Pellonpää 2005, 371–372.

¹¹⁴ Se även förslag på europeisk nivå i Storme 1994, 55–57.

från maximen *audiatur et altera pars* i den romerska rätten. Det är med andra ord frågan om den kontradiktoriska principen. Den kontradiktoriska principen är en del av överbegreppet *equality of arms* i den bemärkelse att dess syfte delvis är att domstolen ska behandla parterna lika. Men dess syfte är tillika att bereda parterna möjlighet att aktivt ta del i rättegången. I fråga om interimistiska beslut kan domstolen avvika från principen.

En annan fråga är sedan om parterna *de facto* utnyttjar den möjlighet domstolen givit dem. Inom civilprocessen kan vi utnyttja sanktioner mot en motvilig part i målet. Den främsta sanktionen i underrätten är hotet om tredsdom. I den andra är det svårare att utnyttja det här vapnet. Därtill borde underrätten ha utrett parternas yrkanden, grunderna för dem och de bevis parterna åberopat så att de högre instanserna kan använda det material som ingår i underrättens avgörande.¹¹⁵ Principen om kontradiktion betyder inte att parterna ska få ”kåbbla” hur länge som helst. Detta återspeglar sig också i den finska rättegångsbalken, bl.a. genom att man begränsar antalet inlagor i den andra instansen.

6.4.5 Rätten att få uttalanden beaktade

Utöver dessa två för parten centrala rättigheter har domstolarna en skyldighet att beakta det parterna framfört och att kommentera det i sitt avgörande. Domstolen har alltså en skyldighet gentemot parterna att beakta allt det som förts fram i målet, förutom sådant material som enligt lagen inte behöver beaktas. Domstolen behöver alltså inte beakta t.ex. prekluderade yrkanden och bevis. Enligt tysk doktrin måste domstolen både bekanta sig med materialet, alltså känna till det, och beakta det då den fattar sitt avgörande.¹¹⁶ Ett brott mot denna skyldighet går sällan att bevisa, men det är trots det viktigt att plikten och därmed parternas rättigheter uppfylls.

Förutom att domstolen ska ta del av vad parterna framför ska den också ta ställning till det i domen. Domstolen behöver inte kommentera allt parterna fört fram, men den måste ta ställning till de viktigaste delarna. Om något yrkande, någon omständighet eller något bevis enligt lagen inte ska beaktas behöver domstolen inte beakta det.¹¹⁷ Avgörandet är sist och slutligen instrumentet genom vilket en part får veta att hon eller han effektivt kunnat utöva sin rätt att driva talan. I domen får hon eller han veta varför hon eller han vunnit eller för-

¹¹⁵ Trots att det i Finland inte finns någon möjlighet att ge en tredsdom i hovrätten borde man inte på rak arm förkasta möjligheten till det. I t.ex. Tyskland kan överrätten ge tredsdom. Se Walamies JFT 1992 s 307–316. I fråga om tredsdom i överrätt måste man skilja mellan sådana fall där den ena parten tredska i underrätten från fall där frågan om tredsdom blir aktuell i överrätten.

¹¹⁶ Waldner 2000, 67–69.

¹¹⁷ Lüke 2000, 25–26.

lorat, vilket är särskilt viktigt för den som förlorat målet.¹¹⁸ Det finns dock undantag från regeln att domstolen måste motivera sitt avgörande. Antingen kan det vara fråga om situationer där domstolen inte behöver motivera avgörandet överhuvudtaget eller så kan det vara fråga om en situation där det räcker med en standardmotivering eller en mycket kort motivering.¹¹⁹ Det är fullt möjligt att den andra instansen endast kort motiverar avgöranden med vilka den upprätthåller underrättens avgörande. Detta beror på att det, så vitt inga nya omständigheter lagts till grund för beslutet, är onödigt att upprepa det underrätten redan sagt i sin dom.

6.4.6 Slutsatser

Den finska doktrinen om kontradiktion är i sig helt i sin ordning. Problemet är att man för länge sedan borde ha börjat kalla metaprincipen kontradiktion för något mera beskrivande för att kunna använda termen kontradiktion för dess egentliga syfte. Nuläget kan beskrivas med ordet diffust, eftersom förståelsen av termen kontradiktion kan variera stort.¹²⁰ Även om man under de senaste åren ofta behandlat rätten till att driva sin talan har den inte satts in i sitt rätta sammanhang. Därmed har frågan inte fått den genomslagskraft som den borde.

I dag har man allt mera fäst uppmärksamhet vid parternas *faktiska* möjligheter att kunna driva sitt mål. Enligt RB 6:2a 2 mom. ska domstolen se till att målet blir utrett. Det räcker inte att det finns en negativ frihet att driva målet om det inte finns en positiv, verklig möjlighet.¹²¹ Det handlar alltså om domstolens skyldighet att se till att parterna *de facto* kan utnyttja sina rättigheter. Jussi Syrjänen har kritiserat ett avgörande (HD 1997:109) för att domstolen inte fäste uppmärksamhet vid det faktum att det inte räcker att bereda parterna tillfälle att uttala sig, utan parterna måste kunna veta vad som är relevant. I det ifrågavarande målet hade en av de delaktiga inte anlitat ett ombud, varför domstolen borde ha varit mycket noggrannare med att fästa den delaktigas uppmärksamhet på de punkter domstolen ansåg vara relevanta. Problemet är att det kan vara

¹¹⁸ Waldner 2000, 73.

¹¹⁹ Waldner 2000, 77.

¹²⁰ T.ex. kritiserar Eerola (1996, 84) Lappalainen för en alltför snäv syn på kontradiktion och på förhållandet mellan kontradiktion och åberopsbörd i indispositiva mål. Han framhåller att rätten till ett kontradiktoriskt förfarande inte beror på om målet är dispositivt, indispositivt eller av blandad karaktär.

¹²¹ Se Syrjänen, LM 1998, 462. Syrjänen konstaterar att det inte räcker med att delge båda parterna rättegångsmaterialet och be dem om utlåtanden. En part måste därtill ha en positiv frihet att påverka det mål hon eller han är delaktig i. Hon eller han måste alltså ha så noggranna uppgifter som möjligt om hur behandlingen av målet kommer att inverka på hans rättsställning, för att kunna uttala sig om sådana omständigheter som är relevanta för honom. Se även HD 1999:107.

svårt att göra en gränsdragning mellan att fästa parternas uppmärksamhet vid relevanta omständigheter och att hjälpa parterna (eller den ena av dem) på ett otillbörligt sätt. Det kräver en viss skicklighet av domaren att på ett tillbörligt och jämlikt sätt dels utfråga parterna om deras yrkanden och de omständigheter de baserar dessa yrkanden på, dels informera parterna om hur målet framskrider och vad domstolen anser vara relevant. Problemet är att det är mycket svårt att reglera den här verksamheten noggrant i lag. Lagstiftaren kan anta bestämmelser om domarens skyldighet att se till att ärendet utreds tillräckligt och att parterna får tillräcklig information av domstolen. Hur väl domaren lyckas förverkliga detta i praktiken beror främst på hans eller hennes yrkesskicklighet.

Man kan lätt konstatera att det finns goda belägg för att alla tre aspekter av rätten att driva sin talan egentligen redan finns i dagens doktrin, även om den svävat omkring utan att hitta sitt sammanhang. Huvudprincipen blir då rätten att driva sin talan, och den kontradiktoriska principen blir en underprincip. Den kontradiktoriska principen är då en del av de skyldigheter som domstolen har mot parterna och de rättigheter parterna i ett mål har. Till skillnad från de andra delarna av rätten att driva sin talan är jämlikheten mellan parterna viktig i fråga om kontradiktion. Rätten att driva sin talan (*Anspruch auf rechtliches Gehör*) handlar alltså om tillgången till domstol (*access to justice*) i vid mening, inte direkt om att få en *fair trial*. Dessa två begrepp går inte att separera fullt ut särskilt på ett praktiskt plan, de är två olika sidor av ett mynt, men det är heuristiskt viktigt att hålla dem isär. En grov terminologi gör att slutresultatet lätt blir grovt.

Frågan om civilprocessen verkligen behöver en egen rättsstatsprincip är svårare. Det är främst fråga om vilken nytta en egen princip innebär. Jag tror att det är skäl att poängtera innebörden av rättsstatsbegreppet och dess betydelse för processrätten, så att vi inte glömmer bort de mest grundläggande bestämmelserna i grundlagen och stirrar oss blinda på bestämmelsen om rätten till domstolsprövning. Frågorna som har att göra med att myndigheter ska handla rättvist och juste utgör vid sidan om lagbundenheten kärnan av rättsstaten. Detta glöms lätt bort då vi behandlar något enskilt processrättsligt problem. Om man ändå inför principerna om rättsstaten och jämlikhet i processrätten, kan man lika väl skapa en egen, till processrätten anpassad princip. Maurer talar klart emot en sammanslagning av de olika aspekterna av rättsstatsprincipen eftersom det lätt leder till att de enskilda aspekterna blir förbisedda.¹²²

Förhållandet mellan rätten att driva sin talan (*Anspruch auf rechtliches Gehör*) och *Anspruch auf ein faires Verfahren* är mycket komplicerat. Trots det kan

¹²² Maurer 2001, 500. "Die Neigung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in der Literatur, die verschiedenen Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips miteinander zu kombinieren, ist verfassungsdogmatisch nicht haltbar. Sie birgt zudem die Gefahr, dass die speziellen Gewährleistungen im Wege der abwägenden Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips verkürzt werden."

man säga att kravet på *faïres Verfahren* innebär något utöver kravet på *Anspruch auf rechtliches Gehör*. Där rätten att driva sin talan handlar om att få information och att få uttala sig om allting, omfattar *faïres Verfahren* alla delmoment av rättegången. Dessa två är så starkt bundna till varandra att de inte alltid går att skilja åt fullt ut.¹²³ Dock är det ändå fråga om två skilda ”mätstickor” för förfarandet, vilka ofta aktualiseras samtidigt.¹²⁴ Ett exempel på en situation där det finns en klar skillnad mellan dessa två är då domstolen ställer bevisröskeln alltför högt. Det betyder att trots att parten fått framföra bevisningen fritt och domstolen tagit den i beaktande uppfylls kravet på ”*Fairneß*” inte.¹²⁵

6.5 MUNTlighet, Omedelbarhet och Koncentration

6.5.1 Inledning till trillingprinciperna

Principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration är centrala för det moderna rättegångsförfarandet. Med muntlighet och omedelbarhet avses både formen för handläggningen av målet och formen för processhandlingarna. Enligt Virolainen kan man se principen om omedelbarhet som en spegelbild av muntligheten.¹²⁶ Muntligheten reglerar ju delvis i vilken form parterna ska framlägga sina yrkanden och grunderna för dem. Principen om omedelbarhet bestämmer däremot på vilket sätt domstolen bör motta parternas förklaringar. Den eller de domare som avgör målet ska alltså ta emot rättegångsmaterialet direkt, materialet ska inte förmedlas via ett protokoll.¹²⁷

Inom den nordiska traditionen har handläggningen i domstol varit muntlig i underrätterna, medan den i Mellaneuropa oftast varit hemlig i och med att officiellprincipen och den skriftliga processformen härskade.¹²⁸ Då RB infördes år 1734 blev rättegångsförfarandet i en högre grad skriftligt än tidigare.¹²⁹ I slutet av 1800-talet och början av 1900-talet moderniserades civilprocessen i de flesta europeiska länder. I Finland och Sverige skedde moderniseringen sent (1993

¹²³ Leipold 1994, 544.

¹²⁴ Tettinger 1984, 12.

¹²⁵ Baumgärtel 1993, 34, och Stürner NJW 1979, 2337.

¹²⁶ Virolainen 1995, 241–243. Smith (2005, 52) menar dock att muntlighet är en förutsättning för omedelbarhet.

¹²⁷ Tidigare definierades omedelbarhet i finsk rätt så att den domstol som avgör målet ska ta emot materialet (se Tirkkonen 1974, 93).

¹²⁸ Se t.ex. Nousiainen 1993, 266 ff. En intressant detalj är att då ZPO infördes år 1879 var kravet på muntlighet mycket strikt. Stegvis lättade man på kraven i den mån att den tyska civilprocessen började likna den process som fanns i Finland före år 1993. Eftersom rättegångarna förlängdes har muntligheten ökat igen inom den tyska civilprocessen.

¹²⁹ Nousiainen 1993, 389 ff.

respektive 1948) jämfört med t.ex. Tyskland där moderniseringen skedde i och med att ZPO trädde i kraft år 1879.¹³⁰ I den finska diskussionen har de figurerat en lång tid, men förverkligades i domstolsväsendet först under 1990-talet. Principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration har haft en mycket central ställning i diskussionen redan i ett drygt sekel.

Eftersom principerna hänger tätt samman med varandra och på sätt och viss är olika sidor av samma sak, behandlar jag dem som en helhet. Principen om koncentration har inte en lika framträdande roll i det här sammanhanget eftersom den i Finland uppfattas på ett sätt som leder oss att tänka att den inte i lika hög grad inverkar på tillgången till den andra instansen.¹³¹ Trots att muntlighets- och omedelbarhetsprinciperna har varit en självklar del av den finska civilprocessen under det senaste decenniet är det fortfarande inte helt klart vad som avses med dem. Särskilt i fråga om hovrätterna verkar det fortfarande råda oenighet om vilka värderingar som står bakom muntliga och omedelbara förhandlingar. Man kan se trillingprinciperna – och även andra förfarandepprinciper – både som en naturlig följd av principen om fri bevisvärdering, och därmed även principen om bästa möjliga bevismaterial, och som en del av en rättvis rättegång, en *fair trial*. Därtill kan man se muntlighet som det effektivaste medlet att nå fram till ett korrekt avgörande. Om man ser på principerna i ljuset av dessa tre synpunkter kan man också förstå varför det är angeläget att hålla muntliga och omedelbara förhandlingar även i den andra instansen.

Diskussionen om muntlighet i den andra instansen har präglats av skepticism. En analys av muntligheten skulle kunna peka även på dess styrkor och brister som medel för ”effektiva” handläggningar. Hos oss har diskussionen om muntlighetens funktioner inte varit analytisk nog.

6.5.2 Muntlighet, omedelbarhet och fri bevisning

Den första aspekten av muntlighet och omedelbarhet har att göra med fri bevisföring och fri bevisvärdering. En verklig förutsättning för att fri bevisföring ska fungera är att bevisningen mottas omedelbart av den domare som avgör målet. Det här betyder att domaren själv måste motta den muntliga bevisningen direkt. Tanken bakom kravet på bevisomedelbarhet är att man ska försöka basera domen på bästa möjliga bevismaterial. Bästa möjliga bevismaterial betyder att

¹³⁰ Niemi-Kiesiläinen 1998, 64. Se även Cappelletti 1971, 53 ff. om utvecklingen av moderna muntliga förhandlingar. Bylander (2005, 26) hävdar att lagstiftaren tillspetsat muntlighetsprincipen för att få till stånd en förändring, men den påföljden att förfarandet har blivit inflexibelt.

¹³¹ I Finland och Sverige uppfattas koncentrationsprincipen närmast som en princip som reglerar utformningen av den muntliga förhandlingen. I Norge, Danmark och Tyskland uppfattas koncentrationen som ett krav på att rättegången som helhet ska löpa snabbt. I tysk litteratur används även termen *Beschleunigungsgrundsatz*.

kedjan till själva beviset ska vara så kort som möjligt. Genom att hålla beviskedjan så kort som möjligt försöker man försäkra sig om att domstolen får tillgång till ett sådant material som ändrats så lite som möjligt. Detta betyder alltså att domaren själv i regel måste höra bevispersonerna. Därtill ska all muntlig bevisning i regel mottas under ett och samma koncentrerade tillfälle, som i och för sig kan ta flera dagar i anspråk men som gör att varje enskilt utlåtande kan ses i ljuset av den övriga bevisningen som framförts. Endast genom en omedelbar och koncentrerad bevisupptagning, som alltså i praktiken förutsätter att en muntlig förhandling hålls, kan domaren fritt och på ett pålitligt sätt värdera bevisningen.¹³²

Då utgångspunkten är att den andra instansen bör ha minst lika bra förutsättningar som underrätten att avgöra målet får den andra instansen inte basera avgörandet av bevisfrågan på ett sämre material än underrätten. Detta betyder alltså att bevisningen vid behov måste upptas på nytt för att hovrätten ska ha tillgång till omedelbar muntlig bevisning. Detta beror på att värderingen av den muntliga bevisningen består av mycket mera än en värdering av de ord bevispersonen uttalat.¹³³ En avskrift eller ett ljudband, ja till och med en inspelning med både bild och ljud, kan aldrig fånga upp det som fanns i den situation då personen hördes. Samtidigt innebär ett nytt förhör i den andra instansen trots allt att bevismaterialet *de facto* är sämre, p.g.a. att det gått en ännu längre tid från den situation förhöret gäller och eftersom handläggningen i underrätten kan ha påverkat bevispersonens minnesbild.¹³⁴ Trots dessa brister är det oftast ändå det bästa bevismaterialet som står till förfogande. Hovrätten kan alltså värdera muntlig bevisning rättvist endast efter det att den själv upptagit bevisningen. Förnyat förhör kan också ske via telefon. Problemet är då att man inte kan se bevispersonen, men i stället är möjligheten till verklig interaktion större än om ett band skulle spelas upp.¹³⁵

Mänskorätsdomstolen har i sin praxis tagit samma syn på förhållandet mellan bästa möjliga bevismaterial och muntlighet. Enligt EMRD bör domstolen beakta ”the entirety of the proceedings in the domestic legal order and of the role of the appellate court therein.”¹³⁶ ”The manner in which [article 6] is to be applied in relation to appellate or cassation courts depends upon the special features of the proceedings involved.”¹³⁷ Den stora frågan är alltså om den andra instansen är av appellkaraktär eller inte. Om den får pröva både rättsfrågor och sakfrågor bör man därefter ta ställning till om sakfrågorna är av sådan karaktär

¹³² Se Huovila 2003, 215 ff.

¹³³ Diesen 1994, 41–43.

¹³⁴ Haapasalo 2000, 46 ff.

¹³⁵ Enligt Bylander (2005, 37–38) upplever domarna att personer som varit personligen närvarande är mer övertygande än sådana som uppträtt på band.

¹³⁶ Ekbatani st. 27. Se även Helmers mot Sverige, st. 32.

¹³⁷ Monnell och Morris, st. 56.

att bevisföringen bör ske muntligt. Dessutom kan målet vara sådant att den ena parten eller båda parterna bör få framträda inför domstolen. I tvistemål har parterna endast i vissa fall en absolut rätt att närvara vid förhandlingen. Detta om rättegången gäller en fråga där parternas personlighet och livsstil är direkt relevant för utgången av målet¹³⁸ eller om en bedömning av partens beteende är en del av målet.¹³⁹ Muntlig bevisning bör i regel tas upp på nytt om avgörandet i målet beror på värderingen av den muntliga bevisningen, men situationen ska ändå värderas som en helhet.¹⁴⁰ Om domstolen kan avgöra de delar av målet som gäller fakta utan att parterna hörs och målet inte är av stor betydelse för parterna behöver ingen muntlig förhandling ordnas.¹⁴¹ Angående rätten att ställa bevispersonerna frågor har hänförts till kravet om *equality of arms*.

6.5.3 Trillingprinciperna och *fair trial*

Rätten till en muntlig, omedelbar förhandling kan också ses som en del av en ”rationell”, transparent handläggning av ett mål.¹⁴² Kravet på muntlighet är en central mänsklig rättighet i dagens Europa, vilket särskilt framgår av EMRK art. 6 (1). Trots att kravet enligt ordalydelsen ”fair and public hearing” gäller endast offentlighet,¹⁴³ innefattar kravet ändå rätt att närvara vid domstolsbehandlingen.¹⁴⁴ Den här rättigheten är enligt EMRD:s praxis knutet till rätten att bli hörd och rätten att följa med handläggningen.¹⁴⁵ EMRD:s syn på varför muntlighet behövs kan belysas med följande citat ur domen i målet Jan-Åke Andresson:¹⁴⁶

¹³⁸ X mot Schweiz.

¹³⁹ Muyldermans st. 19 och kommissionens rapport st. 62 och 64.

¹⁴⁰ Se t.ex. Elsholz, st. 64–66. Domstolen konstaterar att målet gällde ”questions of fact and law which could not adequately be resolved on the basis of the written material at the disposal of the Regional court” och att rättegången därför som helhet inte var *fair*. Se även Stavros 1993, 280–285, Pellonpää 2005, 364–367 Aall 1995, 214–215 och Smith 2005, 58. Aall diskuterar hur ett mål bör handläggas i *Høyesterett* då det är fråga om värdering av bevisning eller sakfrågor i största allmänhet i brottmål. Se också Betänkning nr 1401, 101.

¹⁴¹ Harris – O’Boyle – Warbrick 1995, 207. Se även fallen Ekbatani och Fejde där en muntlig förhandling krävdes och fallet Jan-Åke Andersson där domstolen inte behövde höra den tilltalade.

¹⁴² Leppänen 1998, 56.

¹⁴³ Se Edelstam 2001, 31–32 om indelningen av offentlighet i handlingsoffentlighet och förhandlingsoffentlighet. Se även Frände 1999, 248–249 om förhållandet mellan handläggningsform och offentlighet.

¹⁴⁴ van Dijk – van Hoof 1998, 433.

¹⁴⁵ Se t.ex. Fredin (No. 2), st. 19–21 och Fischer, st. 44, i vilka domstolen konstaterar att man ska beakta vilka frågor som målet berör, hurdan handläggningen har varit i tidigare instanser och om parten har bett om en muntlig handläggning.

¹⁴⁶ Jan-Åke Andresson mot Sverige, st. 24.

”..the accused’s right to a public hearing was not only an additional guarantee that an endeavour would be made to establish the truth but also helped to ensure that he was satisfied that his case was being determined by a tribunal, the independence and impartiality of which he could verify./ ... / In this context it is also recalled that the guarantee of a fair and public hearing in Article 6 para. 1 (art. 6-1) of the Convention was one of the fundamental principles of any democratic society and that by rendering the administration of justice visible publicity contributed to the maintenance of confidence in the administration of justice; in addition, the public nature of hearings, where issues of guilt and innocence were determined, ensured that the public was duly informed and that the legal process was publicly observable.”

Kravet på muntligt förfarande är dock inte undantagslöst. Tvärtom kunde man påstå att undantagen är så många att man kunde fråga sig om det överhuvudtaget finns någon generell rätt till muntlig förhandling i högre domstol. För det första kan parterna avstå från rätten till offentlig muntlig förhandling. Det här betyder att domstolen inte behöver ordna en offentlig muntlig förhandling om parterna inte bitt om det. Ett sådant samtycke måste vara ”of his own free will and in an unequivocal manner” för att kunna tillämpas.¹⁴⁷ I fallet Håkansson och Stureson konstaterade EMRD att även ett tyst medgivande räcker.¹⁴⁸ Ifall domstolsinstansen ifråga handlägger majoriteten av målen skriftligt har EMRD ansett att parterna borde ansöka om att en muntlig förhandling hålls för att inte förlora rätten till den.¹⁴⁹ Om något viktigt offentligt intresse kräver det måste en offentlig muntlig förhandling hållas oberoende av parternas åsikter.¹⁵⁰ Det är viktigt att man i ett sådant fall försäkrar sig om att parternas rättigheter i övrigt tryggas.

Rätten till en muntlig förhandling i den andra instansen är dock allt annat än självklar. Mänskorätsdomstolen har konstaterat att det kan räcka med att kravet uppfylls i en instans.¹⁵¹ Förutom behovet att värdera muntlig bevisning inverkar målets betydelse på kravet på en muntlig förhandling i den andra instansen. Dessutom inverkar betydelsen av målet för parterna. Ju viktigare målet är för parterna desto större är behovet av en muntlig förhandling.¹⁵² En muntlig förhandling kan också innebära en möjlighet att rätta till ett rättegångsfel i under-rätten. En förutsättning för att den andra instansen ska kunna avgöra målet i skriftligt förfarande är att underrätten ordnat en muntlig förhandling som uppfyller alla de krav som konventionen ställer på förfarandet.¹⁵³ I straffrättsliga

¹⁴⁷ Albert och Le Compte, 58 st. 35.

¹⁴⁸ Håkansson och Stureson, st. 66. Se dock även punkt 4 i Walsh avvikande åsikt. Walsh anser inte att en part kan avstå från offentlig handläggning utan vidare.

¹⁴⁹ Fischer st. 44.

¹⁵⁰ Merrills 1993, 182.

¹⁵¹ Tierce och andra, st. 95.

¹⁵² Se Elsholz, st. 52–53.

¹⁵³ Harris – O’Boyle – Warbrick 1998, 206.

mål har EMRD beslutat att domstolen måste höra den tilltalade om hon eller han är åtalad för ett grovt brott. I mål som gäller ”civil rights” har domstolen tillämpat en motsvarande regel, d.v.s. att muntlig förhandling bör hållas om saken har stor betydelse för parterna. Problemet är att de fall för vilka den här regeln utvecklats främst gällt mål om en läkares rätt att utöva sitt yrke. Därmed har det inte varit fråga om ett mål med två parter i traditionell bemärkelse.¹⁵⁴ Trots det skulle jag ändå påstå att målets betydelse för parterna är en av de faktorer som påverkar bedömningen.

Principen om omedelbarhet har inget egentligt egenvärde förutom att parterna i en omedelbar förhandling har möjlighet att ”se sin domare” och att därmed direkt vädja till domarna. Kärnan i omedelbarheten är att allt material ska ges direkt till domaren och onödiga mellanhänder undvikas. Omedelbarhet förutsätter alltså att det ordnas en muntlig förhandling eftersom domstolen endast får lägga det material som kommit fram under den muntliga huvudförhandlingen till grund för sitt avgörande. Omedelbarhet i betydelsen bevisomedelbarhet innebär också att domstolen har möjlighet att ta del av bästa möjliga bevismaterial som en följd av parternas möjlighet att kommentera bevisningen och att ställa bevispersonerna frågor. Rättegången blir mera ”rättvis” då parterna har dessa möjligheter eftersom de då kan hjälpa domarna att märka och förstå olika aspekter av det som framkommit ur bevisningen.

Medborgaraspekten eller partsaspekten i fråga om muntlighet har tagits som utgångspunkt även av lagstiftaren.¹⁵⁵ Men den har inte ännu slagit rot fullständigt, eftersom dess roll för bevisprövningen betonas mera.

6.5.4 Muntlighet, omedelbarhet och ändamålsenlighet

Muntligheten kan även ses som en möjlighet att få en ändamålsenligare rättegång.¹⁵⁶ Muntlighet möjliggör nämligen att parterna och domstolen diskuterar direkt med varandra. Domstolen kan också utöva processledning på ett helt annat sätt under en muntlig förhandling. Visserligen borde behovet av processledning vara betydligt mindre i den andra instansen än i underrätten, men ifall man i underrätten misslyckats med att plocka ut de verkliga stridsfrågorna kan det finnas ett behov av en muntlig handläggning eller en muntlig förberedelse även i den andra instansen. En muntlig förhandling kan alltså innebära att rättegången blir snabbare i den andra instansen, då man där lyckas få fram vad som är

¹⁵⁴ van Dijk – van Hoof 1998, 434.

¹⁵⁵ RP 91/2002, 5.

¹⁵⁶ Stridbeck 2005, 127–129 för en överblick över för- och nackdelarna med muntlighet.

stridigt och får parterna att tala om samma sak och inte ”förbi” varandra.¹⁵⁷ En muntlig förhandling ger också domstolen en möjlighet att fråga parterna om deras uppfattning om yrkanden och omständigheterna kring målet överensstämmer med den andra partens uppfattning. Behovet av att ordna en muntlig handläggning torde minska då tingsrätterna gör upp sammanfattningar i samband med förberedelsen.¹⁵⁸

Då bevisningen är muntlig och omedelbar kan domarna utreda oklarheter i utsagan, vilket inte är möjligt om det är fråga om en inspelning eller en uppläsning av ett muntligt bevis. Det är då inte heller möjligt för domstolen att ställa frågor och reda ut eventuella oklarheter och tvetydigheter. Domstolen kan inte heller direkt observera bevispersonen och se hur hon eller han reagerar på olika typer av frågor. Därmed ger omedelbar bevisföring en bättre möjlighet för domstolen att ta upp relevanta saker, be bevispersonen hoppa över irrelevanta saker och gå närmare in på det centrala och oklara.

Ibland är dock en skriftlig handläggning av ett mål mera ändamålsenlig än en muntlig handläggning. Fördelarna med en uteslutande skriftlig handläggning är att det ibland är lättare att uttrycka sig exakt skriftligt. En skriftlig handläggning *kan* även lämpa sig bättre för rättsfrågor. Problemet med diskussionen om skillnaden mellan skriftlig och muntlig handläggning är att man ofta sätter dem i ett motsatsförhållande till varandra istället för att se dem som potentiellt kompletterande handläggningsformer. Det kan i vissa fall vara möjligt att handlägga en del av målet skriftligt och en annan del muntligt. Även EMRD har fäst uppmärksamhet vid ändamålsenlighetssynpunkter då den tagit ställning till om en muntlig förhandling bör hållas i den andra instansen.¹⁵⁹ Uppspelningen av ett förhör innebär också att man inte behöver kalla in bevispersonen på nytt, betala resekostnader och ersättning för förlorad inkomst.

Mänskorättsdomstolen har inte fattat något avgörande som skulle fastställa rätten till muntlig förhandling i de högre rätterna generellt. Det här beror delvis på att EMRD anser att de intressen som talar för en muntlig förhandling måste vägas mot rätten till rättegång inom skälig tid och domstolarnas arbetsbörda.¹⁶⁰ Medlemsstaterna har nämligen ingen förpliktelse att ge de högre instanserna sådana resurser att de kan ompröva alla målen. De högre instanserna har en möjlighet att rikta sina resurser på de mål som kräver en mera ingående handläggning. Domstolen är alltså redo att ta även frågor om ändamålsenlighet i beaktande.

¹⁵⁷ Se t.ex. Virolainen 1995, 229–230, Skoghøy 2001, 427 och Gomard 2003, 210, om fördelarna med muntliga förhandlingar.

¹⁵⁸ Lappalainen 2002, 90–93

¹⁵⁹ Frowein – Peukert 1996, 245.

¹⁶⁰ Se fallet Axen st. 26–27 och Ovey – White 2002, 169.

6.5.5 Spärrar och muntlighet

Frågan om förhållandet mellan prövningstillstånd och andra spärrar och muntlig förhandling har tagits upp av mänskorättsdomstolen ett antal gånger. Domstolen anser att "leave-to-appeal proceedings and proceedings involving only questions of law, as opposed to question of fact, may comply with the requirements of Article 6 (art. 6), although the appellant was not given opportunity of being heard in person by the appeal or cassation court."¹⁶¹ Frågan är då närmast vad domstolen tar ställning till då den beslutar om prövningstillstånd eller motsvarande gallring. Om man anser att den andra instansen i sådana fall närmast prövar om villkoren för att bevilja prövningstillstånd eller villkoren för att gallra bort ett mål uppfylls är det fråga om bedömning av rättsfrågor, varmed ingen muntlig handläggning behövs. Därmed kan ett mål gallras bort som utsiktslöst, även om en bedömning av om målet är utsiktslöst innebär att man tar ställning till om underrätten avgjort sakfrågorna rätt. Dock måste man vara mycket försiktig i de fall då det är fråga om värdering av muntlig bevisning. Men frågan på vilka grunder ett mål kan gallras som utsiktslöst är sedan en annan sak.

6.6 SAMMANFATTNING

Sammanfattningsvis kunde man säga att principen om en juste rättegång och principen om rätten att driva sin talan har sina givna platser som metaprinciper som reglerar förfarandet i domstolen. Genom att ta dessa principer i bruk får vi fler analytiska verktyg till vårt förfogande i arbetet med att granska och forma civilprocessen. Då kan vi också övergå till en snävare syn på kontradiktion. Om man ser på den andra instansen och de vittgående möjligheter den har att välja mellan olika handläggningsformer kan man konstatera att det är viktigt att den ser till att de två metaprinciperna om förfarandet, juste rättegång och rätten att driva sin talan, förverkligas. Förutom betydelsen av dessa två principer är betydelsen av trillingprinciperna muntlighet, omedelbarhet och koncentration stor. Den kontradiktoriska principen är fortfarande central, även om jag bantat ner den till sin ursprungliga betydelse. På samma sätt har partsinsyn¹⁶², partsoffentlighet och offentlighet en viktig betydelse särskilt eftersom möjligheterna att avgöra ett mål skriftligt är så stora. Av dessa tre kan de två första enkelt sättas in under metaprinciperna.

Därtill måste den andra instansen naturligtvis se till att parterna har rätt att disponera målet och att den vid oklara fall utövar aktiv processledning för att

¹⁶¹ Ekbatani st. 31.

¹⁶² Begreppet är myntat av Lindblom (2000, 285–287) och jag använder det i samma betydelse som han.

reda ut oklarheterna. Eftersom möjligheten att välja mellan olika handlägningsformer är stor är även den formella processledningen utöver den materiella processledningen av betydelse. Då den andra instansen ska fatta beslut i målet är det viktigt att den respekterar principerna om *jura novit curia*, fri bevisvärdering och *reformatio in pejus*.

De viktigaste principerna är i mitt tycke dock helt klart metaprinciperna just rättegång och rätten att driva sin talan. Därtill är det skäl att fästa uppmärksamhet vid trillingprinciperna och vid att parterna är medvetna om hur handläggningen av målet framskrider, alltså partsinsyn.

7 Ledstjärnor

7.1 ALLMÄNT OM LEDSTJÄRNOR

Ledstjärnorna är den delen av processens grundpelare som lyser högt och klart över de två övriga grundpelarna. Ändå är dessa inte de centrala elementen – bara vägledare. Först då de grundläggande faktorerna fungerar, d.v.s. rättsprinciperna fungerar och rättegången uppfyller både de interna och externa funktionerna, får ledstjärnorna en viktig funktion. Trots det är en rättegång där alla processrättsliga principer följs, men där de kriterier som ledstjärnorna ställer inte uppfylls, en process utan faktiskt värde för medborgarna. Nyttan av ett förfarande som fungerar väl är liten om kostnaderna blir oöverstigliga och förfarandet drar ut på tiden. Därför är det skäl att granska såväl de ”klassiska” ledstjärnorna snabbhet, billighet och säkerhet,¹ som tillförlitlighet och flexibilitet.

Ledstjärnorna bygger delvis på teorin om *access to justice* i den form främst Mauro Cappelletti och Bryant Garth framfört den.² I den teorin uppmärksammas problemet med att domstolarnas existens inte räcker, medborgarna ska ha en verklig, effektiv möjlighet att få sina rättigheter och tvister prövade i dem.³ Staten är också skyldig att vidta åtgärder för att medborgarna ska kunna åtnjuta sina rättigheter till domstolsprövning. Hindren för tillgången till domstol är kostnader, kunskaper, diffusa intressen och tidsfaktorn. Särskild hänsyn fästs vid småmål. Under årens lopp har man övergått från att diskutera de ekonomiska och kunskapsmässiga hindren till att se på problemet ur ett vidare perspektiv, bland annat genom att man tagit upp problemet med att förfarandet ska passa för just den aktuella typen av mål i allmänhet och det aktuella målet i synnerhet. Förfarandet ska alltså vara flexibelt och anpassat till målet i fråga. Parterna ska också tas i betraktande så att man vid behov försöker medla, men också så att man beaktar skillnaderna mellan parterna i fråga om ekonomiska tillgångar och kunskap.⁴

Vissa av de idéer, problem och lösningar som fördes fram av Cappelletti och Garth för närmare 30 år sedan är fortfarande aktuella, medan vissa redan en

¹ Zuckermann kallar dessa tre för civilprocessens tre parametrar (Zuckermann 1999, 3). Se även Wassermann (1978, 90–92) som talar om *Effizienz*.

² Cappelletti – Garth 1978, 6–8. Se även Cappelletti 1988, 239 ff.

³ Märk dock Blankenburgs och Reifners (1981, 222–228) kritik av att vågmetaforen om *access to justice* passar främst att beskriva läget i *common law* länder och vissa valda kontinentaleuropeiska länder eftersom rörelsen landat här med mycket svagare styrka och inte följt det mönstret som beskrivs i teorierna om *access to justice*.

⁴ Cappelletti – Garth 1978, 52–53.

längre tid ansetts vara förlegade. De delar som inte berör själva rättegångsförfarandet tas inte upp här eftersom fokusen ligger på den andra instansen och traditionellt rättegångsförfarande där. De av tankarna och problemen som fortfarande är aktuella kan ses i ledstjärnorna: rättegången ska vara tillräckligt snabb och billig och rättegångsförfarandet ska anpassas till målet i fråga. Inom domstolsväsendet får man varken offra små, relativt enkla mål som berör en individs enskilda intressen för mål som berör stora eller diffusa intressen, eller vice versa.

7.2 SNABBT

Europeiska mänskorättsdomstolen har upprepade gånger konstaterat att sen rättvisa är klen rättvisa. Domstolarna ska fatta beslut i mål tillräckligt snabbt för att det ska vara någon nytta med att inleda förfarandet.⁵ I EMRK talas därför om *reasonable time* som ett kriterium för en rättvis rättegång. Enligt mänskorättsdomstolens praxis ska tiden för hur länge en rättegång tar räknas från det att rättegången inleds, vilket i finländska förhållanden betyder tidpunkten då stämningsansökan inkommer till tingsrätten.⁶ Rättegången anses vara avslutad då domen i målet vinner laga kraft, antingen då tiden för att överklaga gått ut eller då den högsta möjliga instansen avgjort målet.⁷ Då man fastställt hur länge rättegången pågått kan man ta ställning till om tiden varit skälig. EMRD tar ställning både till den totala längden och till längden av de enskilda stegen av en rättegång. Den beaktar alltid de särskilda dragen i de enskilda rättegångarna när den avgör om en rättegång tagit för lång tid. Framförallt inverkar dock hur komplicerat målet är och hur parterna och myndigheterna handlat. Sakens betydelse för de inblandade har också inverkat på bedömningen.⁸

En rättegång som dröjer för länge får tre huvudsakliga följder. För det första försämras möjligheten att domstolen kommer till rätt slutsats i målet. Bevisföringen försvåras med tiden i och med att fysiska bevis kan förstöras och bevispersonernas minnesbilder försämras. Även domarnas möjlighet att värdera den muntliga bevisföringen försämras med tiden. För det andra blir rättegången oftast dyrare ju längre tid den tar. Detta beror på att parterna och deras ombud då måste använda mera tid på att återkalla till minnet detaljer om själva målet och handläggningen av det. Alltså ju flera steg det finns i rättegången och ju längre

⁵ Cappelletti 1991, 243.

⁶ van Dijk – van Hoof 1998, 444, och fallet Scopelliti mot Italien, st. 18. Den tid som använts för förhandlingar mellan parterna innan stämningsansökan inlämnas räknas inte. Se Lithgow och övriga mot Storbritannien, para 199. Jämför dock Phocas mot Frankrike och König mot Tyskland.

⁷ van Dijk – van Hoof 1998, 445.

⁸ van Dijk – van Hoof 1998, 446–450 och Merrills – Robertson 2001, 108–110.

tid det går mellan stegen, desto dyrare blir det. För det tredje uppkommer olika typer av problem för de inblandade då de väntar på domstolens avgörande. Ju resurssvagare individer det är fråga om desto större är risken att hon eller han inte klarar av kostnaderna som uppstår på grund av fördröjningen. Ett exempel på en sådan situation är ett mål där ett litet företag eller en egenföretagare lidit en betydande skada. Om det tar en lång tid att få ett avgörande och därmed en utmätbar dom kan företaget till och med riskera att gå i konkurs. Företaget tvingas kanske ta stora lån för att reparera de skador som uppkommit och återbetalningen av dessa lån kan tynga ekonomin.⁹

I den andra instansen är problemen med en fördröjning av rättegången annorlunda i jämförelse med underrätterna. För det första måste den andra instansen beakta hur lång tid underrätten tog på sig att avgöra målet. Om tiden var oskäligt lång kan det finnas fog för den andra instansen att prioritera målet så att den sammanlagda handläggningstiden inte blir alltför lång. För det andra är handläggningen i den andra instansen ofta mera differentierad än i underrätten eftersom det finns olika möjligheter att påskynda rättegången t.ex. genom prövningstillstånd eller andra motsvarande förfaranden. Möjligheterna att handlägga målet skriftligt är också större. Därför är stora skillnader i handläggningstiden mera acceptabla i hovrätten. Därmed bör domstolen beakta handläggningstiden i det enskilda fallet inte endast med tanke på målets egen karaktär, utan även med tanke på omfattningen och typen av handläggning i den andra instansen. Domstolen bör också snabba upp handläggningen av målet med hjälp av effektiv processledning.¹⁰ En gallring av målen bör ske så fort som möjligt för att det ska vara någon nytta med gallringen.

7.3 BILLIGT

I dag då ett rättegångsombud i praktiken oftast är en förutsättning för att man ska kunna driva ett mål till domstol är problemet med höga kostnader stort. Ibland kan kostnaderna för handläggningen av målet i underrätten vara större än intresset i målet.¹¹ Följaktligen har även staterna tvingats vidta åtgärder för att alla medborgare ska ha råd att anhängiggöra ett mål vid en domstol, bl.a. genom att erbjuda olika typer av rättshjälp och fri rättegång.¹²

⁹ Zuckermann 1999, 5–6, och Virolainen 1995, 108.

¹⁰ Se Virolainen 1988, 123–124 om förhållandet mellan snabbhet och materiell processledning.

¹¹ Mera om de ekonomiska hindren för tillgång till en rättegång finns i Cappelletti 1991, 249–243.

¹² Se t.ex. Harris – O’Boyle – Warbrick 1995, 198–199, och van Dijk – van Hoof 1998, 420–421, samt målet Airey där Europeiska mänskorsdomstolen behandlade frågan om rättshjälp. Europeiska mänskorsdomstolen talar om en ”effective access to a court”.

Problemen i den andra instansen är stora på den här punkten. Det är viktigt att förfarandet är tillräckligt förmånligt för att det ska vara möjligt att överklaga eventuella felaktiga domar. Parterna har ofta redan lagt ut ansemliga mängder av resurser under förfarandet i underrätten. Det skulle vara viktigt att kostnaderna för förfarandet står i en rimlig proportion till värdet på intresset. Å andra sidan är det viktigt att det inte är för lockande att överklaga. Med dagens arvoden torde dock denna aspekt inte vara ett problem i civilprocessen. Det stora problemet ur parternas synvinkel är om de satsar mycket pengar på handläggningen av målet i den andra instansen och slutresultatet är att domstolen gör smärre ändringar i underrättens motiveringar utan att ändra på slutresultatet. I ett system där sådana avgöranden är vanliga även i sådana fall där en muntlig förhandling ordnas kan man fråga sig om man i tillräcklig mån har beaktat parternas ekonomiska intressen.

Ur statens synvinkel är problemet med kostnaderna för förfarandet i den andra instansen förhållandet mellan nyttan och kostnaderna. Den andra instansen behövs ur statens och rättssystemets synvinkel för att rätta till eventuella fel som skett i underrätten och för att styra och förenhetliga rättsutvecklingen. Samtidigt är det entydigt att handläggningen i den andra instansen ofta är för omfattande i många västeuropeiska länder. Kostnaderna för förfarandet står alltså inte i en rimlig proportion till nyttan av förfarandet. Jag menar naturligtvis inte att det ska vara så att den andra instansen ska ändra på utgången i målet. Tvärtom – det måste vara möjligt att handlägga principiellt viktiga mål och sådana mål där man vill fastställa en viss praxis, och då behöver den andra instansen inte misstänka att underrättens slutsats är felaktig. Dessutom går det inte alltid att fastställa om underrätten kommit till rätt slutsats utan att handlägga målet mera ingående.

En billig rättegång behöver inte nödvändigtvis vara en snabb rättegång. I den andra instansen är billigt samtidigt ofta snabbt, eftersom det betyder att målet har genomgått så få faser som möjligt. Däremot står billigt ofta i kontrast till säkert. En faktor som påverkar rättegångskostnaderna såväl för parterna som för domstolen är den muntliga förhandlingen och hörande av bevispersoner. Ändå är det den muntliga förhandlingen som är central i frågor som gäller muntlig bevisning och värderingen av dessa. Följaktligen är den stora utmaningen att hitta en balans mellan de kostnader en muntlig förhandling ger upphov till och den nytta det innebär i form av säkerhet. Detsamma gäller i stort sett även hela förfarandet. Ju mer summariskt förfarandet är åtminstone i början av handläggningen av målet i den andra instansen, desto förmånligare blir förfarandet för alla inblandade. Men å andra sidan kan man säga att ju mer summariskt förfarandet är, desto större är risken för misstag.

7.4 SÄKERT

Med ledstjärnan säkerhet¹³ avses ofta att domstolen ska sträva efter att uppnå den materiella sanningen i målet¹⁴ och att den ska tillämpa lagen rätt. Säkerheten är den mest problematiska av ledstjärnorna främst på grund av sakfrågorna. Den utgör den mest motsägelsefulla delen av civilprocessen i och med att många förnekar att det skulle finnas endast en materiell sanning, medan uppnåendet av den materiella sanningen ändå ställs upp som ett mål för civilprocessen.¹⁵ Med ordet säkerhet kan man också avse att rättegången ska vara förutsägbart både i fråga om förfarande och i fråga om slutsatser.

7.4.1 Rätt bedömning av fakta

Hur lockande det än må vara att tänka att det finns en materiell sanning som går att utreda inom ramarna för civilprocessen är det äntligen dags att slänga drömmen i papperskorgen.¹⁶ För det första har parterna getts så vida möjligheter att disponera över bevisningen och rättegångsförfarandet i sin helhet att domstolen är beroende av det material parterna framlagt och de yrkanden de gjort.¹⁷ I princip kan domstolen göra utredningar på egen hand endast i mål av indispositiv karaktär eller med indispositiva element. Det är möjligt att parterna disponerar över rättsläget så att en handling blir en annan, t.ex. så att ett köp blir en gåva.¹⁸ Även felaktiga domar vinner rättskraft, vilket betyder att man godkänner även materiellt felaktiga domar och preklusionen kan vara ett effektivt hinder mot att utreda sanningen.¹⁹ Dessutom är det möjligt att ge tredsdomar, som inte baserar sig på bevisning överhuvudtaget.

För det andra är det inte alltid möjligt att bevisa en viss omständighet i en rättegång. Bevisen kan t.ex. ha förstörts eller så kan det vara svårt att bevisa exis-

¹³ Säkerhet ställs upp som ett kriterium för rättegången i RP 15/1990, 24 och Niemi-Kiesiläinen 1998, 63.

¹⁴ Det framgår indirekt t.ex. ur RP 15/1990, 104–105, att den materiella sanningen är en av målsättningarna bakom den moderniserade finska rättegångsbalken.

¹⁵ Bland annat Norrgård (2002, 39–43), Huovila (2003, 165 ff.) och Leppänen (1998, 47) fasthåller att materiell sanning är civilprocessens mål, trots att de konstaterar att det långtifrån alltid är möjligt att uppnå den materiella sanningen och att man därför ibland tvingas operera med den processuella sanningen. Jämför med Virolainens (DL 2000, 677) åsikt om att domstolen ska avgöra målet på basis av det material som parterna framställt. Därmed ska den döma endast i måleet av dessa fakta.

¹⁶ Se Aarnio 1986, 157 ff. om sanningens förhållande till rättsvetenskapen. Enligt Aarnio kan den materiella sanningen vara endast ett ouppnåeligt ideal.

¹⁷ Klami (DL 1992, 460–465) påtalar problemet med olika beviströsklar hos olika domare och fenomenets betydelse för parterna.

¹⁸ Andersson 1999, 169.

¹⁹ Lindblom 2000, 173.

tensen av t.ex. ett muntligt avtal eller muntliga tilläggsvillkor. Därtill finns det sekretessbestämmelser och regler om situationer där någon kan vägra vittna. Omständigheterna kan alltså vara sådana att vi inte får en fullständig bild av dem. Följaktligen kan det hända att det material som framförs är ofullständigt.

För det tredje går det inte i alla situationer att göra en objektiv undersökning av vilken den materiella sanningen är. Vi kan inte utreda fullt ut t.ex. vad en person haft för avsikter.²⁰ Därmed finns det ingen ”verklig sanning” som man kan jämföra den processuella sanningen med.

I dag är de flesta jurister överens om att man i en process endast kan nå en formell sanning. Däremot har vi inte gett upp tanken på att det finns en ”verklig” sanning i alla mål och att den här sanningen kunde utredas om man hade obegränsade resurser.²¹ Vår uppfattning om formell sanning är problematiskt eftersom den bygger på tanken att den formella sanningen är den inom rättegångens ramar förverkligade materiella sanningen, alltså den delen av den materiella sanningen som man kan komma fram till inom rättegångens ramar. Om vi tänker oss att det inte går att få fram den ”verkliga” materiella sanningen, eller ens alltid veta hur nära den man kan komma, borde man rucka på betydelsen av processuell sanning så att den i dispositiva mål skulle betyda den situation som kan rekonstrueras på basis av framställda bevis och andra element som domstolen får använda i avgörande av sakfrågor.²²

7.4.2 Förutsägbarhet

Förutsägbarheten är en viktig del av rättssäkerheten. För det första bör förfarandet vara förutsägbart. Detta betyder naturligtvis inte att domstolen alltid måste följa samma förfarande i alla mål, tvärtom är det naturligt att förfarandet kan vara olika beroende på målets art. Det viktiga är att parterna kan förutse vad som kommer att hända, antingen så att målet handläggs på samma sätt som andra motsvarande mål eller så att domstolen informerar parterna om hur den tänker handlägga målet. Även utgången i målet bör vara förutsägbar. Med förutsägbarhet menar jag att en utomstående bedömare som har bekantat sig med rättegångsmaterialet inte är överraskad över utgången. Med utgången i målet avser jag både mera ”tekniska” synpunkter, såsom vilka normer som tillämpats, och sådana delar som medger mera prövningsmarginal. Om en ersättning för t.ex. sveda och värk avviker kraftigt från tidigare praxis utan att det funnits särskilda omständigheter för det, kan utgången i målet vara oförutsäg-

²⁰ Se Lindell 1987, 234 ff. och exemplet där.

²¹ Se Lindells (1987, 344 ff.) låda som exempel.

²² Även gränsdragningen mellan rättsfrågor och sakfrågor kan påverka utgången i målet. Se Lindlom 2003, 194–199.

bar. Domstolen borde inte grunda sitt avgörande på en omständighet som parterna har förbisett.

Problemet med förutsägbarhet är att det i värsta fall kan utgöra ett hinder för vidareutvecklingen av rätten. Därför bör kraven inte vara alltför strikta. Särskilt de högre instanserna ska ges en möjlighet att ändra på tidigare praxis, vilket ibland kan innebära ett visst överraskningsmoment. Eftersom domstolen är bunden av parternas yrkanden utgör ändå dessa det svängrum domstolen har till sitt förfogande. Genom att bekanta sig med rättegångsmaterialet får man veta vilken form och hur stor den spelplan som domarna spelar på är.

7.4.3 Säkerhet

Den andra instansen har två särskilda problem som är relaterade till säkerheten. För det första är det mycket svårare att utreda ens någon form av sanning i den andra instansen. En lång tid har oftast gått sedan det händelseförlopp bevispersonerna ska berätta om. Fysiska bevis kan ha förstörts under den tid handläggningen varat. Ett problem är att de inblandade ofta ”mentalt begravt” saken. Det som hänt hör till det förgångna och därför har de glömt vad som hände. Då målet handlades i underrätten kändes det som hänt fortfarande aktuellt och därför var det lättare att komma ihåg. Dessutom kan de inblandade bli påverkade av underrättens dom och hur underrätten bedömt deras och andras utsagor. Under rättegången i underrätten vet ju bevispersonerna inte i princip vad de övriga sagt, men i och med underrättens dom blir allt offentligt.

Den andra frågan som berör särskilt den andra instansen är möjligheten till differentierat förfarande. Om den andra instansen har möjlighet att gallra bland målen och avsluta handläggningen av ett mål när som helst genom att konstatera att det inte finns något skäl att ändra på underrättens avgörande kan det vålla problem för parterna. För att förfarandet då ska kunna anses vara förutsägbart borde parterna ges en förvarning om att en gallring är möjligt. En gallring som sker som ett slags preliminär handläggning är förutsägbart, men en gallring som sker sedan den andra instansen inlett handläggningen av målet kan vara en överraskning för parterna om domstolen inte förvarnat dem.

7.5 UPPLEVD RÄTTVISA

Under de senaste årtiondena har man börjat fästa allt mer uppmärksamhet vid den tillit allmänheten och i synnerhet parterna i en rättegång känner för domstolsväsendet. Det räcker inte med att förfarandet *de facto* är felfritt och rättvist, parterna ska uppleva det som sådant. Det är fråga om att ”justice must be seen to be done”, det räcker inte med att utgången är rättvis och riktig – förfarandet

måste också verka rättvist. Också tillförlitligheten kan delas in i två olika element: det externa och det interna. Den externa tillförlitligheten handlar i första hand om hur förfarandet i tvistemål uppfattas av allmänheten. Problemet med att mäta detta är svårt och många olika typer av faktorer kan inverka.²³ Särskilt massmedierna inverkar negativt på domstolarnas tillförlitlighet, vilket antagligen beror på att de närmast tar upp sådana mål där antingen förfarandet eller utgången i målet är felaktigt eller delar medborgarnas åsikter.²⁴ Med åren har tillförliten till domstolarnas verksamhet minskat,²⁵ vilket reflekterar de förändringar som skett med auktoritetstron i samhället överlag. Domstolarna måste nuförtiden aktivt sträva efter att deras verksamhet och arbetsmetoder ska vara sådana som skapar tillit.

Den interna tillförlitligheten skapas i den enskilda rättegången. Parterna kan antingen uppleva att domstolen behandlat dem rättvist och jämlikt och att den gett dem en tillräcklig möjlighet att driva sin sak. Under de senaste årtiondena och särskilt efter underrättsreformen år 1993 har den miljö domstolarna verkar i och rättegångsförfarandet i sig skapat nya och bättre förutsättningar för parterna att aktivt delta i rättegången. Det är fråga om stora förändringar som pågår särskilt inom det finska domstolväsendet, där moderniseringen har skett sent. De förändringar som skett handlar egentligen om att uppfatta domstolen och framför allt parternas ställning i den på ett helt nytt sätt.²⁶ Den schematiska bilden av rättegången har hittills varit att ombuden är de aktiva aktörerna i rättegången. Domstolen tar bara passivt emot den information som ges och det är parterna som styr rättegången. Parternas, kärandens och svarandens, roll är att ge domstolen relevanta fakta. Den här uppfattningen är förlegad enligt den så kallade *law and society*-forskningen som vunnit alltmer fotfäste särskilt i den anglosaxiska diskussionen sedan 1960-talet. Också Vaula Haavistos observationer av det nya förfarandet i underrätten pekar i samma riktning.²⁷ Konflikten formas inte längre av parternas ombud; i dag är även domaren och parterna själva aktivt inblandade i den process där både själva konflikten, behandlingen av den och även i viss mån dess lösning formas. Den passiva domaren har bytts ut mot en aktiv domare och parterna deltar i utformningen av rättegången på ett överraskande aktivt sätt.²⁸ Parterna är inte längre redo att bara tacka och ta emot.

²³ Många finländare anser att förmögna och utbildade personer är mera jämlika än andra i domstolarna (Niskanen – Ahonen – Laitinen 1999, 38–39 och 56–59). Det intressanta är att de som nyligen använt domstolväsendets tjänster var nöjdare än andra (ibidem, 80).

²⁴ Niskanen – Ahonen – Laitinen 1999, 96.

²⁵ Niskanen – Ahonen – Laitinen 1999, 28.

²⁶ I den norska processen verkar parterna ha haft en mycket starkare ställning en betydligt längre tid än i Finland och Sverige (Hov 1994, 61–62).

²⁷ Haavisto 2002, 219.

²⁸ Haavisto 2002, 65–68 och 249.

Parterna nöjer sig inte längre med att vara ett objekt som får vara med i rättegången men som förbigås helt och hållet, förutom då hon ger ut information om fakta i målet. I dag har parterna en möjlighet att aktivt delta i utformningen av förfarandet och i själva diskussionen. Många är villiga och ivriga att utnyttja de nya möjligheterna.²⁹ Haavisto konstaterar att en rättegång där parterna är med om att forma både förfarandet och själva konflikten leder till att juristerna och domstolarna inte längre ”stjäl” konflikterna av parterna på samma sätt som tidigare.³⁰ Det faktum att parterna ges flera och större möjligheter att påverka rättegången och handläggningen av målet inverkar på hur rättvist förfarandet uppfattas vara.

Den andra instansen står inför en hel del andra problem än den första instansen i fråga om tillförlitlighet och upplevd rättvisa. Föremålet för rättegången har i mycket stor utsträckning redan formats och bestämts vid det skedet då målet handläggs i den andra instansen. Den andra instansens uppgift är i motsats till den första instansens inte att handlägga alla mål. Tvärtom har den andra instansen ofta givits relativt omfattande möjligheter att bestämma över vilka delar av målet som tas upp till handläggning och hur målet handläggs. I den första instansen ordnas ofta en muntlig förberedelse som är ett naturligt forum för parterna att delta i och på det sättet inverka på handläggningen av målet. I den andra instansen är läget ofta ett annat. Om målet eller delar av det handläggs uteslutande skriftligt har parterna en mycket liten möjlighet att delta och känna sig delaktiga i handläggningen av målet. I den andra instansen är parternas möjligheter att delta och påverka handläggningen av målet främst koncentrerade till den eventuella muntliga förhandlingen. Den muntliga förhandlingen bidrar till att parterna får ett större förtroende för handläggningen i den andra instansen genom att de har en möjlighet att själva se och tala direkt till de domare som dömer i målet. Därför borde den andra instansen uppmärksamma i synnerhet det upplevda förtroendet.

7.6 DEN NYA LEDSTJÄRNAN FLEXIBILITET

Flexibilitet och valfrihet är vår tids melodi. Rättegångsförfarandet ska kunna anpassas efter målets art och omfattning. Man ska kunna välja det mest ändamålsenliga sättet att handlägga målet på, kunna välja bort det som inte passar o.s.v. Lindblom talar om en helt ny ledstjärna som är flexibilitet.³¹ I Norge talar man om att förfarandet ska stå i en rimlig proportion till intresset i målet.³² Det

²⁹ Haavisto 2002, 219.

³⁰ Haavisto 2002, 300–301. Se även Christie 1977.

³¹ Lindblom 2000, 295. Lindblom talar också om flexibilitet som principlöshetens princip.

³² NOU 2001:32, 132 och 144.

är visserligen bra att domstolarna inte tvingas följa samma strikta mönster i alla mål. Men det finns en viss risk att flexibiliteten blir ett mål i sig. En sådan utveckling skulle kunna betyda att det blir mycket svårt för parterna att förutse hurdant förfarandet kommer att vara. En större flexibilitet innebär ofta att slutresultatet blir förnuftigare, men också att det blir oförutsägbare. Man kunde på sätt och vis säga att förutsägbarhet ofta blir en motpol till flexibilitet.³³

Flexibilitet kan även beaktas som en del av diskussionen om legalitetsprincipen mot delegationsprincipen. Den diskussion som förts i Sverige³⁴ visar att det gäller att hitta en balans mellan dessa två principer. En bestämmelse som lämnar rum för tolkning kan trots allt vara försedd med långtgående begränsningar av domstolens prövningsmarginal, t.ex. i form av uttalanden i förarbeten. Den Europeiska mänskorättskonventionen är ett exempel på hur man genom domstolens prejudikatfunktion kan skapa en praxis som fungerar som en slags vägledning då en bestämmelse tolkas och tillämpas. Ofta handlar det i varje fall om en balansgång mellan olika hänsyn. Men ju ”luddigare” bestämmelser desto längre tid tar det innan en egentlig praxis kommit till så att det inte bara är fråga om flexibilitet, utan också om en tillräcklig förutsägbarhet. Man kunde konstatera att samma sanning gäller som med de övriga ledstjärnorna – nämligen att det inte lönar sig att maximera. Den gyllene medelvägen är det som gäller även i fråga om flexibilitet.

Flexibiliteten kan också ses som proportionalitet, d.v.s. att handläggningen av målet står i en rimlig proportion till målets art, omfattning och betydelse. Då får förfarandet varken vara för omfattande eller för snävt i förhållande till målets betydelse för parterna och rättssystemet, och till de frågor som aktualiseras i målet. Ett mål kan ha en stor betydelse för den ena parten eller innehålla prejudiciella eller principiella frågor vilket leder till att förfarandet borde vara mera omfattande för att stå i en rimlig proportion till målet. Samtidigt talar proportionaliteten för att endast de delar av målet som överklagats och som är stridiga tas upp till handläggning. Bevisningen ska tas upp på nytt endast till den del som behövs.

De olika sätten att begränsa tillgången till en fullständig rättegång i den andra instansen är nära besläktade med kraven på flexibilitet. Tanken bakom de system som införts är att domstolarna ska ha en större möjlighet att välja ut intressanta och viktiga³⁵ mål. Då kunde domstolarnas resurser riktas på ett mera ändamålsenligt sätt. Samtidigt kan denna flexibilitet innebära att det kan vara mycket svårt för parterna att förutse vad som kommer att hända. Det kan vara mycket svårt att bedöma om och i vilken omfattning den andra instansen hand-

³³ Fitger (1988, 155) diskuterar problemet med de många olika intressen och synpunkter som bör vägas in.

³⁴ Se t.ex. Lindblom 2000, 289–292 och Fitger 1988, 51 ff.

³⁵ Med viktiga avser jag mål som är särskilt viktiga ur antingen rättssystemets, samhällets eller parternas synvinkel.

lägger målet. Därför förutsätter flexibilitet en aktiv kommunikation mellan domstolen och parterna om utformningen av förfarandet. Domstolen bör lyssna på parternas önskemål och deras syn på saken och vid behov göra upp en gemensam plan för handläggningen av målet. Ju flexiblare förfarandet blir desto mera måste parterna få information om hur domstolen tänker handlägga målet. För att den ökade flexibiliteten inte ska leda till minskad förutsägbarhet och minskat förtroende är det viktigt att principen om en juste rättegång och principen om rätten att driva sin talan får ett ökat inflytande. Domstolarna bör alltså se till att målen som helhet handläggs på ett försvarligt sätt.

8 Finsk rätt

8.1 INTRODUKTION

Bestämmelserna om den andra instansen är i princip mycket enkla i Finland. Det finns nämligen bara ett ordinärt, devolutivt och suspensivt rättsmedel, nämligen besvär (RB 25:1 mom. 1). Därtill är bestämmelserna om förfarandet i hovrätterna lika oberoende av typen av mål och av typen av avgörande som överklagas. I princip handläggs alltså alla mål enligt samma schema, men i praktiken finns det vissa skillnader. Detta innebär att bestämmelserna inte är enkla att tolka och att lagstiftningen inte är klar och tydlig.

För att ge läsaren en bild av hurdan tillgången till den andra instansen är i Finland i dag börjar jag med att gå igenom förfarandet i den andra instansen som en helhet. Sedan tar jag upp sällningen till närmare granskning. Jag tar även upp frågor som har aktualiserats i samband med förslaget om att ändra bestämmelserna om sällning.

På grund av att jag anser att den terminologi som den finska lagstiftaren är såväl missvisande som språkligt otymplig, använder jag termen överklagande i stället för besvär och termen överklaga i stället för söka ändring. Likaså ersätter jag ändringssökanden med den klagande. På detta sätt blir texten i mitt tycke mera smidigare och terminologin mer lätthanterlig.

8.2 EN ÖVERSIKT ÖVER RÄTTEGÅNGEN I HOVRÄTT

8.2.1 Missnöjesanmälan och överklagandet

Förberedelserna inför förfarandet i hovrätten inleds egentligen redan i tingsrätten. Detta beror på att institutet missnöjesanmälan behållits i Finland.¹ Då tingsrätten ger sitt avgörande ska den samtidigt ge fullföljdsanvisningar. En part som

¹ Det har gjorts upprepade försök att avskaffa institutet med missnöjesanmälan. Det första initiativet togs i RP 33/1997, 38, där man konstaterade att det sällan är någon större nytta med institutet, som är ganska byråkratiskt. Orsaken till att lagutskottet och riksdagen motsatte sig reformen var att man inte ville ändra på tingsrätternas arbetsprocesser (LaUB 19/1997, 4). Detta argument tycker jag att inte var särskilt hållbart, eftersom förändringarna knappast var så stora. Det har skett många ändringar i tingsrätternas arbete under de senaste 15 åren, varför en mindre förändring knappast skulle ha stjälpit lasset. Ett motsvarande förslag gjordes i kommittébetänkandet 2001:10, 55–56, men ingick inte i RP 91/2002. Framför allt har Virolainen (2004, 284 och DL 2002, 699–700) riktat hård kritik mot institutet. Han konstaterar att inget annat motsvarande land har ett liknande system. Se även Jokela 1998, 132 och 2004, 508.

vill överklaga tingsrättens avgörande ska anmäla missnöje till tingsrätten inom sju dagar från det att tingsrättens avgörande meddelas (RB 25:5). Anmälan kan ges muntligen eller skriftligen, antingen i samband med att avgörandet i målet förkunnas eller i tingsrättens kansli.² Tingsrätten kan förkasta missnöjesanmälan om den görs för sent eller om den gäller en sådan del av domen som inte kan överklagas. Anmälan om missnöjen kan begränsas till en del av målet. Om tingsrätten godkänner anmälan om missnöje ska den ge parten en fullföljdsanvisning (RB 25:11). I fullföljdsanvisningen ges närmare instruktioner om hur parten ska gå till väga för att överklaga avgörandet.³ Parterna har med andra ord en ganska kort tid på sig att bestämma om de överklagar eller inte. Om inget missnöje anmäls vinner avgörandet laga kraft en vecka från det att avgörandet meddelats.

Efter det att parten har anmält sitt missnöje till tingsrätten ska hon eller han rikta en besvärsskrift, alltså ett överklagande, till hovrätten inom 30 dagar från det datum tingsrättens avgörande meddelades. Trots att skriften riktas till hovrätten ska den lämnas in till tingsrätten. Det är därför tingsrätten som har rätt att fatta ett beslut om att förlänga fristen (RB 25:13). Om parten av misstag lämnar skriften till hovrätten inom fristen att överklaga får överklagandet inte avvisas (RB 25:18).⁴

Innehållet i överklagandet är noggrant reglerad i den finska rättegångsbalcken. Överklagandet ska förutom parternas och deras eventuella ombuds namn och kontaktuppgifter enligt RB 25:15.1 innehålla:

- 1) det avgörande av tingsrätten som överklagas,
- 2) till vilka delar tingsrättens avgörande överklagas,
- 3) vilka ändringar som yrkas i tingsrättens avgörande,
- 4) de grunder på vilka ändring yrkas och till vilka delar den klagande anser att motiveringen för tingsrättens avgörande är felaktig,
- 5) de bevis på vilka den klagande önskar stöda sig och vad den klagande vill styrka med vart och ett av dem, samt
- 6) en eventuell begäran om att huvudförhandling ska hållas i hovrätten och en motivering av denna begäran.

Punkterna 1–4 definierar föremålet för rättegången i hovrätten. Punkt fem är förbunden med bestämmelsen om preklusion i RB 25:17. Parterna får inte åberopa andra omständigheter eller bevis än de som lagts fram i tingsrätten. Att

² Närmare om fullföljdsanvisningen och anmälan om missnöje, se Jokela 2004, 501 ff. Se även Havansi 2004, 70–75, om hur missnöjesanmälan ska göras.

³ Niemi-Kiesiläinen, 2003, 918–919, Leppänen – Välimaa 1998, 34–37, och Jokela 1998, 125 ff.

⁴ Man kunde också säga att det är förvirrande att överklagandet ska lämnas till tingsrätten, men att hovrätten sedan handlägger målet (Niemi-Kiesiläinen 2003, 920–921, Leppänen – Välimaa 1998, 37–39, och Jokela 1998, 137–138). Detta är dock allmän kutym även i de övriga nordiska länderna.

åberopa nya bevis eller omständigheter är tillåtet endast om parten kan visa att det fanns giltiga skäl för att inte lägga fram beviset eller omständigheten i tingsrätten.⁵ Åberopsbördan gäller även i hovrätten och är instansbunden.⁶ Hovrätten beaktar alltså i princip bara det som uttryckligen åberopats inför den.⁷

Eftersom förfarandet i hovrätten inte är självständigt borde allt rättegångsmaterial vara detsamma som i tingsrätten. Därför sker en preklusion mellan instanserna. Sådana bevis och omständigheter som inte har lagts fram i tingsrätten är prekluderade. Det är möjligt att framföra nya bevis eller omständigheter endast om det finns en godtagbar orsak, t.ex. att parten fått kännedom om beviset eller omständigheten efter rättegången och att man inte heller kan vänta sig att hon eller han under handläggningen av målet i tingsrätten skulle ha kunnat få kännedom om saken.⁸ Sådana omständigheter och bevis som blivit prekluderade i tingsrätten kan inte heller användas som rättegångsmaterial i hovrätten.⁹

Preklusion kan också ske i hovrätten ifall bevisen och omständigheterna inte framförs vid rätt tidpunkt. Endast sådana nya omständigheter och bevis som åberopats i överklagandet får åberopas i huvudförhandlingen. Trots bestämmelserna om preklusion är det möjligt att i hovrätten framföra ett yrkande om kvittning då handläggningen av målet inte fördröjs på grund av yrkandet.¹⁰ Preklusion sker alltså både inom en instans och mellan instanserna. Om man vill åberopa ny bevisning i hovrätten ska man alltså redan i överklagandet argumentera för att den ska godkännas. Det nya rättegångsmaterialet kan inverka på hovrättens avgörande. Därför bör hovrätten börja med att ta ställning till om det nya materialet ska godkännas innan den kan ta ställning till om underrättens dom är riktig.¹¹

Den sjätte punkten hör ihop med förutsättningarna för att ordna en muntlig förhandling. Eftersom målen enligt huvudregeln handläggs i skriftligt förfarande i hovrätten måste parterna enkom be om att en muntlig förhandling hålls och ange de orsaker som de stöder begäran på. Därtill är det nödvändigt att specificera orsakerna till att parten önskar en muntlig förhandling.¹²

Ett problem med överklagandena i dagens läge är att de ofta är alltför långa och oklart uppbyggda.¹³ Enligt Liljenfeldt är överklagandena inte alltid särskilt

⁵ Närmare om preklusion i hovrätten se Jokela 2004, 489–500. Se även Lindell 1993, 223 ff.

⁶ Se HD 1995:146 och HD 1997:99.

⁷ Jokela 2004, 482 och 488.

⁸ Niemi-Kiesiläinen 2003, 924–926. Om parten framfört alternativa grunder för sin talan ska hon eller han åberopa alla dessa i överklagandet för att kunna åberopa dem i hovrätten.

⁹ I Tyskland var det tidigare möjligt att åberopa sådan bevisning som prekluderats redan i underrätten. Då något blivit prekluderat i underrätten ”flydde” parten till den andra instansen där det prekluderade kunde åberopas fritt igen.

¹⁰ Jokela 1998, 229.

¹¹ Jokela 1998, 142.

¹² Jokela 2004, 515.

¹³ Se t.ex. Jokela 2004, 513.

överskådligt strukturerade och parterna upprepar ofta det som står i tingsrättens avgörande och protokoll.¹⁴ Eftersom tingsrätterna lider av alltför långa och ostrukturerade inlagor är det knappast överraskande att problemet finns även i hovrätterna.¹⁵ En mera strukturerad rättegång i underrätten och ett annat sätt att skriva inlagor på skulle kunna innebära att man nöjde sig med att kort presentera yrkanden och grunderna för dem i överklagandet.¹⁶ Med tanke på de forskningsresultat Vaula Haavisto kommit till innebar underrättsreformen en möjlighet och ett incitament att förändra arbetsprocesserna och -sätten vid domstolarna. Den förra processen var ganska ostrukturerad medan den nya kräver att domaren och parterna tillsammans strukturerar förfarandet.¹⁷ Samtidigt kan de senaste ändringarna i underrättsförfarandet betyda en viss förändring i det här avseendet. Tingsrättens sammandrag av parternas yrkanden och vad som är stridigt i målet innebär att föremålet för rättegången klarläggs, vilket gör att handläggningen i hovrätten antagligen också blir klarare. Tyvärr betyder det också att domstolsväsendet blivit påförd uppgifter som hör till parterna och deras biträden.¹⁸ En klarare skillnad mellan förberedelse och huvudförhandling i tingsrätten inverkar säkert i viss mån på hovrättsförfarandet.¹⁹

Överklagandet är det dokument som tillsammans med underrättens avgörande definierar föremålet för rättegången.²⁰ Fokusen ska vara på att påvisa behovet av att ta upp målet eller delar av det till prövning på basis av fel i underrättens avgörande eller förfarande så att dessa eventuella fel kan rättas till. Detta beror på att tanken bakom lagstiftningen är att hovrätten ska vara en instans som kontrollerar om tingsrättens avgörande är riktigt och vid behov ändrar det. I första hand ska alltså parten försöka övertyga hovrätten om att underrätten avgjort eller handlagt målet på ett felaktigt sätt. Då parten lyckats med detta ska de för-

¹⁴ Liljenfeldt DL 1999, s. 426–427. Från tidigare litteratur se t.ex. Ellilä 1973, 74–74.

¹⁵ Ervasti – Kallioinen 2003, 16 ff. och Sippo – Välimaa 2003, 4 ff.

¹⁶ Närmare om problemet se, t.ex. Liljenfeldt JFT 2002, 429–432 och DL 1999, 426–428, Liljenfeldt – Rajalahti 2003, 293–294, Laukkanen LM 2000, 1118–1122, Snellman DL 2002, 668–670, och Niemi-Kiesiläinen 2003, 920–921. Särskilt Snellman talar mycket om vad ombudet borde tänka på då hon eller han formulerar överklagandet. Se också Laukkanen LM 2000, 1118–1122, om vilken roll underrättens avgörande har för rättegången i hovrätten. Se även Jokela 1998, 142–143.

¹⁷ Haavisto 2002, 136–140.

¹⁸ Lappalainen (2003, 809–810 och 823–824) har med fog riktat skarp kritik mot sammandragen.

¹⁹ Den senaste ändringen av bestämmelserna om rättegången i tingsrätten från år 2003 innebar en förstärkning av tingsrätternas skyldighet till processledning. Framför allt ville man klargöra skillnaden mellan förberedelse och huvudförhandling. Sippo – Välimaa 2003, 113 ff. och 190 ff.

²⁰ Enligt RB 26:1 är föremålet för rättegången i hovrätten tingsrättens avgörande i den utsträckning man yrkat på i överklagan och motpartens svar. Rättegångens mål är att fastställa om underrättens avgörande ska ändras och hur det ska ändras. Problemet är att veta när ett yrkande kan sägas vara identiskt med ett annat yrkande, d.v.s. när man kan anse att en part ändrat sina yrkanden, se Lappalainen DL 1989, 104–109.

söka övertyga hovrätten om att hans eller hennes uppfattning om vilket avgörandet borde vara är riktigt. Först då parten lyckats övertyga hovrätten om att tingsrättens avgörande sannolikt är felaktigt är det idé att diskutera hur ett ”rätt” avgörande skulle se ut. Därmed kan man säga att föremålet för rättegången är tingsrättens avgörande i den första delen av hovrättsprocessen. I den andra delen av rättegången ska man försöka övertyga hovrätten om att ens talan har stöd i lagen. Som ovan konstaterats uppnår man inte alltid detta, utan de olika fasererna i rättegången blandas i en enda soppa, ur vilken det kan vara svårt att urskilja de enskilda ingredienserna.²¹

8.2.2 Motbesvär eller anslutningsöverklagande

I samband med att reglerna om sällning kom till infördes även bestämmelser om motbesvär, d.v.s. det som i Sverige kallas anslutningsöverklagande²². Bestämmelsen om anslutningsöverklagande är nästan en exakt kopia av den motsvarande svenska bestämmelsen. Anslutningsöverklagande går ut på att motparten till den som överklagat har rätt att ansluta sig till överklagandet, utan att lägga in ett självständigt överklagande och utan att anmäla missnöje. Detta förutsätter dock att hon eller han har ett intresse att överklaga.²³ Anslutningsöverklagandets öde beror på huvudöverklagandets öde. Om huvudöverklagandet sällas eller återkallats förfaller också anslutningsöverklagandet. Eftersom reglerna om anslutningsöverklagandet inte spelar någon större roll vid bedömningen av tillgången till den andra instansen behandlar jag inte reglerna i detalj.

8.2.3 Den inledande handläggningen

Då tingsrätten mottagit överklagandet inom den utsatta eller förlängda fatalien flyttas målet över till hovrätten (RB 25:18 och 26:1b). Tingsrätten skickar alltså alla nödvändiga dokument till hovrättens kansli. Därmed börjar hovrättens egentliga arbete. Om anmälan om missnöje inte kan godkännas eller om överklagandet lämnas in för sent når målet nämligen aldrig hovrätten.

²¹ Liljenfeldt och Snellman (JFT 2004, 438–440) tar upp problemet med att huvudförhandlingen i hovrätten ofta är en ”dålig repris” av handläggningen i tingsrätten.

²² Motbesvär är på många sätt en misslyckad term. I den senare delen av ordet förekommer det problematiska begreppet besvär, och i den förra delen ordet ”mot” som kan tolkas på olika sätt. Ordet motbesvär kan uppfattas som det norska *motanke*, där det är fråga om en situation där båda parterna överklagat. Termen borde ge en klar bild av att det inte är fråga om ett självständigt yrkande, utan något som är beroende av huvudtalan. I både svenskan och tyskan används det mera informativa anslutningsöverklagande respektive *Anschlussberufung* och *Anschlussbeschwer*. Därför har jag valt att tala om anslutningsöverklagande i många sammanhang i avhandlingen.

²³ Se närmare om motbesvär Virolainen 2004, 283–287 och Jokela 2004, 474–478.

Då tingsrätten skickat handlingarna till hovrätten börjar förberedelsen för avgörandet av målet. Registratorskontoret delar ut målen till avdelningarna enligt ett visst schema som är olika i olika hovrätter.²⁴ Därefter delar avdelningarna ut målen till ledamöterna.²⁵ Tanken är att målen ska fördelas som jämnt som möjligt, dock så att vissa avdelningar kan specialisera sig på vissa typer av mål. På avdelningen delas målet ut till en ledamot, referenten, som får ansvaret för att förbereda målet (RB 26:1 b). Bestämmelsen om att en ledamot ska ansvara för förberedelsen tillkom i samband med att sällning infördes. Tanken var att ledamöterna skulle ta större ansvar för förberedelsen av målen.²⁶ Detta betyder att en av domarna har ansvaret för målet från första början. I praktiken överförs dock målet ofta till en föredragande, alltså en fiskal eller assessor, som får i uppgift att förbereda ärendet.²⁷ Bestämmelsen är ganska vagt formulerad och ger därför domstolarna och avdelningarna stora möjligheter att själva utveckla olika arbetssätt.

Handläggningen av målet börjar med en kontroll av att överklagandet uppfyller de krav som ställs på det. Om överklagandet är bristfälligt ska den klagande ges en möjlighet att komplettera skriften. Det är möjligt att avvisa målet om överklagandet inte kompletteras inom utsatt tid. I särfall är det möjligt att ge den klagande ett nytt tillfälle att komplettera överklagandet. Om bristerna är stora kan hovrätten omedelbart avvisa överklagandet (RB 26:1b). Då ska hovrätten inte be den klagande komplettera överklagandet. Ifall bristerna är så små att de går att komplettera inom ramen för den fortsatta handläggningen av målet, ska ingen komplettering begäras. Om det inte framgår av överklagandet om den som överklagar anser att tingsrätten avgjort bevisfrågan eller rättsfrågor fel, eller att ett rättegångsfel uppkommit, ska hovrätten förkasta överklagandet direkt.²⁸ Ett sådant avgörande ska fattas i vanlig tredomarsammansättning.²⁹

²⁴ Vid Vasa hovrätt lottas målen ut till avdelningarna så att en avdelning får alla mål där rättegångsspråket är svenska. Dessutom delas målen i viss mån ut enligt geografiska områden, eftersom hovrätten ordnar hovrättsting på vissa orter (Jyväskylä och Björneborg). Eftersom registratorskontoret inte tar ställning till om en muntlig huvudförhandling ska ordnas måste alla mål från de tingsrätter vars mål handläggs muntligt på annan ort än i Vasa delas ut till den eller de avdelningar som reser till tingsorterna i fråga. Andra hovrätter tillämpar andra kriterier för hur målen lottas ut. Det viktiga är att det råder en balans mellan avdelningarna både i fråga om antal mål och omfattningen av målen. Det enda undantaget är avdelningar dit en viss typ av mål koncentreras.

²⁵ Ifall målet är sådant som avses i HovRL 9 § där en föredragande kan agera som ledamot kan målet delas ut till en sådan föredragande, som sedan fungerar som den ledamot som ansvarar för förberedelsen.

²⁶ I propositionen (RP 91/2002) framkommer det på många ställen att det är meningen att domarna ska ta ett större ansvar för förberedelsen av målen. Däremot saknades en uttrycklig bestämmelse om de förändrade arbetssätten. Bestämmelsen kom till i lagutskottet (LaUB 27/2002, 10, 14). I praktiken har detta ändå inte betydtt att hovrätternas arbete förändrats fullständigt. Se även Snellman DL 2002, s. 670–671.

²⁷ LaUB 27/2002, 10, och Niemi-Kiesiläinen 2003, 927.

²⁸ Jokela 1998, 163, och RP 33/1997, 24.

²⁹ Niemi-Kiesiläinen 2003, 931, och Jokela 1998, 164.

Under den inledande handläggningen av målet kan det alltså avgöras antingen på processuella grunder om överklagandet är så bristfälligt att det inte kan kompletteras, eller på materiella grunder om talan är uppenbart ogrundad. Uppenbart ogrundade överklaganden sällas nuförtiden, vilket gör att behovet att förkasta dem klart minskat.³⁰ Det är också möjligt att avvisa målet på andra grunder, t.ex. på grund av bristande processförutsättningar.³¹

Därefter inleds förberedelsen som kan delas i tre delar: ställningstagande till om målet ska sällas, beslut om i vilken ordning målet ska avgöras och förberedelsen av huvudförhandlingen eller föredragningen.³² Personligen anser jag att det är bättre att skilja mellan den egentliga förberedelsen av målet och sällningen, eftersom skillnaderna i karaktären av handläggningen är mycket stora mellan sällning och den egentliga förberedelsen. Samtidigt är sällningen ofta i praktiken starkt integrerad i förberedelsen av målet. Pedagogiskt sett är det dock bättre att skilja mellan förberedelse och sällning.

8.2.4 Sällning

Det följande steget i handläggningen av målet är att ta ställning till om målet ska sällas. Eftersom jag behandlar bestämmelserna om sällning närmare nedan nöjer jag mig här med en kort presentation här att undvika upprepning. Om hovrätten finner det klart att tingsrättens avgörande är riktigt och att tilliten till tingsrättens bedömning av den muntliga bevisningen inte rubbats i tillräcklig grad får målet sällas. Sålunda kan hovrätterna koncentrera sina resurser på mål som passerat sällningen. Hovrätten bör ta ställning till sällningen så fort målet kommit in. Ifall överklagandet inte är fullständigt bör hovrätten dock börja med att be parten komplettera det. Vanligtvis ber hovrätten inte motparten svara, utan fattar sitt beslut direkt utan att ha hört motparten. Detta är möjligt på grund av att motpartens rätt inte kränks på något sätt. I de mål som sällas bör handläggningen i hovrätten vara över på 60 dagar.³³ Trots detta är det i princip möjligt att sälla ett mål när som helst under handläggningen, vilket trots allt torde vara ovanligt.³⁴ Det är också möjligt att sälla en del av ett mål. Denna möjlighet kan antagligen främst utnyttjas i fall där en deldom är möjlig. Om motparten

³⁰ Niemi-Kiesiläinen 2003, 935.

³¹ Jokela 1998, 162. Det är möjligt att avvisa målet när som helst under handläggningen p.g.a. bristande processförutsättningar. Det kan också finnas andra orsaker att avvisa målet, t.ex. att den klagande inte har något intresse att överklaga målet (se närmare Ekelöf – Boman 1992, 69, om orsaker till att förkasta målet).

³² Se Niemi-Kiesiläinen 2003, 926–927.

³³ Se Latvala 2003.

³⁴ En sådan ”senarelagd” sällning innebär att parternas rättsskydd försvagas, eftersom de under den fortsatta förberedelsen litat på att handläggningen löper normalt. Då har de också satsat resurser på handläggningen av målet. Se även Virolainen DL 2003, 973 och Norrman JFT 2004, 37.

har lagt in ett anslutningsöverklagande är det möjligt att sålla endast anslutningsöverklagandet.³⁵ Om huvudöverklagandet sållas förfaller anslutningsöverklagandet automatiskt. En central synpunkt är att beslutet om sållning *inte* är en garanti för att en muntlig förhandling hålls.³⁶ Beslutet om att inte sålla ett mål kan fattas av referenten.

8.2.5 Den egentliga förberedelsen

Då hovrätten beslutat att fortsätta handläggningen av målet, d.v.s. att inte sålla målet, inleds den egentliga förberedande fasen av handläggningen. Den ledamot som ansvarar för förberedelsen (referenten) beslutar om hon eller han själv tar hand om förberedelsen eller om ärendet delegeras till en föredragande.³⁷ Därefter förbereds målet. Under förberedelsen tar referenten ställning till om målet ska avgöras muntligt eller skriftligt, eller i ett blandat förfarande.³⁸ Därtill ska föredragningen eller den muntliga förhandlingen förberedas. Trots att referenten ensam fattar beslut om handläggningsordning är det domarkollegium som avgör målet inte bundet av beslutet.³⁹

Förberedelsen har i princip samma uppgifter i hovrätten som i tingsrätten, med den skillnaden att muntlig huvudförhandling snarare är undantag än regel i hovrätten.⁴⁰ Förberedelsens primära funktion i hovrätten är att förbereda det tillfälle där målet avgörs, alltså föredragningen eller den muntliga förhandlingen. För det andra kan mål avgöras under förberedelsen om en förutsättning för att ta upp ärendet till handläggning saknas, eller om det går att uppnå förlikning.⁴¹ I princip följer alltså förberedelsen i hovrätten samma mönster som i tingsrätten.⁴² Enligt RB 26:7 gäller bestämmelserna i kapitel 5 till tillämpliga

³⁵ Virolainen 2004, 286.

³⁶ Tvärtom betyder sållningen i princip att cirka en femtedel av målen sållas, hälften avgörs genom föredragning och knappt en femtedel avgörs efter en muntlig huvudförhandling. Sannolikheten att målet handläggs i ett muntligt sammanträde är alltså mindre än hälften även efter det att målet passerat sållningen.

³⁷ Detta sker i synnerhet då det är oklart vilken den rätta utgången i målet är eller om det annars krävs mycket utredningsarbete. I hög grad beror arbetsmetoderna på hovrättsrådets egna preferenser och på i vilken utsträckning den i HovRL 9 § stadgade möjligheten att utse en föredragande till tredje domare i målet utnyttjas.

³⁸ Jokela 2004, 489.

³⁹ Jokela 2004, 540.

⁴⁰ Se RP 83/2001, 28–29 om förberedelsen i hovrätten. Se Lappalainen 2003, 792–795 om förberedelsens funktion i tingsrätten. Till listan på vad som ska klargöras bör tilläggas att hovrätten därtill ska klarlägga på vilka grunder tingsrättens avgörande överklagas.

⁴¹ Sippo – Välimaa 2003, 29. Se dock Leppänen (1998, 100) som anser i mitt tycke helt riktigt att det är en betydande skillnad mellan funktionen att avgöra mål på grund av bristande förutsättningar att handlägga dem och att avgöra mål efter förlikning.

⁴² Mera om förberedelsen i tingsrätten och om de problem som funnits med förberedelsen se Sippo – Välimaa, 4–10.

delar även i hovrätten. Eftersom målet redan avgjorts i underrätten och eftersom hovrätterna har föredraganden skiljer sig förberedelsen i praktiken från den i tingsrätten.⁴³

8.2.5.1 Inledande förberedelse

Den egentliga förberedelsen av målet inleds med att delge motparten överklagandet ifall detta inte gjorts tidigare. Enligt RB 23:3 2 mom. kan hovrätten vid behov delge överklagandet och be motparten om bemötande redan innan beslut om sällning fattas.⁴⁴ Om domstolen tar ställning till sällningen först efter att motparten svarat blir sällningen inte ett lika effektivt verktyg.⁴⁵ Behovet av att be om bemötande av motparten redan innan sällningen beror på målets art och om frågan om huvudförhandling är oklar.⁴⁶ Särskilt om den klagande åberopar ny bevisning är det skäl att be om ett bemötande före sällningen. Enligt rättegångsbalken ska bemötandet innehålla uppgifter om vilket ärende det är fråga om; hur motparten ställer sig till överklagandet; och de grunder hon eller han stöder sig på. Med andra ord ska motparten meddela om hon eller han medger den klagandes krav. Om motparten inte medger yrkandena ska hon eller han anmäla på vilka grunder hon eller han motsätter sig dem. Bestämmelserna om överklagandet tillämpas *mutatis mutandis* vilket betyder att motparten måste ange de bevis hon eller han åberopar och vad hon eller han vill uppnå med varje bevis. Motparten måste också framställa en begäran om huvudförhandling om hon eller han vill att en sådan ska hållas och anmäla vilka personer hon eller han vill höra. Om motparten vill stöda sig på nya bevis ska hon eller han ange orsaken till att bevisen inte bör anses vara prekluderade. Vid behov kan hovrätten be motparten komplettera bemötandet.⁴⁷ Hovrätten kan inte tvinga motparten att delta i rättegången på samma sätt som tingsrätten kan göra. Om motparten inte deltar i rättegång ska hovrätten på tjänstens vägnar beakta det denne framfört i tingsrätten.

Hovrätten har enligt RB 26:8 en möjlighet att be en part om ett skriftligt yttrande, men då ska hovrätten be parten yttra sig om en viss fråga. Hovrätten kan i regel utnyttja den här möjligheten endast en gång. Av särskilda skäl kan hov-

⁴³ Niemi-Kiesiläinen 2003, 928.

⁴⁴ Den här bestämmelsen tillämpas i olika grad vid hovrätterna. Vid Vasa hovrätt tillämpas den ofta, men vid Helsingfors hovrätt tillämpas den sällan.

⁴⁵ Se Jokela 2004, 530.

⁴⁶ I insolvensrättsliga mål där det finns många inblandade är det inte nödvändigt att be alla svara på den klagandes yrkanden. Då målet gäller ett fall där underrätten förkastat företags- eller skuldsanering behöver endast de borgenärer som använt sin talerätt i tingsrätten kontaktas. I övriga fall kontaktas alla borgenärer. I utsköknings- och konkursärenden hörs endast de borgenärer som hörts i tingsrätten. (Se Jokela 1998, 168).

⁴⁷ Jokela 1998, 170–172.

rätten be om flera yttranden. Tanken är att skriftväxlingen mellan parterna ska begränsas till högst en omgång efter att överklagandet och bemötandet kommit in.⁴⁸ Avsikten är att skriftväxlingen ska fokusera endast på de delar av målet som är relevanta och endast på sådana frågor som behöver klarläggning i det skriftliga förfarandet. Det är möjligt att parterna talar om olika saker om inte hovrätten ger klara direktiv vad de ska uttala sig om.⁴⁹ Regeln är motiverad med tanke på att vi strävar efter en överprövning av målet där endast de viktiga och svåra frågorna ska tas upp till en mera ingående granskning. Detta främjar även civilprocessens tvistlösningsfunktion.

Efter skriftväxlingen borde det vara klart vilka frågor som är stridiga och om parterna yrkar på en muntlig huvudförhandling. Domstolen kan sedan fatta beslut om handläggningsordningen, d.v.s. ta ställning till om målet ska handläggas i ett skriftligt eller muntligt förfarande. Största delen av målen har hittills handlagts i ett skriftligt förfarande. Andelen mål som sållas påverkar antagligen förhållandet mellan mål som avgörs genom föredragning och mål som avgörs efter en muntlig huvudförhandling, eftersom de mål som sållas är mål som antagligen tidigare hade handlagts i ett skriftligt förfarande.

Under förberedelsen har referenten rätt att fatta vissa beslut ensam, bl.a. besluta om att målet inte ska sållas; avgöra målet om överklagandet återtagits helt; avgöra frågor om rättshjälp och förordnande av rättegångsbiträde; avgöra frågor om interimistiska åtgärder; och besluta om betalning av bevisningskostnaderna när en utsatt huvudförhandling inte hålls.⁵⁰

8.2.5.2 *Beslut om handläggningsordning*

Under den fortsatta förberedelsen beslutar domstolen om hur målet ska handläggas. I praktiken tar hovrätten ställning till om en muntlig förhandling ska ordnas. Eftersom huvudregeln är att målen handläggs uteslutande skriftligt undersöker domstolen om förutsättningarna för att hålla en muntlig förhandling uppfylls. En muntlig huvudförhandling ordnas i hovrätten på tre olika grunder: på partens begäran; i frågor som gäller tilltron till den muntliga bevisningen; och då det annars finns en orsak att ordna en huvudförhandling. Enligt RB 26:14 ska en huvudförhandling ordnas då en part kräver det. Enligt bestämmelsens andra moment har dock hovrätten rätt att besluta att en huvudförhandling *inte* ordnas:

⁴⁸ Samma princip gäller i Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt och i EG-domstolen, och många andra länder.

⁴⁹ RP 33/1997, 60–61.

⁵⁰ Niemi-Kiesiläinen 2003, 933.

- 1) i tvistemål då motparten medgivit den klagandes yrkanden;
- 2) i straffmål då endast den åtalade överklagat och målet avgörs enligt hans eller hennes yrkanden;
- 3) då den som krävt huvudförhandling har nöjt sig med tingsrättens avgörande och avgörandet inte ändras till hennes eller hans nackdel;
- 4) då överklagandet är uppenbart ogrundat;
- 5) då målet gäller endast frågan om förfarandet varit riktigt; eller
- 6) då det annars är klart onödigt att hålla en huvudförhandling.

I fråga om den första punkten är det helt klart att ingen huvudförhandling behövs. Den tredje punkten tillämpas då motparten, som alltså själv inte överklagat, yrkar på att en muntlig förhandling ska ordnas. Om då varken den klagande eller motparten åberopat något som skulle göra en huvudförhandling nödvändig behöver en sådan inte hållas.

Den fjärde punkten har knappast någon betydelse mera eftersom klart ogrundade överklaganden kan avgöras genom sällning. Därför blir frågan om en muntlig handläggning inte aktuell endast på den grund att en part begärt att en sådan ska hållas. Även om sakfrågan skulle ha överklagats för den muntliga bevisningens del kan man tänka sig att en muntlig förhandling inte behöver hållas om de påståenden som parten framfört uppenbarligen inte har någon inverkan på bedömningen av sakfrågan. Enligt propositionen är det möjligt att vägra ordna en muntlig förhandling om parten hänvisar till en omständighet som inte påverkar utgången i målet.⁵¹

Den femte punkten följer internationell praxis, enligt vilken dels överklagan mot beslut i regel handläggs skriftligt, och rättsfrågor oftast med fördel kan avgöras i ett skriftligt förfarande. I t.ex. Norge och Tyskland finns skilda rättsmedel mot beslut och i Sverige handläggs överklagan mot beslut på ett annat sätt än sådana där en dom överklagas.⁵² Enligt EMRD:s praxis har en skriftlig handläggning av rättsfrågor i princip ansetts vara tillräcklig om rättegången varit muntlig i underrätten.⁵³ Enligt EMRD är det med andra ord oftast tillåtet att handlägga frågor som gäller tolkning och tillämpning av lag uteslutande skriftligt. Det är dock viktigt att komma ihåg att även i fråga om rättsfrågor kan en muntlig förhandling av olika orsaker vara viktig. Därför kan inte alla mål som gäller rättegångsförfarandet eller rättsfrågor automatiskt handläggas uteslutande skriftligen. Niemi-Kiesiläinen konstaterar att bestämmelsen inte ska tolkas så att en huvudförhandling aldrig behöver hållas då det är fråga om rättsfrågor.⁵⁴

⁵¹ RP 33/1997, 68.

⁵² Se följande kapitel om rättsmedlen och handläggningen av mål i respektive land.

⁵³ Harris – O’Boyle – Warbrick 1998, 207 och Frowein – Peukert 1996, 245. Se även fallet Jan-Åke Andersson mot Sverige, st. 29, där domstolen inte behövde höra den tilltalade.

⁵⁴ Niemi-Kiesiläinen 2003, 935.

Enligt förarbetena kan dessutom även vissa accessoriska frågor handläggas uteslutande skriftligt. Den här punkten hade dock i mitt tycke förtjänat att intas i själva lagrummet. Även här kan det i vissa specialfall vara skäl att ordna en muntlig förhandling för att uppta bevisning eller av andra orsaker.

Den sjätte punkten utgör en generalklausul som ger hovrätterna en stor prövning marginal. I målet HD 2002:32 hade hovrätten helt riktigt ansett att det inte var nödvändigt att ordna en muntlig förhandling endast för att höra en bevisperson eftersom bevisemat personen skulle berätta om inte invercade på utgången i målet.⁵⁵ Enligt förarbetena kan den sjätte punkten tillämpas om det enast är fråga om en rättslig bedömning eller om bevisningen består endast av skriftliga bevis och att dessa bevis är heltäckande.⁵⁶ Det framgår också att det skulle vara fråga om en bestämmelse som tillämpas relativt sällan, men i praktiken har den tillämpats ofta.⁵⁷

Enligt RB 26:16 kan hovrätten därtill hålla en muntlig huvudförhandling även i andra situationer då den anser det vara behövt. En sådan situation kunde vara ett mycket komplicerat mål som är mest ändamålsenligt att handlägga i en muntlig förhandling.

Jag anser att utformningen av dessa bestämmelser inte är helt bra, eftersom det hade varit bättre att skilja åt olika grupper av tillfällen då det är tillåtet att handlägga målet skriftligt. Orsakerna till att bestämmelsen är otydligt formulerad är antagligen två. För det första tog man modell av Sverige, men strök den problematiska tänkta huvudregeln om muntliga förhandlingar och beaktade inte heller andra drag i det svenska rättssystemet. För det andra var orsakerna till att muntliga förhandlingar ordnas oklara.

8.2.5.3 Huvudförhandling och muntlig bevisning

Den i praktiken viktigaste grunden för att ordna muntliga handläggningar finns i RB 26:15. Bestämmelsen motsvarar den svenska tilltrosparagrafen i SvRB 50:23, men formuleringen och tolkningen är lite annorlunda. Trots olikheterna är det antagligt att den finska lagstiftaren ansett att båda ska tilläm-

⁵⁵ Målet gällde en utmätning från B:s bankkonto. Bolaget A påstod att pengarna på kontot tillhörde bolaget, inte B som utövade affärsverksamhet genom bolaget. Då övriga omständigheter i målet var klara, och då hovrätten ansåg att pengarna på kontot antingen tillhörde B eller så var det fråga om ett sådant förmögenhetsarrangemang som inte hindrar utmätning (dåvarande UL 4:9 4 mom.). Se även HD 2001:116. Jfr. HD 2000:57, där HD klart konstaterade att man inte kan skilja beviset från bevisvärde.

⁵⁶ LaUB 19/1997, 14. Den sista punkten tillades i utskottet.

⁵⁷ Se arb.bet. 20.2.2000, 47. Enligt den här informationen förkastades yrkandet på huvudförhandling främst med stöd av den sista punkten. Denna punkt hade tillämpats i hela 87 % av alla de fall där yrkandet på huvudförhandling hade förkastats.

pas på praktiskt taget samma sätt.⁵⁸ Bestämmelsen om tilltro finns i RB 26:15 och lyder:

Hovrätten skall hålla huvudförhandling oberoende av ett yrkande på sådan, om avgörandet av saken beror på tilltron till muntlig bevisning som tagits emot i tingsrätten eller till iakttagelser som gjorts när tingsrätten förrättat syn eller på ny muntlig bevisning som tas emot i hovrätten. I tingsrätten mottagen bevisning skall därvid tas emot i behövliga delar och syn förrättas på nytt vid huvudförhandlingen, om inte något hinder föreligger.

Om bevisning som avses i 1 mom. inte kan tas emot på nytt vid huvudförhandlingen, får tingsrättens avgörande inte ändras till denna del, om inte bevisningen av något annat skäl bör bedömas på ett annat sätt. Avgörandet på ett straffyrkande får dock ändras till förmån för svaranden i brottmålet.

Hovrätten måste alltså ordna en muntlig förhandling då utgången i målet beror på det bevisvärde som ska ges muntlig bevisning. Detta ska ske oberoende av om en part yrkat på en muntlig förhandling eller inte. Därför talas det om ”obligatoriska muntliga förhandlingar”. De bevis som bestämmelsen om tilltro berör är förutom vittnesberättelser sakkunnigutlåtanden och de utsagor parterna gett under sanningsförsäkran. Därtill täcker bestämmelsen även de utlåtanden en part ger utan sanningsförsäkran i bevisningssyfte.⁵⁹

Bestämmelsen om tilltro har tagits in för att hovrättsförfarandet skulle uppfylla den miniminivå för en rättvis rättegång som mänskorättskonventionen fastslagit. Doktrinen om tilltro finns också i tysk och svensk rätt. I tysk rätt bygger doktrinen på *Bundesgerichtshofs* rättspraxis, medan det i den svenska rättegångsbalken finns en uttrycklig bestämmelse om tilltro. Doktrinen om tilltro är en naturlig följd av principerna om bästa möjliga bevismaterial⁶⁰ och bevisomedelbarhet, som säger att domstolarna bör ta emot bevisningen omedelbart. Kvaliteten på förfarandet ska vara minst lika högt i den andra instansen som i den första.⁶¹ Det betyder att hovrätten fattar sitt beslut på basis av bästa möjliga material då domaren själv omedelbart får lyssna på och se bevispersonerna.⁶²

⁵⁸ Bestämmelsen tillades först i riksdagen. Regeringen strävade i första hand endast efter att Finland skulle kunna återta sin reservation i EMRK mot rätten till en muntlig förhandling i överrätterna (RP 33/1997, 17, GrUU 9/1997, 2 och LaUB 19/1997, 3). Grundlagsutskottet tog också ställning till förhållandet mellan muntligheten och dåvarande RF 16 § (nu GL 21 §) som gäller rätten till rättsskydd. Lagutskottet ansåg att det var problematiskt att tilltrosbevisningen togs upp endast i förarbeten, inte i själva lagtexten (LaUB 19/1997, 4–5 och 15).

⁵⁹ Se t.ex. Virolainen LM 2000, 257 fotnot 5 och Jokela 1998, 255.

⁶⁰ Principen om bästa möjliga bevismaterial kom till Finland från svensk rätt, se främst Ekelöf – Boman 1992, 57, och Welamson, 1994, 90–91. Enligt Jokela är principen en del av även det finska rättssystemet (Jokela 1998, 255).

⁶¹ Leppänen – Välimaa 1998, 85–86.

⁶² Visserligen har bevispersonens minnesbilder antagligen försämrats, likaså har den plats där syn förrättats antagligen förändrats sedan målet handlades i tingsrätten. Därmed fattar hovrätten ofta sitt beslut *de facto* på sämre underlag än tingsrätten.

I finsk doktrin avses med tilltron till bevisningen vilket bevisvärde som kan ges den muntliga bevisningen.⁶³ Trots att tanken bakom doktrinen om tilltro vid första anblicken verkar enkel är den vid en närmare efterblick mycket komplicerad. För att förstå vad tilltron egentligen betyder måste man analysera tilltrodoktrinen närmare.

Den muntliga bevisningen har delats in i tre delar.⁶⁴ För det första kan man fråga sig om iakttagelsen bevispersonen gjort är korrekt. Frågan är då om bevispersonen gjort rätt observationer och tolkat dessa observationer rätt. Bevispersonen kan t.ex. på grund av sin ålder, sitt kön eller sitt förhållande till parterna i målet ha tolkat sina iakttagelser på ett speciellt sätt.⁶⁵ Detta handlar inte om att bevispersonen talar sanning eller inte, utan om bevispersonens observationer motsvarar det ”verkliga” händelseförloppet. För att klarställa detta är det ofta skäl att förrätta ett nytt förhör. För det andra är det möjligt att bevispersonens utsaga inte återger hans eller hennes iakttagelser. Diskrepansen mellan iakttagelserna och utsagan kan bero såväl på att bevispersonen ljugar som att bevispersonens minnesbild över händelserna ändrats. En sådan ändring är möjlig om senare händelser, t.ex. referatet i tingsrättens avgörande av övriga personers utsagor vilken bevispersonen tagit del av, på något sätt påverkat minnesbilden. Minnesbilden kan dessutom försämrats kraftigt med tiden. Det är också möjligt att det aldrig funnits ”en sanning”, t.ex. för att frågan om ett visst uttalande är kränkande inte kan bedömas helt objektivt. För det tredje kan det vara oklart vad bevispersonen menat med sin utsaga. Ibland uttrycker sig en bevisperson oklart eller talar otydligt, eller så kan hon eller han använda ord och uttryck på ett sätt som skiljer sig från standardbetydelsen. Då kan en uppspelning av berättelsen klargöra situationen, men ibland måste domstolen ställa tilläggsfrågor för att klargöra vad bevispersonen menat med sin utsaga.

Enligt Dufwa gäller tilltron hela kedjan från bevispersonens iakttagelse, via bevispersonens minnesbild av iakttagelsen och bevispersonens mening med berättelsen till bevispersonens berättelse.⁶⁶ Enligt honom kan man inte utreda någon enskild fråga utan att höra personen på nytt. Alla tre delar hör alltså ihop.

⁶³ Niemi-Kiesiläinen 2003, 943 och Leppänen – Välimaa 1998, 86 och HD 2000:57 där det konstateras att ”[e]ftersom frågan gällde vilket bevisvärde berättelserna skulle ges och således tilltron till bevisningen, skulle hovrätten hålla en huvudförhandling.” Se även Virolainen DL 2000, 432.

⁶⁴ Ekelöf – Boman 1992, 58, Fitger 50:102–104, Welamson 1994, 84–89, RP 33/1997, 65, Niemi-Kiesiläinen 2003, 943, Leppänen – Välimaa 1998, 86, och Jokela 2004, 557. Se även Huovila 2003, 202–206 för en bild av kedjan fram till avgörandet.

⁶⁵ Se t.ex. Haapasalo 2000, 46 ff.

⁶⁶ Dufwa 1972, 68–72. Frågan är hur man ska ställa sig till de slutsatser bevispersonen själv drar av händelseförloppet. Se Bomgren SvJT 1963, 353–354. Boman SvJT 1973, 687–688 och Dufwa 1972, 78. Även frågan om förhållandet mellan bevisvärderingen och bevisbördan har klarlagts av Dufwa och Boman.

Den andra komponenten av tilltron till muntlig bevisning är frågan om vilket bevisvärde som ska ges de enskilda bevisen. Eftersom vi har fri bevisvärdering i Finland har inget bevis ett på förhand givet abstrakt värde, från vilket man kunde subtrahera faktorer som minskar dess värde. Problemet är att det inte räcker med att beakta de ord som använts då man ska fastställa bevisvärdet för en viss utsaga. Bland annat tonfall, betoningar och pauser påverkar värderingen av om utsagan är tillförlitlig. Små gester, rörelser och ansiktsuttryck berättar mycket. Dessa element kan inte fångas upp i ett protokoll, ett avgörande eller på ett tonband, även om dessa ordagrant skulle utge det personen sagt. Därmed är det svårt att avgöra hur tillförlitlig en utsaga är på basis av ett protokoll, en avskrift, och på basis av att lyssna på ett tonband.⁶⁷ Det enda sättet att ta ställning till hur tillförlitlig berättelsen är, är att man själv får observera berättaren då hon eller han berättar.⁶⁸ En viktig del av en omedelbar och högklassig muntlig bevisföring är att domarna har rätt att ställa frågor. Om domstolen ser på en videobandning av ett förhör kan den inte vid behov ställa frågor. Den kan inte heller observera hur andra än bevispersonen reagerar i rättssalen, t.ex. hur en part försöker utöva påtryckning på personen i fråga.⁶⁹ Problemet med att ta upp bevisningen på nytt är att tiden försämrar kvaliteten på minnesbilderna och utgången i tingsrätten och den tidigare handläggningen av målet som helhet kan påverka minnet.⁷⁰ Trots det är det viktigt att inse att en inspelning inte är samma sak som att höra personen på nytt.

I Finland har man i rättslitteraturen försökt begränsa tilltron genom att anse att det finns så kallade pålitliga vittnen. Man utgår alltså ifrån att vissa personer är tillförlitliga och att det därför inte är fråga om tilltro.⁷¹ Trots att t.ex. poliser och läkare mycket sällan misstänks tala osanning, är det klart att det kan vara fråga om vilket bevisvärde som ska ges deras vittnesmål, antingen i förhållande till ögonvittnen eller särskilt i förhållande till andra sakkunniga.⁷² Niemi-Kiesiläinen är av den åsikten att då två sakkunnigutlåtanden står i strid med varandra måste domstolen ta ställning till vilket av dem som är mera trovärdigt.⁷³

⁶⁷ Se t.ex. Frände 1999, 302 om upptagning av förhör på band i underrätten.

⁶⁸ Se Niemi-Kiesiläinen 2003, 943, Leppänen – Välimaa 1998, 85–86.

⁶⁹ Niemi-Kiesiläinen 2003, 943.

⁷⁰ Haapasalo 2000, 20 ff. En inspelning kan ha betydelse i ett sådant fall där den som överklagat påstår att tingsrätten inte beaktat något som sagts under huvudförhandlingen eller att tingsrätten förstått utsagan fel. I sådana fall kan det vara befogat att lyssna på banden om påståendet verkligen stämmer.

⁷¹ Se Leppänen (LM 2000, 1202). Det intressanta är att Leppänen hänvisar till Virolainen som inte delar hans åsikter. Jokela har uttryckt sina åsikter så att de går att tolka på båda sätten (se Jokela 1998, 254 ff).

⁷² Niemi-Kiesiläinen 2003, 944–945. Målet HD 2002:35 gällde skriftliga läkarutlåtanden. Enligt HD behövde en muntlig förhandling inte ordnas för att ta ställning till dessa utlåtanden. I målet 2003:35 var slutsatsen den motsatta. Det faktum att det senare målet behandlades i försäkringsrätten som är en specialdomstol kan i viss mån ha inverkat på utgången.

⁷³ Niemi-Kiesiläinen 2003, 944.

Det är alltså fråga om vilket bevisvärde de ska ges och därför ska en muntlig huvudförhandling ordnas enligt 15 §.

Det är här den stora fällan i tilltron finns. Tilltron omfattar nämligen såväl den första komponenten, d.v.s. frågan om den muntliga utsagan motsvarar det händelseförlopp som beskrivs i den, som den andra komponenten, d.v.s. det bevisvärde som utsagan ska ges. Termen tilltro leder lätt våra tankar till endast den första komponenten och tolkas därmed lätt som en fråga om bevispersonen ljugit eller om utsagan annars varit oklar.⁷⁴ Virolainen är mycket kritisk till en sådan tolkning.⁷⁵ Han anser också att ordet tilltro är vilseledande. Det får en att tänka att det finns trovärdiga och icke-trovärdiga bevispersoner och berättelser.⁷⁶ Om det inte finns skäl att misstro bevispersonen och berättelsen drar man lätt slutsatsen att det inte är fråga om tilltrobevisning.⁷⁷ Samma fråga gäller även utsagor som anses sakna trovärdighet. På den här punkten verkar det dock som rättspraxisen skulle gå alltmer i riktning mot att se främst den första komponenten som central. Det verkar nämligen som HD skulle ha ändrat på sin praxis kring millennieskiftet.⁷⁸

Den tredje komponenten av teorin om tilltron är de slutsatser man kan dra av utsagan. Dessa utgör nämligen inte en del av tilltron, men är viktiga i varje fall.⁷⁹ Om en bevisperson berättat att föremålet som överläts till följd av ett köp saknade en viss del är slutsatsen att föremålet var felaktigt inte en del av tilltron. Inte heller den juridiska kvalificeringen av bevispersonens utsaga är en del av tilltron. Därför är inte heller slutsatsen att varan var behäftad med så grova fel

⁷⁴ Se rättsfallet HD 2000:57 där HD konstaterade att en muntlig huvudförhandling inte behövdes enligt RB 26:15 då ”det var klart onödigt att hålla huvudförhandling då C inte ens hade påstått att den bevisning som beskrivits i tingsrättens dom var oriktig nedskriven och då frågan således endast gällde den rättsliga bedömningen av bevisningen.”

⁷⁵ Virolainen DL 2000, 432–433.

⁷⁶ Se särskilt arbetsgruppbetänkandet från 20.2.2000, där man anser att det finns trovärdiga vittnen och där rättsdogmatikens ställningstaganden till vad som är tilltrobevisning anses vara för stränga. På sidan 53 framförs ett exempel där man anser att en muntlig förhandling är onödig, trots att den enda bevisning som finns är muntlig och att hela målet bygger på en värdering av vilken person som är mest trovärdig.

⁷⁷ Virolainen LM 2000 rättsfallskommentar, 257 ff.

⁷⁸ Om man jämför avgöranden från sent 1990-tal med avgöranden från början av 2000-talet märker man att det skett en viss skiftning i praxisen. Fram till avgörandet 2001:16 öppnades dörren till en muntlig förhandling så fort muntlig bevisning mottagits i målet, såvitt den muntliga bevisningen hade någon relevans för utgången av målet. I målet 2002:35 ansåg HD att hovrätten inte behövde höra sakkunniga som givit skriftliga utlåtanden även om en part bett om det. I fallet var utlåtanden motstridiga, varför en muntlig handläggning hade kunnat påverka utgången i målet. Likaså ansåg HD i avgörandet 2003:50 att det inte var nödvändigt att höra alla de som var åtalade i ett mål trots att den tekniska bevisningen byggde närmast på indicier och de åtalade var de enda ”vittnen”. Dessa mål, bland andra, visar att det skett en viss skärpning av HD:s praxis i fråga om muntliga handläggningar.

⁷⁹ Dufwa 1972, 68. Se Lappalainen (1999, 189) kritik av formuleringen i propositionen, som enligt honom får en att tro att inte heller slutsatsen om hur trovärdig berättelsen är hör till tilltron. Se även Lappalainen 1994, 213.

att köparen får häva köpet en del av tilltron. Om slutsatserna dock i hög grad är beroende av bevisvärdet berättelsen ges kan även slutsatserna anses gälla tilltron.⁸⁰ Gränsdragningen är allt annat än enkel i dessa fall.⁸¹ Inte heller frågan om hur hög bevisröskeln ska vara och om den uppfylls är en del av tilltron. Många är dock mycket skeptiska till att det går att skilja mellan beviskravet och bevisvärderingen i praktiken även om en gränsdragning är möjlig i teorin.⁸² Det är viktigt att hålla isär innehållet av utsagan och dess bevisvärde å ena sidan, och utsagans bevisvärde och de slutsatser som kan dras av den å andra sidan.⁸³

Doktrinen om tilltrosbevisning går ut på att en högre domstol inte kan ändra på en lägre domstols avgörande *till den del* det beror på muntlig bevisning. Därför är det viktigt att bestämma vilken del av avgörandet som beror på den muntliga bevisningen.⁸⁴ Enligt Welamson är det fråga om tilltron till bevisningen så fort ”ställningstagandet till en tilltrosfråga ingår som ett led i motiveringen”.⁸⁵ Kriteriet att bevisningen ska ingå som ett led i motiveringen av avgörandet förutsätter att underrätten formulerar sina domar på ett sådant sätt att bevisvärderingen tydligt kommer fram.⁸⁶

Frågan om tilltro blir komplicerad om tingsrätten inte alls värderat bevisningen i fråga.⁸⁷ Eftersom tilltron handlar om vilket bevisvärde ett visst utlåtande ska ges är det naturligt att alla utlåtanden som gäller samma bevisstema ska tas upp på nytt om tilltron till ett utlåtande ifrågasätts.⁸⁸ Bevisvärdet står alltid i relation till annan bevisning som framförts om samma tema. Om man ändrar på bevisvärdet för ett bevis ökar eller minskar ofta bevisvärdet för sådana bevis som är motstridiga med det första beviset. Det är fråga om en helhet där alla bevis påverkar varandra, d.v.s. konnexitet.⁸⁹ Däremot kan hovrätten säkert komma till slutsatsen att de skriftliga bevisen når över beviskravet och att den muntliga bevisningen därmed inte behövs.⁹⁰

⁸⁰ Lappalainen 1999, 189–190.

⁸¹ Se Lindell 2003, 359–360. Om bevispersonen själv har dragit slutsatser av sina iakttagelser är dessa slutsatser enligt Jokela (2004, 558) inte en del av tilltron, såvitt tingsrätten beskrivit på vilka omständigheter dessa iakttagelser bygger på. Sådana här situationen gäller främst sakkunniga.

⁸² Lappalainen (1999, 191–194) och Niemi-Kiesiläinen (2003, 945) är av den här åsikten.

⁸³ Lappalainen (1999, 186–194). Lappalainen påpekar att det i och för sig kan vara helt klart vad bevispersonen sagt, men det kan råda tvivel om hur trovärdig bevispersonen är, d.v.s. vilket bevisvärde som ska ges. Med några välkonstruerade exempel visar han hur svårt problemet kan vara.

⁸⁴ Fitger 50:105.

⁸⁵ Welamson 1994, 89. Jämför Hellners JT 1993–94, 876.

⁸⁶ Laukkanen LM 2000, 1119–1122 och Liljenfeldt DL 1995, 472.

⁸⁷ Fitger 50:106 och Ekelöf – Boman 1992, 58–59.

⁸⁸ Niemi-Kiesiläinen 2003, 944. Det kan hända att det visar sig att alla personer inte behöver höras p.g.a. att bevisröskeln överskrider redan genom att höra några av dem.

⁸⁹ Se HD 2001:16 och Bomgren SvJT 1963, 352 ff, Dufwa 1972, 83 ff och Boman SvJT 1973, 689.

⁹⁰ Den här slutsatsen kan tillämpas främst i sådana fall där den muntliga bevisningen inte går ut på att de skriftliga bevisen diskrediteras.

Tilltrosparagrafen ska också tillämpas om parten åberopar ny muntlig bevisning som inte är prekluderad. Om den nya muntliga bevisningen kan påverka utgången i målet måste den övriga bevisningen om det aktuella temat tas upp på nytt. Den här bestämmelsen framgår ur RB 26:15, vilket i viss mån gör placeringen ologisk. Det skulle dock ha varit mera logiskt och konsekvent om bestämmelsen om att ny muntlig bevisning, så till vida den är tillåten trots reglerna om preklusion, alltid leder till att en muntlig huvudförhandling måste ordnas skulle ha placerats i ett skilt moment eller i en skild paragraf.

Tilltrosparagrafen ger också uttryck för tillitsprincipen. Enligt principen om tillit får hovrätten inte ändra på underrättens avgörande i fråga om bevisvärderingen om den inte själv kan uppta bevisningen på nytt.⁹¹ Hovrätten kan endast av särskild skäl ändra på bevisvärderingen.⁹² Exempel på sådana situationer är att det entydigt kommer fram att bevispersonen inte överhuvudtaget har kunnat observera händelseförloppet i fråga eller att det den sakkunniga sagt omkullkastas av nya forskningsrön.

Eftersom hovrätten ska hålla en muntlig förhandling för att kunna ändra på tingsrättens bevisvärdering är det problematiskt om parterna inte yrkat på att en muntlig förhandling ska hållas och att en viss person ska höras. Frågan är då om hovrätten på tjänstens vägnar kan ordna muntlig förhandling och kalla in en person att höras, ifall den finner att överklagandet inte kan bifallas utan att personen i fråga hörs.⁹³ Frågan blir mera komplicerad om hovrätten inte är säker på om den förnyade bevisupptagningen leder till resultat. Trots att lagens ordalydelse är klar på den här punkten är svaret inte så enkelt. Detta beror delvis på att det bara finns en bestämmelse för alla mål. I indispositiva mål och i fråga om indispositiva frågor har hovrätten möjlighet att agera mot parternas vilja på ett helt annat sätt än i dispositiva mål. Hovrätten borde i mitt tycke kommunicera med parterna och i sista hand följa deras vilja. Detta gäller särskilt om de mot förmodan inte har ett ombud.⁹⁴ Frågan är också vilka bevispersoner som ska kallas in och om domstolen även ska kalla in vissa personer *ex officio*. I fallet HD 2002:35 ansågs att hovrätten handlade rätt då den inte kallade in sakkunniga på motpartens begäran, då den som överklagat inte hade rubbat tilltron till dem.⁹⁵ Dock är det fråga om ett specialfall på grund av att det var fråga om ett sakkunnigutlåtande, men avgörandet pekar i varje fall klart på att parterna gör

⁹¹ LaUB 19/1997, 15.

⁹² Se t.ex. Niemi-Kiesiläinen 2003, 939–940, Lappalainen DL 1998, 433 och HD 2001:16.

⁹³ Welamson (1994, 97) svarar jakande på frågan, medan Ekelöf och Boman är mera restriktiva. Se även Fitger 50:110. Lappalainen (DL 1998, 433) anser att hovrätten ensam har rätt att besluta om frågan.

⁹⁴ Fitger (50:103) påpekar att det för en lekman kan det vara svårt att förstå att man också måste kalla in de personer motparten hört för att hovrätten ska kunna ändra på bevisvärderingen.

⁹⁵ Målet avgjordes i en förstärkt avdelning med 11 ledamöter. I omröstningen röstade 8 för och 3 emot.

bäst i att kalla alla de personer som uttalat sig om den omständighet som ifrågasatts. Hovrätterna borde alltså noggrant överväga vilka personer som kallas in och om en muntlig förhandling ska hållas mot parternas vilja.⁹⁶

Enligt mänskorättsdomstolens praxis är det klart att en muntlig förhandling måste hållas ifall utgången i målet främst beror på muntlig bevisning. Om den muntliga bevisningen endast kompletterar annan bevisning är det enligt EMRD inte alltid nödvändigt att ta upp den muntliga bevisningen på nytt.⁹⁷

Problemet med doktrinen om tilltro är att den i vissa fall är så komplicerad och svårtolkad. Tilltron handlar om det mest abstrakta och svårhanterliga området inom processrätten – bevisning och bevisvärdering. Samtidigt innebär tilltron att muntliga förhandlingar har blivit mycket allmänna hos oss än tidigare. Missnöjet mot dem har dock varit stort. Särskilt åklagarna har klagat på att redan ett påstående som inte underbyggs på något sätt leder till att bevisningen om ett visst tema tas upp på nytt.⁹⁸ Även lagstiftaren och domarna har framfört liknande kritik.⁹⁹ Man har ansett att förfarandet blir onödigt tids- och kostnadsdrygt. Man anser att muntligheten riktas på fel sätt, alltså mot fel mål eller fel delar av målet.¹⁰⁰

Problemet med den här kritiken är att man blandar ihop saker. Man blandar ihop kraven på bästa möjliga bevismaterial och bevisomedelbarhet med tröskeln för att målet ska prövas i den andra instansen. Dessutom gör man sällan någon distinktion mellan olika typer av mål. Av den här anledningen skäller man lätt på fel träd.

Problemet har två olika rötter varav den ena är den klart viktigare. Det första problemet är att tilltroreglerna hos oss är en förstahandsmekanism för tillgång till en muntlig förhandling – inte en sistahandsnorm för att rädda de mål där hovrätten otillbörligt försökt undvika en muntlig förhandling. Vad jag menar är att tilltron har en så framträdande roll hos oss för att den ger tillgång till en muntlig förhandling i ett system där endast en minoritet av målen behandlas muntligt. I system där majoriteten av målen behandlas muntligt finns reglerna om tilltro till för att den andra instansen inte ska göra sig av med vissa mål eller

⁹⁶ Bomgren (SvJT 1963, 350–351) och den svenska lagstiftaren verkar vara på en lite annan linje, då de anser att hovrätten har en större möjlighet att tvinga fram en muntlig behandling och att hovrätten ex officio kan kalla in bevispersonerna. Se även Niemi-Kiesiläinen 2003, 941. Leppänen och Välimaa (1998, 88) anser däremot inte att situationen är problematisk.

⁹⁷ Se Jan-Åke Andreasson mot Sverige, para 29. Motsvarande fall finns även i Finland, se HD 1999:82, HD 2000:57, HD 2001:16, jämför HD 2002:29. I de flesta fall har det varit fråga om straffrättsliga mål där främst muntlig bevisning framförts. I det sistnämnda fallet baserade sig utgången i målet på annan bevisning i den grad att HD ansåg att den övriga bevisningen ensam var tillräckligt robust för att räcka över beviströskeln.

⁹⁸ Se t.ex. Kuusimäki DL 1998, 425 och Kuusimäki – Jääskeläinen, 1999, 362.

⁹⁹ Se KB 2001:10, 9 ff. och t.ex. Liljenfeldt – Snellmann 2004, 438.

¹⁰⁰ Se t.ex. Leppänen LM 2000, 1202, Laukkanen – Liljenfeldt 1999, 663 och Virolainen DL 2000, 431 ff.

låta bli att höra vissa personer. Det är alltså fråga om ett hjälpmedel i fall där den andra instansen är osäker om den kan avvika från huvudregeln om en muntlig förhandling.

Det här problemet återspeglas också i det faktum att man inte skiljer mellan situationer där fakta i målet är stridiga och bevisningen i huvudsak eller uteslutande utgörs av muntlig bevisning och sådana fall där den muntliga bevisningen har en mindre framträdande roll. Om fakta i målet i första hand avgörs på basis av muntlig bevisning är det omöjligt för hovrätten att bedöma om tingsrätten kommit till rätt slutsats utan att ta upp bevisningen på nytt. Om den muntliga bevisningen stöder den skriftliga bevisningen och därmed har en mindre betydelse har hovrätten lite bättre möjligheter att avgöra fakta i målet. Om någon del av den muntliga bevisningen ifrågasätts betyder det inte automatiskt att grunden för hela avgörandet faller, ännu mindre att hovrätten är skyldig att på eget initiativ ta upp bevisningen på nytt. Till skillnad från sådana fall där stommen av bevisningen utgörs av muntlig bevisning ska den muntliga bevisningen tas upp på nytt främst i de situationer då en part framfört något som får hovrätten att misstänka att tingsrätten värderat den muntliga bevisningen fel eller då någon annan faktor gör att den muntliga bevisningen borde tas upp på nytt.

För det andra är problemet med ”onödiga” muntliga förhandlingar främst en fråga inom straffprocessen, och där främst i fråga om ”små”, rutinartade mål.¹⁰¹ Om man inte gör en distinktion mellan olika typer av mål kan man inte heller hitta de bäst lämpade lösningarna på de specifika problemen för olika måltyper.

Summa summarum kan man konstatera att doktrinen om tilltron är en nödvändig del av ett rättssystem där den andra instansen får pröva såväl rättsfrågor som sakfrågor. Problemet är att doktrinen är mycket komplex och att avgörandena alltid i sista hand baserar sig på en bedömning av situationen i det enskilda fallet. Problemet i Finland är inte doktrinen i sig, utan frågan är hur hög tröskeln för tillgången till en muntlig förhandling bör vara. Därtill anser jag precis som Virolainen och Turunen att benämningen tilltrobevisning inte är lyckad, utan att man borde helt enkelt tala om värdering av muntlig bevisning.¹⁰²

8.2.5.4 Förberedelsen för avgörandet

Under förberedelsen avgör man om målet avgörs efter en muntlig huvudförhandling eller inte och vilka personer som ska kallas till huvudförhandlingen.¹⁰³ I praktiken avgörs cirka 20–25 procent av alla mål efter en huvudförhandling.

¹⁰¹ Se dock Laukkanen – Liljenfeldt 1999, 663–664.

¹⁰² Se Virolainen LM 2000, 259 och Turunen 2000, 375.

¹⁰³ I praktiken kallas parterna ofta till huvudförhandling per telefon. Hovrätterna avtalar med parterna om en lämplig tidpunkt. Även elektronisk kommunikation kan vid behov användas.

Resten av målen avgörs efter en uteslutande skriftlig handläggning. Efter att hovrätten fattat beslut om skriftlig eller muntlig handläggning fokuserar förberedelsen på att målet ska kunna avgöras antingen vid föredragning eller efter den muntliga förhandlingen. Trots att bestämmelserna om förberedelsen är lika för alla mål är det i praktiken en mycket stor skillnad mellan förberedelsen för mål som avgörs i ett skriftligt förfarande och mål som avgörs i ett muntligt förfarande.

Då målet avgörs i ett skriftligt förfarande, alltså genom föredragning, ska föredragningen förberedas så att de relevanta frågorna utreds. Referenten kan antingen föredra ärendet själv, vilket betyder att hon eller han vidtar nödvändiga åtgärder själv, eller överföra det till en föredragande. I praktiken betyder förberedelsen att ett kompendium, där allt relevant material finns och alla relevanta frågor tagits upp, uppsätts. Kompendiet kan innehålla en promemoria där de centrala rättsfrågorna utreds. Föredraganden, om en sådan utsetts, gör själv upp ett beslutsförslag.¹⁰⁴ De övriga ledamöterna som avgör målet i föredragningen kan på förhand läsa kompendiet.¹⁰⁵ Även om en föredragande utsetts ska referenten bekanta sig mera ingående med målet än sina kolleger.

Om en muntlig förhandling ordnas är det möjligt att följa bestämmelserna om förberedelse i tingsrätten. Det viktiga är att utreda vilka ändringar parterna yrkar på, vilka yrkanden parterna har i hovrätten, vilka grunderna för dessa yrkanden är och vilken bevisning som framförts som stöd (RB 26:7). Till skillnad från tingsrätten är frågan om vilka yrkanden och omständigheter som kan beaktas viktigare på grund av bestämmelserna om preklusion. Hovrätten ska också utreda om något som var stridigt då målet avgjordes i tingsrätten har blivit ostridigt.

Under förberedelsen av mål som avgörs efter en muntlig förhandling ska hovrätten fatta beslut om vilka personer som ska höras, vilken skriftlig bevisning som ska läggas fram, huruvida syn ska förrättas och huruvida ny utredning ska inhämtas (RB 26:9). Hovrätten ska se till att ingen onödigt bevisning framförs. Detta betyder att hovrätten bara ska kalla in de personer som vittnat något om frågor där tilltron ifrågasatts eller där ny bevisning framförs. Däremot kan det nog vara orsak att noggrant utreda vilka personer som ska höras om en part vill höra många personer om samma omständighet.¹⁰⁶ Hovrätten ska också fatta

¹⁰⁴ Se närmare Latvala DL 1998, 471–473, och Liljenfeldt 1999, 428.

¹⁰⁵ I rättslitteraturen har det tvistats om det är bättre att de övriga ledamöterna inte bekantat sig med målet överhuvudtaget eller om de borde läsa in det. Den gamla uppfattningen om att det är bäst att åtminstone en av ledamöterna inte har någon förhandsuppfattning bygger delvis på tanken om att domaren känner lagen (se Letto-Vanamo 2004, 125). Se även Ekelöf – Boman 1992, 72 och Welamson 1994, 104–105.

¹⁰⁶ Jokela 1998, 174–178. Se Sippo – Välimaa 2003, 40 ff. om bestämmelserna som gäller tingsrätterna, men som tillämpas *mutatis mutandis* även i hovrätterna. I praktiken bör detta i första hand ske så att hovrätten kontaktar parten och försöker förmå honom eller henne att själv välja ut de bevispersoner som är centralast. Hovrätten ska dock inte tvinga parten att avstå från att kalla

ett eventuellt beslut om att skriva ut inspelningen. Hovrätten kan också göra upp en plan över förloppet av den muntliga förhandlingen.¹⁰⁷

Enligt RB 26:13 2 mom. kan huvudförhandlingen begränsas till en sådan del som kan avgöras separat. Då hovrätten begränsar huvudförhandlingen ska den se till att den inte gör alltför snäva begränsningar, eftersom det skulle leda till att prövningen av andra delar av målet lider.

Hovrätterna kan ordna muntliga sammanträden under förberedelsen. Trots att muntliga förberedelsesammanträden är mycket ovanliga,¹⁰⁸ utnyttjas telefonen och e-post aktivt i vissa hovrätter under förberedelsen.¹⁰⁹ Förberedelsen kan också ordnas per telefon eller genom en videokonferens.¹¹⁰ En aktiv kontakt mellan hovrätten och parterna minskar behovet av dylika sammanträden. I princip skulle det vara möjligt att hovrätterna skulle gå in för att försöka medla, men hittills har medling endast skett i en mycket blygsam skala. Ett muntligt sammanträde är nyttigt även ifall ny bevisning kommer att tas upp i hovrätten.¹¹¹

I slutet av förberedelsen kan hovrätten göra en sammanfattning av parternas yrkanden och grunderna för dem. Ändå används sammanfattning främst i sådana situationer där man hållit ett muntligt sammanträde inför huvudförhandlingen.¹¹² Sammanfattningen ska användas främst i sådana situationer där nytt rättegångsmaterial framställs i hovrätten eller där huvudförhandlingen begränsas till vissa frågor.

Det är viktigt att poängtera att det finns sådana mål där förberedelsen är närmast teknisk till sin karaktär, d.v.s. där man fattar ett beslut om handläggningsordningen och sedan endast ser till att avgörandet kan fattas i föredragningen eller efter den muntliga förhandlingen.¹¹³ Därtill kallar man personerna till den muntliga förhandlingen om en sådan ordnas.

Förberedelsen av målen i hovrätten har kritiserats mycket i den finländska rättslitteraturen eftersom arbetsmetoderna anses vara förlegade och ineffek-

in alltför många bevispersoner om det kan leda till att bevisningen inte överskrider bevisröskeln.

¹⁰⁷ Jokela 2004, 542.

¹⁰⁸ År 2003 hölls endast 11 muntliga förberedelsesammanträden i Vasa hovrätt, av dem 8 i tvistemål. Då sammanlagt 419 tvistemål avgjordes i hovrätten samma år betyder det att ett muntligt sammanträde under förberedelsen hölls endast i 2 % av målen. Ett av dessa sammanträden slutade i förlikning. Med tanke på att det hölls huvudförhandling i sammanlagt 107 tvistemål under samma år, är andelen även i detta hänseende blygsamt. Se Jokela 2004, 538–539 om förlikning i hovrätten.

¹⁰⁹ Bland andra Jokela (1998, 160) talar för att man utnyttjar telefonen och andra kommunikationsmedel aktivt under förberedelsen.

¹¹⁰ Se även Jokela 2003, 321–323, om förberedelse per telefon i underrätten.

¹¹¹ Jokela 2004, 535–536.

¹¹² LaUB 27/2002, 10–11. Eftersom muntliga förberedelser är sällsynta i hovrätterna görs det även få sammanfattningar.

¹¹³ I reformen av bestämmelserna om rättegången i tingsrätten poängterades vikten av att välja rätt redskap för förberedelsen av det ifrågavarande målet. Se RP 32/2001, 33 ff. och Sippo – Välimaa 2003, 48–49.

tiva.¹¹⁴ I den här avhandlingen behandlas inte frågan om hovrätternas arbetsmetoder. Det är dock klart att processledning inte utnyttjas fullt ut i hovrätterna. Detta är förståeligt med tanke på att muntliga huvudförhandlingar började förekomma i en högre grad först för knappt tio år sedan. Därför har hovrätterna inte ännu anpassat sig fullständigt och hittat alla möjligheter till processledning som finns. Jag återkommer till detta problem senare.

8.2.6 Föredragning och huvudförhandling

Till sist fattar hovrätten sitt avgörande i målet. Avgörandet fattas antingen i ett skriftligt förfarande på basis av handlingarna, eller efter en muntlig huvudförhandling utan föredragning. Då ett mål avgörs skriftligen är det antingen referenten eller föredraganden, om en sådan förordnats, som föredrar målet. I den muntliga förhandlingen har den eventuella föredraganden däremot inte en så synlig roll, eftersom en ledamot är ordförande.

8.2.6.1 Föredragning

I dagens läge är föredragning fortfarande det allmännaste sättet att avgöra mål i hovrätten. Vid föredragningen presenterar föredraganden eller referenten målet till den del det är behövligt. De ledamöter som deltar i handläggningen har i regel fått ett skriftligt kompendium med det viktigaste materialet, som de vid behov har kunnat läsa före föredragningen. Därefter diskuteras de frågor som är centrala och så fattar ledamöterna beslut. Den föredragande kan inverka på avgörandet, t.ex. genom att införskaffa utredningar om vissa rättsfrågor. Vid behov fattas avgörandet genom omröstning. Föredraganden har rätt att anmäla avvikande åsikt.¹¹⁵

Som rättegångsmaterial beaktas allt det som yrkats på i överklagandet och i svaret samt de skriftliga bevis som lagts fram där. I övrigt beaktas även det som kommit fram under skriftväxlingen. Om motparten förhållit sig passiv i hovrätten beaktas även det hon eller han framfört i underrätten.¹¹⁶

¹¹⁴ Se t.ex. Leppänen LM 2000, 1201–1203, Liljenfeldt 2000 JFT, 599–600, Virolainen DL 2002, 695–696. Liljenfeldt konstaterar att man i Trondheim lyckats förkorta behandlingstiderna avsevärt genom att utveckla arbetsmetoderna vid domstolen.

¹¹⁵ Jokela 1998, 219.

¹¹⁶ Jokela 1998, 218–219.

8.2.6.2 *Förloppet av den muntliga förhandlingen*

Då ett datum för huvudförhandlingen satts ut kallas parterna, vittnen och sakkunniga till hovrätten. Hovrätten ska samtidigt meddela om vilka påföljderna blir om man inte kommer (RB 26:17). Om den klagande inte kommer avskrivs målet. Om motparten inte kommer beror påföljden på om hon eller han behöver höras eller inte; om motparten ska höras bör hon eller han kallas vid vite, i övriga fall avgörs ärendet utan motpartens medverkan. Valet av påföljden för motpartens del beror på om målet kan utredas tillräckligt utan hennes eller hans medverkan eller inte. I omfattande eller svåra mål kan det vara svårt att åstadkomma en ändamålsenlig handläggning utan motparten, därför kan det vara orsak att kalla in honom eller henne.

I fall motparten måste höras personligen, d.v.s. i de fall då det inte räcker med att parten enbart sänder sitt ombud, ska parten och vid behov även hans lagliga företrädare kallas att närvara personligen. Om en part som kallats att närvara personligen vid vite inte kommer ska ett högre vite utsättas eller så ska parten hämtas. I indispositiva mål är det möjligt att hämta en part även om hon eller han inte kallats att infinna sig personligen, vilket beror på att domstolen då har en större skyldighet att reda ut målet på tjänstens vägnar.¹¹⁷ Ibland har frågan om tredskodom som påföljd i överrätten tagits upp, men hittills har den ansetts vara oförenlig med vår rättstradition.¹¹⁸ Vittnen och sakkunniga kan kallas till den muntliga förhandlingen antingen av hovrätten eller parten. I dag är det möjligt att kalla in parterna per telefon (RB 26:28).

Den muntliga huvudförhandlingen börjar med att man kontrollerar vilka som är på plats.¹¹⁹ Därefter redogör domstolen, d.v.s. i praktiken ordföranden eller referenten, för målet och handläggningen av målet i korthet. Sedan frågar domstolen om de yrkanden som framställts i den skriftliga förberedelsen fortfarande gäller. Parterna får sedan en möjlighet att kort framställa sina yrkanden och grunderna för dem i den mån det behövs. I praktiken varierar praxisen stort beroende på målets art och omfattning, och på domstolens, avdelningens och domarnas praxis. Efter själva sakframställningen tas den muntliga bevisningen

¹¹⁷ Jokela 1998, 267–274. Se även Lappalainen (2003, 832 ff.) om motsvarande bestämmelser för tingsrätterna.

¹¹⁸ Se Walamies JFT 1992, 312 ff. och Jokela 1998, 270. Walamies refererar synpunkter som framförts i rättslitteraturen och internationella synpunkter. Båda kommer till den slutsatsen att det inte är skäl att införa tredskodom i överrätten. Se också RP 33/1997, 69 ff. där frågan inte diskuteras explicit, men eftersom alternativet inte tas upp kan man dra slutsatsen att man inte heller avsåg att tredskodom skulle vara ett reellt alternativ för hovrätten.

¹¹⁹ I omfattande rättegångar är det ofta skäl att kalla in ett vittne eller en sakkunnig till ett annat klockslag eller t.o.m. en annan dag än den då handläggningen inleds. Det förutsätter att domstolen gjort en tidsplan över den muntliga förhandlingen. Se Brolin – Rehnström – Widebeck 2003, 12.

upp.¹²⁰ Även på den här punkten varierar praxisen i olika domstolar. Till sist har parterna en möjlighet att plädera för sin syn och slutföra sin talan. Vid behov kan man frånga den här ordningsföljden (RB 26:24 2 mom.). Om motparten uteblivit och hon eller han inte blivit kallad vid hot om vite ska domstolen beakta och framställa det hon eller han framfört i underrätten. På detta sätt kan motparten sänka sina rättegångskostnader. Samtidigt måste motpartens yrkanden refereras till tillämpliga delar eftersom hovrätten endast får beakta sådant material som framkommit i huvudförhandlingen. Vid huvudförhandlingen i hovrätten tillämpas även reglerna om huvudförhandling i tingsrätten i RB 6 kap. till tillämpliga delar.

I praktiken beror utformningen av förfarandet i hög grad på ordföranden. Hon eller han är den person som har det största inflytandet på hur förfarandet utformas. I vissa fall börjar den muntliga förhandlingen med att man diskuterar hur förfarandet kommer att se ut. Den här diskussionen kan ske redan under förberedelsen, då en tidsplan görs upp och bevispersoner kallas i enlighet med den. Domstolen kan också ta upp frågan om hur upptagningen av den muntliga bevisningen och särskilt förhören ska gå till. Ordföranden eller referenten kan välja att antingen presentera målet och den tidigare handläggningen ingående eller bara i huvuddrag. Omfattningen av detta referat och av beskrivningen av parternas yrkanden och grunderna för dem kan inverka på hur länge parterna eller deras ombud tillåts tala. På parternas framställning inverkar också i övrigt ordförandens sätt att leda rättegången. Vissa domare ingriper snabbt om de anser att parterna eller deras ombud talar om något oväsentligt. Då den muntliga bevisningen tas upp har ordföranden en märkbar möjlighet att påverka handläggningen.¹²¹ Dels kan domarna ge klara direktiv till bevispersonerna och därmed se till att bevispersonerna talar bara om det som är relevant, dels kan domstolen be parterna eller deras ombud avstå från onödiga tilläggsfrågor till bevispersonerna. Utöver detta kan domarna – och föredraganden – ställa frågor om de anser något vara oklart. Vid behov används telefonförhör eller en annan form av distansförhör. Även inspelningen av förhöret i tingsrätten kan spelas upp och användas som jämförelsematerial.

Huvudförhandlingen är egentligen inte ett tillfälle där man i första hand koncentrerar sig på att plädera eller på det som tyskarna kallar *Rechtsgespräch*. Med termen menas ett samtal mellan parternas ombud och domaren om rättsfrågorna i målet. Ett sådant samtal är inte obligatoriskt enligt tysk rätt, men förekommer ofta. Hos oss är den muntliga förhandlingen ett tillfälle där muntlig bevisning kan tas upp och där parterna kan framföra sina synpunkter direkt till

¹²⁰ I dag är det under vissa förutsättningar möjligt att höra bevispersoner per telefon, se RP 83/2001, 18–19.

¹²¹ Närmare om bevisning och förfarandet vid bevisupptagningen, se Lappalainen 2001, 127 ff., Jokela 2004, 576–578. För straffprocessens del se Pölönen 2003, 393 ff.

domstolen. Detta beror säkert på att den muntliga processkulturen är mycket ung hos oss och juristerna inte är vana att plädera. Däremot finns det inget hinder för att domstolen även hos oss oftare skulle tillkännage vad den anser om målet och vilka rättsregler den anser vara sannolikt tillämpbara. Ett problem med huvudförhandlingen har varit att man har uppfattat att hela rättegången ska köras om från början i den.

8.2.7 Avslutningen av handläggningen

Då huvudförhandlingen avslutats ska hovrätten fatta avgörande i målet. Beslutsöverläggningen ska hållas genast eller följande dag i de fall rättegången pågått fram till sen eftermiddag eller kväll. Avgörandet kan antingen avkunnas samma dag eller vid behov meddelas senare. Enligt RB 24:17 2 mom. ska hovrätten meddela avgörandet inom 30 dagar från det huvudförhandlingen avslutades. Av särskilda orsaker kan avgörandet meddelas senare.

Då hovrätten fattat beslut i skriftligt förfarande skriver antingen referenten eller föredraganden avgörandet. Avgörandet skickas sedan till alla ledamöter för godkännande och underteckning. Om ledamöterna vill göra ändringar i själva motiveringen kan det ta länge innan avgörandet kan förkunnas. Vissa hovrätter har i arbetsordningen upptagit bestämmelser om den tid inom vilken avgörandet ska vara färdig från det att avgörandet fattats i föredragningen. Enligt Niemi-Kiesiläinen är det skäl för hovrätterna att tillämpa bestämmelserna i RB 24:8 3 mom. om att avgörandet ska förkunnas så fort som möjligt analogt.¹²² En tidsgräns på 30 dagar kunde rekommenderas.

Avgörandets innehåll varierar beroende på om hovrätten ändrat tingsrättens avgörande eller inte. Om hovrätten inte ändrar på utgången i målet är avgörandet ofta mycket kortfattat. Ifall målet sållas används en standardmotivering. Om hovrätten ändrar på tingsrättens avgörande behövs en mera omfattande motivering.

Om ett rättegångsfel skett i underrätten kan hovrätten antingen återförvisa målet eller välja att själv rätta till felet i sin handläggning av målet. Då hovrätten tar ställning till om målet ska återförvisas ska den ta ställning till vilken nytta som uppnås med de olika alternativen. I fråga om att återförvisa målet är det viktigt att ta i betraktande dels de kostnader som uppkommer och den fördröjning som sker, dels det faktum att hovrätten genom att avgöra målet själv fråntar parterna en instans.¹²³

¹²² Niemi-Kiesiläinen 2003, 949.

¹²³ Niemi-Kiesiläinen 2003, 948–949.

8.2.8 Hovrättens sammansättning

Enligt hovrättslagen är hovrättens ordinarie sammansättning tre domare. I hovrättslagen 9 § bestäms dock att hovrätterna kan behandla vissa typer av mindre, rutinartade mål i en sammansättning av två domare och en föredragande. Dessa mål är sådana där förlustvärdet, alltså skillnaden mellan det parten yrkat på och det tingsrätten dömt honom eller henne, inte är högre än 5 000 euro i mål där intresset är pengar eller annat som enkelt kan bedömas i pengar;¹²⁴ eller som gäller skuldsanering för privatpersoner, förordnande av skiftesman och boutredningsman; och mål där överklagandet gäller endast ränta, rättegångskostnader och betalning av ersättningar av statens medel. Om tingsrätten avgjort målet i tredomarsammansättning får bestämmelsen inte tillämpas. Den får inte heller tillämpas om en av ledamöterna är visstidsanställd och bara innehaft sin tjänst i några månader. Den fiskal eller assessor som deltar som medlem måste ha tjänstgjort som fiskal eller assessor i hovrätten eller som domare i tingsrätten sammanlagt i minst tre års tid.

Hovrätterna har utnyttjat möjligheten till att använda en ”mindre” sammansättning i varierande grad. Vasa hovrätt har strävat efter att utnyttja systemet alltid då det är möjligt, medan andra hovrätter har varit mer sparsamma med att utnyttja möjligheten. Med tanke på att de fiskaler som arbetat längst vid hovrätterna redan har en relativt lång erfarenhet av domstolsarbetet och följt med många rättegångar i egenskap av föredragande är det naturligt att deras arbetsinsats utnyttjas i mindre mål av rutinmässig karaktär. Det faktum att en av medlemmarna i domarkollegiet är mindre erfaren vägs upp av att de två övriga domarna är mycket erfarna jurister. Dessutom har en stor del av målen i fråga avgjorts av notarier, d.v.s. av mycket oerfarna jurister, i underrätten.

8.3 SÅLLNING

I det här avsnittet går jag närmare in på tolkningen av bestämmelserna om sållning. Själva termen sållning tillkom först i lagutskottet, och är alltså en direkt översättning av den norska termen *silning*. I regeringens proposition används termer som beslut om handläggningsordningen och andra eufemismer.¹²⁵ Propositionen är så vag och mångtydig att det är svårt att hämta någon entydig ledning ur den i fråga om de svåra frågorna. Eftersom bestämmelserna dessutom ändrades genomgripande i riksdagen är de mycket svåra att tolka.

¹²⁴ Se även HD 2006:16, där HD ansåg att de sammanlagda privaträttsliga kraven i ett brottmål skulle räknas ihop.

¹²⁵ Grundlagsutskottet fäste uppmärksamhet vid att bestämmelsen om sållning var vilseledande och otydligt, ja t.o.m. motstridigt formulerad (GrUU 35/2002, 3–4).

Hovrätterna har tillämpat bestämmelsen om sällning mycket olika. Då Högsta domstolen i avgörandena 2004:116 och 117 konstaterat att bestämmelserna om sällning inte gäller mål där frågan om tilltron till bevisning aktualiseras, ansåg många att bestämmelsen om sällning blivit värdelös. Högsta domstolens tolkning av bestämmelsen gjorde tillämpningsområdet snävare och ledde därmed till att förbättringen av målbalansen i hovrätterna avstannade.¹²⁶ Därför inleddes förberedelserna för en ändring av bestämmelsen genast. En utredningsman tillsattes inom tre dagar vilket ledde till ett lagförslag om att andra bestämmelsen om sällning. Denna lagändring har dock inte ännu godkänts av riksdagen.

Ett tecken på att bestämmelserna har varit svåra att tillämpa är att Högsta domstolen under åren 2004 och 2005 givit 12 prejudikat om sällning. Därtill har 29 andra mål om sällning prövats och ytterligare 6 prövningstillstånd beviljats.

I samband med att jag diskuterar hur bestämmelserna om sällning borde tolkas går jag också in på vissa problem med utformningen av bestämmelserna och tanken bakom dem. Det är i mitt tycke naturligt att ta upp problemen i samband med tolkningen av normerna.

8.3.1 Tolkningen av bestämmelserna

Hovrätten tar ställning till om målet ska sällas efter att ett komplett överklagande kommit in. I sällningen tar hovrätten ställning till om handläggningen av ärendet ska fortsätta eller om den ska avslutas. I lagen (RB 26:2) talas om att ”ta upp [mål] till vidare prövning”. Sällningen är alltså ett sätt med hjälp av vilket hovrätten snabbt kan avsluta handläggningen av målet. Bestämmelserna om sällning i rättegångsbalkens 26 kapitel lyder så här:

2 § Hovrätten beslutar först om besvären tas upp till vidare prövning (sällningsförfarande). Prövningen av besvären fortsätter inte, om hovrätten enhälligt konstaterar att det är klart att

- 1) huvudförhandling med stöd av 15 § inte behöver hållas i saken,
- 2) tingsrättens avgörande eller det förfarande som har iakttagits där inte är oriktigt, och
- 3) en parts rättsskydd med beaktande av sakens natur inte heller av någon annan orsak förutsätter att behandlingen av besvären fortsätter.

Ett beslut om att prövningen av besvären inte fortsätter kan fattas också senare under förberedelsen och det kan gälla också en del av besvären.

2 a § Vid sällningsförfarande beaktas såsom rättegångsmaterial besvären och tingsrättens avgörande samt ett bemötande som eventuellt har begärts.

¹²⁶ Lausuntoja ja selvityksiä 2005:1, 3.

Vid behov skall innehållet i den bevisning som har tagits emot i tingsrätten klarläggas med hjälp av bevisinspelningen.

Vid sällningsförfarande kan saken avgöras utan föredragning.

Om beslut fattas om fortsatt prövning av besvären iakttas vad som föreskrivs nedan i detta kapitel.

I regeringens proposition fanns inga krav listade. I propositionen föreslogs att bestämmelsen skulle lyda: "[h]ovrätten prövar utan dröjsmål om besvären ger anledning att misstänka att tingsrättens avgörande eller det förfarande som har iakttagits där är oriktigt." Därtill konstaterades att hovrätten ska beakta parternas rättsskydd då den fattar beslut om sällning. Den föreslagna bestämmelsen kritiserades hårt av bl.a. Jyrki Virolainen.¹²⁷ Bland motiveringarna till regeringens proposition fanns tre punkter för när ett mål får sällas, men dessa punkter fanns inte intagna i själva lagtexten.¹²⁸ Riksdagen konstaterade helt befogat att bestämmelsen var för vagt utformad.¹²⁹

Egentligen är RB 26:2 en mycket komplicerad paragraf att tolka. Problemet är den olyckliga utformningen av bestämmelsen och den motstridiga informationen som ges i förarbetena. Dessutom är det oklart hur bestämmelsen ska tolkas i förhållande till bestämmelserna om obligatorisk muntlig förhandling. Det är i praktiken mycket svårt att konstruera en logisk och klar tolkning av bestämmelsen. På grund av att det är närmast omöjligt att konstruera en logisk och sammanhängande tolkning av bestämmelsen behandlar jag här hur bestämmelsen tolkas *de lege lata*. Jag återkommer till problemen i ett senare skede av avhandlingen.

Det finns flera frågor kring bestämmelserna om sällning. Dessa frågor är:

- (1) hur hög är tröskeln att sälla mål;
- (2) hur omfattande bör hovrättens prövning av målet vara;
- (3) hur ska hänvisningen till 15 §§ tolkas (RB 26:2 1 mom. 1 p.);
- (4) vad betyder det att tingsrättens avgörande eller förfarandet i tingsrätten "inte i övrigt är oriktigt" (RB 26:2 1 mom. 2 p.); och
- (5) hur ska den sista punkten på listan över sällningskriterier tolkas.

De här frågorna måste utredas för att man ska kunna tillämpa dessa två lagrum. Den första punkten handlar om ett allmänt kriterium för sällningströskeln. Den andra punkten hör ihop med den första punkten trots att den lagtekniskt intagits i följande paragraf. Den tar upp frågan om prövningens omfattning och det material prövningen bygger på. Den tredje punkten handlar dels om sällningsförfarandet, dels om förfarandets relation till bestämmelserna om muntliga förhandlingar. De två följande punkterna (4–5) handlar om kriterierna för sällning.

¹²⁷ Virolainen DL 2002, 690 ff. Se även t.ex. Niemi-Kiesiläinen 2003, 929–931, Vaitoja LM 2002, 757 ff. och Snellman DL 2002, 663 ff.

¹²⁸ KB 2001:10, 47–48 och RP 91/2002, 46–48.

¹²⁹ LaUB 27/2002, 7 och 15.

8.3.2 Sällningströskeln

Ett stort problem med sällning är frågan hur hög eller låg tröskeln för att sälla ett mål ska vara. Tröskeln består av hur mycket och vilken typ av utredning och framför allt med vilken sannolikhet kriterierna ska uppfyllas för att ett mål inte ska kunna sällas. I första hand är frågan så att säga ”ideologisk” i den mening att det beror på vad man strävar efter med sällning och vilka rättsskyddsgarantier sällningen anses ha.

Uttrycket ”det är klart att” anger sällningströskeln. Tolkningen av detta uttryck är behäftad med vissa svårigheter. För det första borde man bestämma en allmän höjd på sällningströskeln, vilket inte är helt lätt. För det andra borde man diskutera om tröskeln ska vara densamma för rättsfrågor och sakfrågor. För det tredje borde mål med ett eventuellt prejudikatintresse och mål där principiella frågor aktualiseras eventuellt diskuteras separat. För det fjärde anser jag att uttrycket ”det är klart att” inte passar ihop med den tredje punkten i bestämmelsen.

Ordet *klart* ger alltså ledning till var tröskeln för att sälla mål ska vara. Den semantiska betydelsen av ordet *klart* får oss att tänka att tröskeln ska ligga högt. Om det står helt klart att tingsrätten avgjort målet på ett felaktigt sätt kan målet alltså inte sällas. Likaså kan det i vissa mål vara utom tvivel att målet är handlagt och avgjort på ett korrekt sätt. Problemet blir då mål som inte hör till dessa två kategorier. Frågan är alltså: hur stor får osäkerheten om att handläggningen och avgörandet är riktigt vara för att ett mål ska få sällas?

Med tanke på parternas rättsskydd skulle det naturligtvis vara bäst att hovrätterna inte skulle sälla mål där det råder minsta lilla tvivel om att avgörandet och förfarandet är riktigt. Då sällningen infördes gav förarbetena inte ledning i det här fallet eftersom regeringens proposition endast sade att ”[o]m det inte utan en fullständig prövning av besvären med tillräckligt stor säkerhet går att ta ställning till om tingsrättens avgörande är riktigt, skall behandlingen fortsätta.”¹³⁰ Det var möjligt att tolka ordet klart så att ett ”rent” påstående om fel räcker om inte starka skäl talar för att avgöra målet i ett skriftligt förfarande. Det var också möjligt att tänka att parterna måste rubba hovrättens tilltro till underrättens avgörande eller förfarandet där för att kunna undvika sällning. Då skulle det inte räcka med att det uppstår lite tvivel, utan det måste vara fråga om mer än så. Med andra ord måste det vara sannolikt att något av kriterierna inte uppfylls.

Med tanke på det som står i förarbeten borde tröskeln för sällning vara relativt hög.¹³¹ I dem talas det nämligen mycket om att endast de mål där det är klart att förutsättningarna för sällning uppfylls får sällas. Den ursprungliga formuleringen av bestämmelsen lydde ”hovrätten prövar ... om besvären ger anledning att misstänka att ... är oriktigt”. Därmed var det klart att tröskeln skulle ligga

¹³⁰ RP 91/2002, 27.

¹³¹ RP 91/2002, 45 och LaUB 27/2002, 15.

relativt högt. Uttalanden i stil med att det ”finns anledning att ifrågasätta tingsrättens bevisvärdering” och att ”[b]ehandlingen av besvär (sic) fortsätter om det obestridligen inte är klart att besvären inte leder till något resultat” tyder på att tröskeln borde ligga högt.¹³²

Det är också möjligt att tröskeln för sällning går någonstans mellan dessa extremer. Niemi-Kiesiläinen och Jokela förespråkade en sådan här ”moderat” tolkning.¹³³ Niemi-Kiesiläinen ansåg att påståenden om fel måste motiveras och att hovrätten har rätt att sälla målet om påståendet och motiveringen inte leder till att hovrätten börjar tvivla på tingsrättens avgörande.

Högsta domstolen har dock ansett att tröskeln skulle vara mycket hög, d.v.s. att redan ett påstående om ett fel räcker. Virolainen ansåg att Högsta domstolens avgörande 2004:116 och 2004:117 innebar att endast klart utsiktslösa mål kunde sällas, det vill säga att ett ”rent” påstående i stort räcker.¹³⁴ Jag anser att ett ”rent” påstående inte räcker, men att ribban inte kan ställas särskilt högt.

Även om det vore klart hur hög den allmänna sällningströskeln borde vara skulle den vara den behäftad med problem. Det första problemet är att hovrätten ska fatta beslutet om sällning i ett summariskt förfarande där målet granskas i ljuset av ett mycket begränsat material. Detta kräver att tingsrättens avgörande och särskilt motiveringen av avgörandet är tillräckligt omfattande och av hög kvalitet.¹³⁵ Samtidigt måste man godkänna att även ett välmotiverat avgörande ofta är ett dåligt material att utgå ifrån. En part ska inte behöva lida av det faktum att en ”korrekt” värdering av den muntliga bevisningen förutsätter att man tar ställning till sådana element som inte går att klä i ord. Parterna ska naturligtvis inte heller lida av att tingsrättens protokoll eller dess avgörande är otydliga eller bristfälliga så att de omständigheter på vilka överklagandet grundas inte framkommer i avgörandet. I sådana fall då det inte går att kontrollera hur tingsrätten *de facto* handlagt målet eller argumenterat bör hovrätten ta upp fallet till full handläggning. Med andra ord: om det inte går att utreda om förfarandet eller utgången i målet är riktigt i ett förenklat och snabbt förfarande där hovrätten endast har tillgång till ett begränsat material, får målet inte sällas.¹³⁶ Detta betyder att mål där ”vanliga” vittnen hörs ofta måste tas upp till full prövning då sakfrågan överklagats.

Den andra frågan som aktualiserats är om sällningströskeln ska vara olika beroende på om det är fråga om ett fel i avgörandet av bevisfrågor eller ett an-

¹³² LaUB 27/2002, 7.

¹³³ Niemi-Kiesiläinen 2003, 938 och Jokela 2004, 514.

¹³⁴ Virolainen 2005, 343. Se även Norrman JFT 2004, 35, som menar att det inte finns någon presumtion om att tingsrättens avgörande eller förfarandet där är riktigt.

¹³⁵ Se Laukkanen LM 2000, 1118 ff. om hur tingsrätten borde forma avgörandet om bevisfrågorna i sina avgöranden så att hovrätten kunde ta ställning till om avgörandet är korrekt.

¹³⁶ Virolainen (DL 2003, 967) menar att man borde ha tagit in en explicit bestämmelse om detta i lagen.

nat fel. På basis av lagtexten verkar det klart att tröskeln ska vara lika hög oberoende av typen av fel. Enligt det nya lagförslaget verkar det däremot som om man tänkte att bevisfrågor kunde sällas lättare än andra frågor. Orsaken är naturligtvis att det är svårare att ta ställning till om tingsrätten avgjort bevisfrågan felaktigt i ett summariskt förfarande. Om rättsfrågorna är relativt enkla är det lätt att granska dem i ett summariskt förfarande. Om rättsfrågorna är mera komplicerade till sin karaktär kan det vara svårare att ta ställning till hur frågan borde avgöras, varför behovet av att ta upp målet till full prövning är större. Däremot är det inte möjligt att på samma sätt ta upp bevisfrågorna till en direkt prövning i ett summariskt förfarande. Detta kan bero såväl på att den skriftliga bevisningen är så omfattande att det är mycket tidsdrygt att pröva det och på att muntlig bevisning måste tas upp på nytt enligt principerna om omedelbarhet och bästa möjliga bevismaterial. Värderingen av den muntliga bevisningen och därmed sakfrågorna till den del de beror på värdering av muntlig bevisning kan inte avgöras direkt i ett sållningsförfarande.

I fråga om muntlig bevisning är det nämligen inte möjligt för hovrätten att försäkra sig om att tingsrätten avgjort bevisfrågan helt rätt endast på basis av skriftligt material.¹³⁷ Problemet har belysts av Huovila.¹³⁸ Han konstaterar att det inte är möjligt att formulera berättelsen i skrift utan att något väsentligt går förlorat. Domaren kan inte i skrift formulera gester, pauser, tonfall och andra motsvarande element i förhöret vilka är av en central betydelse för tolkningen och värderingen av berättelsen. Följaktligen anser han att domaren inte ens ska försöka fånga upp dessa element på ett heltäckande sätt i domslutet. Ibland kan det också vara svårt för domaren att sätta fingret på vad som gör att en utsaga inte verkar trovärdig. Det är inte heller meningen att domaren efter en omedelbar rättegång återger bevisningen i avgörandet. Således varken bör eller kan domaren återge den muntliga bevisningen i avgörandet.¹³⁹ Därför är det i de flesta fall omöjligt för hovrätten att ta ställning till värderingen av muntlig bevisning på basis av tingsrättens avgörande. Därmed bör inte heller tingsrätten sträva efter att i domen ”protokollföra” utsagorna.¹⁴⁰

Även om hovrätten inte kan ta ställning till värderingen av den muntliga bevisningen kan det vara möjligt att ta ställning till om parterna framfört sådana påståenden och argument som leder till att hovrätten börjar tvivla på att tingsrätten avgjort bevisfrågorna på rätt sätt. Jag är dock inte övertygad om detta är en bra utgångspunkt. Om man följer Huovilas teori att ju mer värderingen av bevisningen bygger på iakttagelser om en berättarens uppföran-

¹³⁷ Se Laukkanen LM 2000, 1122–1123.

¹³⁸ Huovila 2003, 239 ff. Se särskilt sidan 260 där Huovila formulerar sin första tumregel om hur ett avgörande ska motiveras.

¹³⁹ Huovila (2003, 243–248) påpekar att det förekommer klart försök till att fortfarande tillämpa det muntligt-protokollariska förfarandet såväl i Finland som Sverige.

¹⁴⁰ Huovila 2003, 395 ff. och där framförda argument.

de under förhöret desto mindre detaljerad bör motiveringen vara, gör detta att man måste acceptera att det kan vara svårt att uppfylla även detta lägre krav.¹⁴¹ Med andra ord kan det i sådana fall vara omöjligt för hovrätten att ta ställning till om tilliten till tingsrättens avgörande rubbats tillräckligt. Däremot kan man nog ställa kravet att ett ”rent” påstående inte räcker, alltså att klaganden måste individualisera vilka aspekter i bevisningen som värderats fel och framföra grunder för sitt påstående. Ju mer det är fråga om en berättelse som inte innehåller teknisk data eller en sakkunnigs observationer, desto mer sannolikt är att bevisningen måste tas upp på nytt i hovrätten på grund av att hovrätten inte annars *överhuvudtaget* kan ta ställning till tingsrättens avgörande av sakfrågan.¹⁴²

I förslaget till ändring av bestämmelserna om sällning påtalas också problemet med att tillgången till den andra instansen beror på om sakfrågorna överklagats eller inte.¹⁴³ Tröskeln att sälla mål där endast rättsfrågan överklagats eller där bevisningen är uteslutande skriftlig är lägre än i mål där värderingen av muntlig bevisning överklagats. Hovrätten kan inte pröva bevisfrågan till den del den beror på värderingen av muntlig bevisning i ett summariskt skriftligt förfarande utan att kränka omedelbarhetsprincipen. Därför har den olika möjligheter att inom ramarna för sällning ta ställning till rättsfrågor och sakfrågor.

I förarbeten talas om tillsprincinen, vilket i det sammanhanget anses betyda att utgångspunkten är att tingsrättens avgörande av bevisfrågan är riktig. Man talar om att ett rimligt tvivel om riktigheten i tingsrättens avgörande av bevisfrågan måste existera för att målet ska tas upp till full prövning.¹⁴⁴ Eftersom man inte tagit ställning till frågan om tröskeln ska vara skild för olika rättsfrågor är det svårt att veta vad lagstiftaren menat, men i ljuset av det som sagts i förarbeten verkar det som tröskeln var lite lägre i fråga om sakfrågor.

Problemet med höjden på sällningströskeln för olika mål är att man inte heller tar i betraktande skillnaden mellan fel i handläggningen av målet och fel i själva avgörandet. Det finns nämligen vägande skäl som talar för att tröskeln att sälla mål borde vara högre i fråga om påstådda rättegångsfel. Orsaken är nämligen att rättegångsfelen ofta väcker en misstanke om att utgången i målet inte är tillförlitligt. Därtill kan det i vissa fall till och med kränka de mest grundlägg-

¹⁴¹ Huovila (2003, 273) påpekar därtill att orsaken till att underrättens avgöranden bör motiveras är inte att underlätta hovrättens arbete. En bra motivering underlättar visserligen arbetet, men denna följd är en biprodukt.

¹⁴² Vidare kan man konstatera att detta problem är en följd av att vi i Finland och Sverige aldrig blivit kvitta traditionen av att förhör ska protokollföras och att handläggningen i den andra instansen bygger på en granskning av om tingsrättens avgörande är riktigt i ljuset av det som framkommit i protokollet. Ett klart tecken på att detta är situationen även i Sverige finns klart och tydligt att läsa i prop. 2004/05:131, 190–210. För Finlands del se Huovila 2003, 398.

¹⁴³ I RP 87/2005, 7 talas om handläggningsordning, vilket är missvisande i mitt tycke.

¹⁴⁴ LaUB 27/2002, 7.

gande medborgerliga rättigheterna, som skyddas i grundlagen och EMRK.¹⁴⁵ Endast i de fall då det står klart att rättegångsfelet inte kan ha påverkat utgången i målet och det inte kränkt partens rättigheter avsevärt borde det i mitt tycke vara möjligt att sälla målet. Rättegångsfel kommer inte alltid direkt fram i avgörandet eller protokollet varmed hovrätten inte har rätt att utgå från att tingsrätten iakttagit rätt förfarande.¹⁴⁶

Ytterligare en fråga som aktualiseras i samband med olika typer av mål är skillnaden mellan dispositiva mål och mål med indispositiva element. Den här problematiken tas inte upp i förarbetena. I indispositiva mål, schackrutiga mål och gråa mål har hovrätten ett större ansvar för att utgången i målet är rätt, varför man gott kunde argumentera för att tröskeln att sälla ett mål borde vara högre.

Den tredje synpunkten på sällningströskeln är att mål där principiella frågor eller prejudikatfrågor aktualiseras i mitt tycke borde få en särställning. Orsaken är att det i sådana mål inte finns något ”rätt svar” mot vilket utgången i målet kan jämföras. Sådana mål är dessutom av ett så stort intresse för utvecklingen av rättssystemet och tolkningen av bestämmelser att de inte borde sällas överhuvudtaget.¹⁴⁷

För det fjärde anser jag att rekvisitet *det är klart* att rimmar illa med den sista punkten, alltså att det inte finns andra skäl som talar mot en sällning av målet. Orsaken är att den sista punkten ger domstolen en viss prövningsmarginal. I propositionen och i utskottets utlåtande betonar man att domstolen alltid har rätt att låta bli att sälla ett mål om det finns skäl för det. Därför måste det sista kriteriet behandlas på ett annat sätt. Förhållandet mellan termen och den tredje punkten är också lite oklar. I varje fall anger ordet *klart* sällningströskeln.

Då man talar om sällningströskeln borde man väga mot varandra dels en fungerande rättegång i hovrätten och möjligheten för hovrätterna att koncentrera sina resurser på de komplicerade målen, dels parternas rättsskydd. Å ena sidan är det oskäligt att kräva att parterna visar att ett fel begåtts. Å andra sidan är det inte heller bra att endast ett påstående om att avgörandet eller förfarandet är felaktigt skulle leda direkt till att sällningen utesluts. Därför kunde man tänka sig att den som överklagar på något sätt måste individualisera påståendet och framföra någon grund för det. Däremot kan man knappast ställa alltför höga krav på grunderna, eftersom det inte är meningen att hovrätten ska bli övertygad om felets existens. Det räcker med att hovrätten inte kan vara helt säker på att de är korrekta. Så fort det råder rimligt tvivel ska målet tas upp till full handläggning. Huvudregeln borde alltså vara att man måste framföra konkreta skäl

¹⁴⁵ Se LaUB 27/2002, 16, där lagutskottet redogör för de grunder på vilka ett mål inte får sällas. Där nämns de mänskliga rättigheterna separat.

¹⁴⁶ Se även Virolainen (1977, 282–291) om de problem förbudet om reformatio in pejus föranleder då underrätten gjort ett rättegångsfel.

¹⁴⁷ Se även Norrman JFT 2004, 35–36.

för varför man anser att avgörandet eller förfarandet är felaktigt.¹⁴⁸ Tröskeln att sälla mål ska alltså vara hög även i fortsättningen.

8.3.3 Omfattningen av prövningen

Hovrätten tar ställning till om tingsrättens avgörande är riktigt främst på basis av tingsrättens avgörande och parternas inlagor. I fråga om omfattningen av prövningen aktualiseras två frågor. Ska hovrätten ta ställning endast till de yrkanden parterna gjort och de frågor den ska ta ställning till *ex officio*, eller ska den undersöka hela avgörandet oberoende av partens yrkanden? Vilket material får hovrätten beakta då den fattar sitt beslut? Även på den här punkten inverkar tolkningen av ordet *klart*, eftersom den anger hur hovrätterna ska förhålla sig till det förfarande i vilket kriterierna för sällning provas.

Ordet *klart* i bestämmelsen om sällning tyder på att hovrätten ska fatta beslutet om sällning på basis av ett så litet rättegångsmaterial som möjligt. Det talas i förarbetena om att målen ska granskas ganska ytligt i sällningsförfarandet. Därför ska hovrätten ta ställning till om målet ska sällas främst på basis av överklagandet, motpartens eventuella genmäle och tingsrättens avgörande. Om det inte är möjligt att avgöra målet på basis av detta material är det en indikation om att målet inte ska sällas.¹⁴⁹

Frågan om hovrätten på eget initiativ ska undersöka om tingsrättens avgörande eller förfarandet i tingsrätten är felaktigt handlar om hur man ser på arbetsfördelningen mellan parterna och domstolen. Enligt lagstiftaren ska målet provas endast till den del parterna uttryckligen yrkat på.¹⁵⁰ I praktiken verkar det som om inställningen inte alltid skulle vara så här strikt. Eftersom ett överklagande medför kostnader kan parterna avsiktligt begränsa överklagandet till endast en del av tingsrättens avgörande. På grund av att parterna har rätt att även i övrigt disponera över målet bör hovrätten undvika att ta ställning till sådant parterna inte överklagat. Hovrätten riskerar att omintetgöra dispositionsprincipen och därmed parternas rättigheter om den tar ställning till sådant parterna inte yrkat på och som den inte ska ta ställning till på tjänstens vägnar.¹⁵¹ I praktiken undersöker hovrätten dock ofta överklagandet utöver det parterna yrkat på. Detta beror antagligen på att antalet små straffmål är så stort, speciellt i förhållande till vanliga tvistemål, att praxisen formar sig efter dem. I små straffmål och vissa familjemål är det vanligt att parterna saknar ombud eller biträde, varför det är naturligt att hovrätten undersöker målet mera

¹⁴⁸ Se t.ex. RP 91/2002, 28 och 46.

¹⁴⁹ Se Virolainen DL 2003, 967.

¹⁵⁰ Först i samband med underrättsreformen infördes en bestämmelse om att hovrätten undersöker målet endast till den del parterna uttryckligen avsett i överklagandet (RP 97/1993).

¹⁵¹ Jokela 1998, 182.

ingående. Det är dock skäl att fråga om den här praxisen är önskvärd i vanliga tvistemål.

Frågan om vilket rättegångsmaterial som ska beaktas regleras i RB 26:2a. Hovrätten ska endast beakta överklagandet och tingsrättens avgörande enligt det första momentet. Den här bestämmelsen är i princip logisk. Tanken är att man försöker klara sig med ett så litet material som möjligt för att handläggningen inte ska bli så omfattande.¹⁵² Problemet är de situationer där parten anser att förfarandet i tingsrätten varit felaktigt. I sådana situationer är det möjligt att man inte kan fastställa saken utan att utnyttja t.ex. tingsrättens protokoll eller andra liknande dokument.¹⁵³ På grund av att protokollet inte alltid är särskilt utförliga och att vissa saker kan lämnas utanför protokollet är de inte heller fullständigt tillförlitliga medel att kontrollera avgöranden med.

Det andra problemet är det andra momentet i paragrafen, där bestäms nämligen att hovrätten vid behov kan lyssna på den inspelning av förhör som gjorts i tingsrätten. Bestämmelserna om ”bevisinspelningen”, som inspelningarna av förhören kallas i lagen, är i högsta grad problematisk.

För det första strider det mot principen om bevisomedelbarhet att lyssna på bandinspelningen, men även att se på en video eller DVD-inspelning. För det andra har parterna inte möjlighet att driva sin talan lika effektivt om hovrätten lyssnar på inspelningen i ett skriftligt förfarande, eftersom de inte kan ställa frågor till den hörde eller direkt kommentera det som sagts.¹⁵⁴ För det tredje är det mycket betänkligt ur arbetsekonomisk synvinkel att hovrätten lyssnar på banden i ett tidigt skede av handläggningen.¹⁵⁵ I många fall kan ett förnyat förhör vara snabbare eftersom man kan be den hörde berätta om något specifikt och ställa frågor vid behov. Särskilt i situationer där det är svårt att uppfatta vad personen i fråga säger är ett ”live” förhör snabbare, eftersom man kan fråga genast. Om tanken med sällningen är att avlasta hovrätterna, är det klart att en vid tillämpning av bestämmelsen står stick i stäv med avsikten med sällningen.

Därtill är det mycket betänkligt att det inte finns någon bestämmelse om i vilka situationer det kunde vara godtagbart att utnyttja inspelningarna. Domstolarna har getts en alltför stor prövningsmarginal med tanke på hur betänklig bestämmelsen är ur rättssäkerhetens synvinkel. Även om man knappast kan reglera situationerna där det är befogat att utnyttja inspelningarna uttömmande skulle en lista över exempel på situationer där det är godtagbart att utnyttja inspelningarna vara till hjälp. Formuleringen av bestämmelsen är dessutom mycket vag. Domstolen får ”vid behov” använda inspelningarna. Vid behov är ett alltför allmänt uttryck för att användas i en sådan här situation. Redan i det

¹⁵² RP 91/2002, 42 och LaUB 27/2002, 16–17.

¹⁵³ Niemi-Kiesiläinen 2003, 930.

¹⁵⁴ Se ovan stycke 6.5.3 och 8.3.2.

¹⁵⁵ Krooks och Snellmans avvikande åsikt i KB 2001:10.

skedet då reformen bereddes i kommittén ställde sig många skeptiskt till möjligheten att utnyttja inspelningar i någon högre grad.¹⁵⁶ Om hovrätten tvingas ty sig till inspelningarna borde det vara klart att det uppstått ett visst tvivel om att tingsrättens avgörande är riktigt. Dessutom borde det överlag finnas kriterier på när det är acceptabelt att utnyttja inspelningarna.¹⁵⁷ Parterna borde få veta om hovrätten lyssnat på inspelningen, eftersom det kan inverka på dess inställning under den senare handläggningen av målet. I praktiken används inspelningarna mycket sällan.

8.3.4 Sällning och muntliga förhandlingar

Den första punkten i paragrafen om sällning är största enskilda svårigheten tolkningsmässigt. Problemet är att sällningskriterierna bundits vid bestämmelsen om tilltron till bevisningen. Eftersom bestämmelsen om tilltron i RB 26:15 är mycket svår att tolka och dess innebörd i viss mån oklar är relationen mellan dessa två bestämmelser oklar. Problemen accentueras av lagutskottets betänkande i vilket finns många sådana kommentarer som inte förankrats i själva lagtexten och kan t.o.m. anses stå direkt i strid med lagtexten.¹⁵⁸

Innan jag går in för att diskutera hänvisningen till muntliga förhandlingar tar jag upp en annan intressant detalj. Bestämmelsen om sällning har formulerats på ett intressant sätt i det nya lagförslaget. I lagförslaget används nämligen termen förfarande om sällning. Man kan naturligtvis argumentera för att användningen av termen är en slump, endast ett sätt att uttrycka saken på, och därför saknar betydelse. Men jag anser att ordet förfarande befäster sällningens karaktär och beskriver – kanske till och med avslöja – hur lagstiftaren uppfattar sällningen.¹⁵⁹ Allt tyder i mitt tycke på att sällningen uppfattas som en preliminär, summarisk prövning av målet, ett förfarande som alla mål genomgår. I vissa fall är det summariska preliminära förfarandet mycket kortfattat eftersom frågan om sällning, eller främst frågan om att ta upp målet till full

¹⁵⁶ Se Krooks och Snellmans avvikande åsikt i KB 2001:10, där de dels tar upp problemet med att frågan inte diskuterats tillräckligt, dels frågan om när det finns fog för att utnyttja inspelningar. Lappalainen har i olika sammanhang upprepade gånger påpekat att hovrätten inte ska vara en instans som sysslar med att se på inspelningar gjorda i tingsrätten.

¹⁵⁷ Dessutom borde det vara helt klart att hovrätten inte får ta ställning till tilltron på basis av inspelningarna. Gränsen är mycket nära om hovrätten lyssnar på banden innan den fattat beslutet om att sälla målet. Se även Ekelöf – Boman 1992, 57, där det uttryckligen sägs att ”hovrätten icke får företa någon bevisvärdering på grundval av tingsrättens fonogram.”

¹⁵⁸ Se LaUB 27/2002, 7–8 och 15–16, samt Niemi-Kiesiläinen 2003, 937–938 och Jokela 2004, 524–525.

¹⁵⁹ Jag är inte säkert på om den här synen på sällningen var lagstiftarens ursprungliga avsikt med tanke på uttalanden som finns i RP 91/2002, 10 men med tanke på det som sagts i LaUB 27/2002, 6–7 är det i mitt tycke klart att lagstiftaren uppfattade sällningen på det här sättet. Se även RP 87/2005.

prövning, är klar. I andra fall kan det krävas lite mera arbete för att utreda frågan.

Vilket skulle då alternativet till den här synen vara? Jo, att målen skulle gå direkt till förberedelsen av det egentliga avgörandet i målet och att klart utsiktslösa mål skulle gallras bort under den egentliga förberedelsen. Skillnaden är att sällningen uppfattas som ett galler som alla mål ska passera, medan det andra alternativet är att endast de mål som ”råkar upptäckas” skulle gallras bort.

Det som talar emot min tolkning är att lagstiftaren talar om sällningen som en del av föreberedelsen i hovrätten.¹⁶⁰ Det här argumentet är inte så starkt som det först verkar, eftersom sällningen kan ses som den första delen av en två steg lång förberedelse, där man först tar ställning till sällning i ett summariskt förfarande och därefter inleder förberedelserna inför det egentliga avgörandet, vilket gäller främst de mål som inte sällas. Ur en sådan synvinkel är omfattar förberedelsen allt det som händer före föredragningen eller den muntliga förhandlingen. Följaktligen anser jag att ordet *förfarande* med rätt leder oss att tänka att sällning är ett preliminärt förfarande som alla mål genomgår på ett eller annat sätt.

Jag återgår till den problematiska hänvisningen till bestämmelsen om muntliga förhandlingar i mål som gäller tilltron till den muntliga bevisningen. Eftersom sällning innebär att målet avgörs i ett uteslutande skriftligt förfarande innebär det att mål i vilka en muntlig förhandling ska hållas enligt RB 26:14-16 inte kan sällas. I fall sådana mål sällades skulle rätten till en muntlig handläggning inskränkas. Det är oklart om lagstiftaren ansåg att införandet av bestämmelserna om sällning innebar att man ändrade på tolkningen av bestämmelsen om tilltrobevisning i RB 26:15. Problemet är att uttalandena i förarbetena, främst lagutskottets betänkande, delvis är motstridiga. Dessutom innehåller lagutskottets betänkande en massa information som inte direkt framgår ur själva lagtexten. Å ena sidan betyder man att avsikten inte var att ändra på vare sig innehållet eller tolkningen av tilltrosparagrafen. Å andra sidan vill man komma åt ”onödiga besvär”.¹⁶¹ Lagutskottet tänker att hovrätten trots allt kan ta ställning till den muntliga bevisningen endast på basis av skriftligt material, trots att detta i sig skulle innebära en ändring av den mycket stränga tolkningen av tilltrosparagrafen.¹⁶² Virolainen anser att man inte kunde ändra på tolkningen av tilltroreglerna utan att ändra på lagen och därför ansåg han att RB 26:2 punkt 1 skulle tolkas så att ett mål får sällas om det inte är fråga om tilltron till den muntliga bevisningen i underrätten eller partens påstående om fel i tingsrättens avgörande om tilltrobevisning inte har individualiserats tillräckligt.¹⁶³

¹⁶⁰ RP 87/2005, 13–14.

¹⁶¹ LaUB 27/2002, 15.

¹⁶² LaUB 27/2002, 15. Uttalandet är svårt att tolka eftersom det är oklart formulerat.

¹⁶³ Virolainen DL 2003, 972. Även Voutilainen (OHOI 3/2003, 11) är av samma åsikt.

Virolainens tolkning är den mest konsekventa med tanke på uttalandena i förarbetena och att tilltroparagrafen inte ändrades.¹⁶⁴ Med andra ord ska hovrätten enligt den här tolkningen pröva om utgången i målet beror på tilltron till muntlig bevisning. Om så fallet är så ska domstolen pröva om parterna framfört tillräckligt individualiserade påståenden om att den muntliga bevisningen värderats fel. Ett påstående om att en bevisperson ljög i tingsrätten räcker alltså inte.¹⁶⁵ Med tanke på att Niemi-Kiesiläinen och Jokela är av samma åsikt är det klart vad rättsdogmatiken anser om förhållandet mellan dessa två paragrafer.¹⁶⁶ De två senare lutade kanske mot en lite högre tröskel, men linjen är i stort den samma. Därtill har domare, såsom Liljenfeldt, Snellman,¹⁶⁷ och Möller¹⁶⁸, uttryckt likadana åsikter. De har dock alla lagt gränsen för hur pass mycket tilliten till tingsrättens bevisvärdering ska rubbas för att sällning ska undvikas i viss mån på olika höjd.

Det fanns dock även företrädare för en motsatt åsikt. Aki Rasilainen hörde till de kändaste i denna grupp.¹⁶⁹ Rasilainen menade att innebörden av RB 26:15 om ”obligatoriska” muntliga förhandlingar hade ändrats, så att man kunde sälla även sådana mål där det är fråga om tilltron till muntlig bevisning, trots att man då tog ställning till muntlig bevisning i ett skriftligt förfarande. Rasilainen anser nämligen att hovrätten endast bedömer om tingsrättens avgörande i bevisfrågan varit riktig, d.v.s. att den inte tar ställning till tilltron i bevisningen. Den här tolkningen var inte acceptabel eftersom den urvattnar hela idén bakom tilltron. Hur kan hovrätten ta ställning till om tingsrätten avgjort frågan om tilltro till muntlig bevisning utan att själv ta ställning till tilltron? Det är klart att hovrätten inte kan veta om tingsrätten avgjort tilltron rätt utan att först själva pröva vilken den riktiga utgången skulle ha varit. Däremot är det nog möjligt att förkasta ett yrkande på muntlig huvudförhandling på grund av att yrkandet inte är individualiserat, att grunden som angivits inte kan leda till den önskade slutsatsen eller att ingen grund angivits.

Högsta domstolen tog ställning till frågan. I punkt fyra i motiveringen till målet HD 2004:117 konstaterar Högsta domstolen följande:

Oikeudenkäymiskaaren 26 luvun 15 §:n mukaan hovioikeuden on toimitettava pääkäsittely sitä koskevasta vaatimuksesta riippumatta, jos asian ratkaiseminen riippuu käräjäoikeudessa vastaanotetun suullisen todistelun uskotta-

¹⁶⁴ Laukkanen (LM 2000, 1122–1123) anser dock att redan det faktum att hovrätten tar ställning till om tingsrättens avgörande av tilltron till muntlig bevisning har bestridits tillräckligt trovärdigt innebär att hovrätten tar ställning till tilltron.

¹⁶⁵ Virolainen DL 2003, 972.

¹⁶⁶ Niemi-Kiesiläinen 2003, 930–931 och Jokela 2004, 525.

¹⁶⁷ Liljenfeldt – Snellman JFT 2004, 437–438.

¹⁶⁸ Möller 2004, 488.

¹⁶⁹ Rasilainen DL 2004, 296–267 och 940–941. Se även Virolainens inslag i en polemik förd i Defensor Legis (DL 2004 484–485, 942–943 och 1161–1162).

vuudesta. Korkein oikeus toteaa, että seulontamenettelyn käyttöön ottamisella ei ole puututtu siihen periaatteeseen, että suullisen todistelun uskottavuutta ei voida arvioida uudelleen yksin kirjallisessa menettelyssä.¹⁷⁰

Samma dag avgjordes ett annat mål (HD 2004:116) i Högsta domstolen av andra justitieråd. Utgången i målet är densamma ävenom motiveringen är formulerad på ett helt annat sätt. I punkt 13 konstaterar HD följande:

Korkein oikeus toteaa, että jo sen arvioiminen, onko valituksessa esitetyn perusteella syytä epäillä käräjäoikeuden näyttöratkaisun oikeellisuutta merkitsee sitä, että todistelun uskottavuutta arvioitaisiin kirjallisen aineiston perusteella. Sanotun 15 §:n mukaisen pääkäsittelyn toimittamisvelvollisuuden kannalta ei ole merkitystä sillä, epäileekö hovioikeus valituksessa esitetyn perusteella käräjäoikeuden näytön arvioinnin oikeellisuutta vai ei. Mikäli käräjäoikeuden uskottavuudesta tekemä arviointi on riitautettu ja asian ratkaiseminen riippuu käräjäoikeudessa vastaanotetun suullisen todistelun uskottavuudesta, pääkäsittely on toimitettava riippumatta siitä, kuinka perustellusti käräjäoikeuden näytön uskottavuuden arviointia on pystytty horjuttamaan.¹⁷¹

Dessa mål visar klart och tydligt att den tolkning som Virolainen gjort var helt rätt. Högsta domstolens åsikter är väl grundade och riktiga, även om motiveringen i HD 2004:116 är ganska snårig. Flera nyare avgöranden visar att Högsta domstolens linje håller streck.¹⁷²

Följaktligen har frågan om förhållandet mellan sällning och tilltrobevisning i princip lösts och att den bästa lösningen vann. Sällning får alltså inte användas i första hand som ett instrument att kontrollera hovrätternas arbetsbörda eller som ett instrument för att begränsa huvudförhandlingen på ett otillbörligt sätt. Trots att frågan i princip lösts visar lagförslaget att frågan är långt ifrån avgjord.

¹⁷⁰ Fri översättning: Hovrätten ska ordna en muntlig förhandling enligt RB 26:15 då det är frågan om tilltron till muntlig bevisning. HD konstaterar att införandet av sällningen inte ändrade på principen att man inte kan värdera muntlig bevisning i ett skriftligt förfarande.

¹⁷¹ Fri översättning: Enligt HD innebär redan det att man tar ställning till om det finns någon orsak till att misstänka att tingsrätten avgjort bevisfrågan rätt att domstolen tar ställning till muntlig bevisning i ett skriftligt förfarande. Enligt RB 26:15 är det ingen skillnad om hovrätten på basis av det som framförts i besvaret misstänker att tingsrättens avgörande är felaktigt. Det räcker att bevisfrågan påstås ha blivit avgjord felaktigt och utgången i målet beror på tilltron till muntlig bevisning. En muntlig förhandling måste ordnas oberoende av hur grundligt man lyckats rubba tingsrättens avgörande av bevisfrågan.

¹⁷² Se HD 2005:11–13, 21–22, 30, 33, 46, 57–58.

8.3.5 ”Inte är oriktig”

Vid tolkningen av den andra punkten i bestämmelsen om när ett mål får sällas är den stora frågan vad uttrycket ”inte är oriktigt” betyder. Frågan är alltså när förfarandet eller avgörandet är oriktigt. Tolkningen av detta ord är inte särskilt lätt eftersom det kräver att man analyserar vad innebörden av ett korrekt avgörande är.

I det ursprungliga lagförslaget (RB 26.2a) fanns två olika versioner av hur hovrätten skulle bedöma ”riktigheten”, nämligen ”tingsrättens avgörande eller det förfarande som har iakttagits där är oriktigt” och ”det är klart att besvären inte kan leda till resultat”. Dessa två var motstridiga eftersom det finns en markant skillnad mellan dessa två formuleringar. Det faktum att dessa fanns intagna i olika moment av samma paragraf och att lagutskottet inte diskuterade vilken av dem som var den bättre, visar i mitt tycke att man inte insåg att skillnaden är viktig.

Ifall det i alla mål skulle finnas en enda rätt lösning eller ett enda rätt sätt att handlägga målet på, skulle det inte finnas någon skillnad mellan dessa två alternativ. Men vaga normer, gränsmarkerna mellan normer och den allt större prövningssmarginalen som givits domstolarna leder till att det inte alltid är möjligt att fastställa ett ”rätt” svar. Därmed kan man konstatera att de kriterier för sällning som lagutskottet uppställt i sitt betänkande¹⁷³ är problematiska, eftersom ett av kriterierna är att ”lagen har tillämpats fel och slutresultatet därför inte är riktigt”. När vi förkastat tanken om Dworkins domare Herkules J. och den enda rätta lösningen, vad ska vi då tycka att är ett felaktigt avgörande?¹⁷⁴ Därtill har domstolen ofta getts en viss prövningssmarginal.¹⁷⁵ Om vi inte kan fastslå att ett enda avgörande är riktigt hur ska vi då veta vad som är riktigt?

Det är möjligt att en hel grupp avgöranden är ”riktiga” på grund av den prövningssmarginal eller tolkningssmarginal som givits. Om ett mål är ett blivande prejudikat finns ingen rätt utgång och inget rätt sätt att handlägga målet på ännu, annars skulle ju hela idén bakom Högsta domstolen vara helt absurd. Termen ”inte kan leda till resultat” syftar på att hovrätten ska göra en bedömning av om den anser att skillnaden mellan tingsrättens avgörande, som i och för sig kan anses vara korrekt, och det avgörande hovrätten skulle komma till, sannolikt är så stor att den skulle ändra på avgörandet. Termen ”vara oriktigt” betyder att hovrätten endast prövar om tingsrättens avgörande är godtagbart, utan att pröva hur hovrätten själv skulle ha avgjort målet.

¹⁷³ LaUB 27/2002, 16.

¹⁷⁴ Dworkin har själv ändrat åsikt, och anser att det inte nödvändigtvis alltid finns ett rätt svar (Dworkin 1985, 119 ff.) Se även Niemi-Kiesiläinen 2003, 923.

¹⁷⁵ Se Stürner 2002, 202 ff. om ett ställningstagande om hur den högre instanserna borde hantera sådana frågor där domstolen givits en prövningssmarginal.

I rättslitteraturen har endast Niemi-Kiesiläinen noterat detta problem.¹⁷⁶ Hon konstaterar att ett avgörande som bygger på domstolens prövningsmarginal relativt sett kan vara felaktigt. Niemi-Kiesiläinen anser att en diskrepans mellan slutresultatet för tingsrättens och hovrättens prövning innebär att tingsrättens avgörande är felaktigt. Detta problem togs även upp i regeringens proposition där det står att hovrätten ska pröva om tingsrättens avgörande är godtagbart i sådana situationer där domstolen getts en viss prövningsmarginal.¹⁷⁷ I propositionen görs ingen skillnad mellan sådana fall där tingsrätten tillämpat samma stadgande som hovrätten skulle göra, men kommit till en annan slutsats och sådana fall där tingsrätten har tolkat att ett annat lagrum än det hovrätten anser ska tillämpas i målet. Niemi-Kiesiläinen gör däremot en skillnad mellan dessa två. Hon anser att bedömningen borde vara strängare då det är fråga om att instanserna är oense om vilket lagrum som ska tillämpas.¹⁷⁸ Denna bedömning är säkert helt riktigt, även om den kan leda till vissa gränsdragningsproblem i verkligheten.

En stor brist med den här bestämmelsen är att man inte har diskuterat hur stort felet ska vara för att hovrätten ska fästa uppmärksamhet vid det. Vissa fel kan vara närmast marginella medan andra fel kan vara större men ha en mycket liten betydelse i praktiken. Frågan är om hovrätterna ska blanda sig i tingsrättens avgörande i sådana fall då felet är marginellt och domstolarna getts en viss prövningsmarginal. En diskussion om vad man ska göra om felet bara är litet är viktig för att kunna styra hovrätternas verksamhet och ge dem riktlinjer för vilka mål som anses vara viktiga och vilka typer av frågor som anses vara de mest centrala. Med hjälp av resultatet av en sådan diskussion skulle det vara enklare att ta itu med diskussionen om att små, nästan obetydliga ändringar i tingsrätternas avgöranden kan leda till att tröskeln för att överklaga är mycket låg särskilt i straffrättsliga mål. Det verkar dock som små brister i motiveringen leder till att målet trots allt kan sällas.¹⁷⁹

8.3.6 Övriga grunder för sällning

Den tredje och sista punkten i bestämmelsen om sällning är att partens rättskydd kräver att målet tas upp till handläggning eller att saken till sin natur är sådan att den borde tas upp till handläggning. I praktiken är det fråga om två separata kriterier som bara nämns tillsammans. Det första kriteriet, d.v.s. parternas rättsskydd¹⁸⁰, beaktar målet ur parternas synvinkel, medan det andra krite-

¹⁷⁶ Niemi-Kiesiläinen 2003, 930.

¹⁷⁷ RP 91/2001, 27.

¹⁷⁸ Niemi-Kiesiläinen 2003, 930.

¹⁷⁹ Jokela 2004, 525.

¹⁸⁰ Virolainen (DL 2003, 969, fotnot 15) opponerar sig mot att man använder begreppet "rättsskydd", eftersom det är mycket vagt.

riet, d.v.s. målets natur, beaktar målet i ett allmänt perspektiv. På grund av att det finns två separata kriterier borde de skiljas från varandra. Den nya formuleringen av bestämmelsen innebar en viss förbättring i och med att kriteriet sakens betydelse för parterna skrevs ut i lagrummet.

För det första måste man alltid göra en individuell bedömning av när ett mål är av en mycket stor betydelse för en part.¹⁸¹ Som tumregel kunde man säga att om parten är en privatperson och målet gäller hans eller hennes bostad, arbetsplats, skuldsanering eller har ett betydande ekonomiskt värde i förhållande till partens (förmodade) inkomster och förmögenhet är det av stor betydelse för parten. Ändå anser jag inte att alla mål som gäller t.ex. hyra av bostadslägenhet ska kunna passera sällningen utan vidare. Kriterierna är närmast listade som exempel på sådana fakta som hovrätten bör fästa uppmärksamhet vid. När målet gäller partens bostad borde hovrätten alltså vara extra noggrann och beakta den tredje punkten aktivt. Familjerättsliga mål är ofta av stor betydelse, särskilt frågan om vårdnaden om barn. I fråga om juridiska personer är det mycket svårare att avgöra när målet har en stor betydelse för parten. Eftersom det kan vara svårt för hovrätten att veta om målet har en stor betydelse för parten bör parterna själva argumentera för detta i överklagandet.

Den andra synpunkten är att målet har en stor allmän betydelse. I lagutskottets betänkande talas endast om pilotmål, d.v.s. sådana mål som är den första i raden av liknande mål.¹⁸² Hovrätten bör tänka på att den kan förhindra att åtminstone en del av de övriga målen kommer upp i domstol genom att handlägga pilotmålet grundligt. Då vet parterna i de övriga målen vilken utgången sannolikt kommer att bli och handlar antagligen därefter. Också de tingsrätter där de efterföljande målen är anhängiga eller blir anhängiga vet hur de ska hantera målen.

Det intressanta är att den viktigaste kategorin av mål som lyder under den tredje punkten är prejudikat. Eftersom vi inte har språngöverklagande i Finland passerar alla prejudikat hovrätten. För att prejudikaten ska nå Högsta domstolen, och för att HD själv ska kunna bestämma vilka mål av alla potentiella prejudikat den vill handlägga borde hovrätterna vara ganska liberala i den här frågan. Det är förvånande att prejudikaten inte finns listade som en egen punkt, trots att man i propositionen diskuterar frågan om prejudikat.¹⁸³ I propositionen konstateras dessutom att om det inte finns ett prejudikat och tolkningen av en bestämmelse är oklar kan man inte fastställa vilken den riktiga utgången i målet skulle vara. Därför kan man inte heller fastställa om tingsrätten avgjort saken på rätt sätt.

¹⁸¹ I brottmål är det enklare att bedöma när det är fråga om ett mål som har en stor betydelse för parten. Man kan nämligen utnyttja straffskalan som ett mått på detta. Därför är det enklare att konstruera en regel som stadgar att vissa mål inte får sällas.

¹⁸² Se även Jokela 2005, 39.

¹⁸³ RP 91/2002, 27.

8.3.7 Avgörande om sällning

Avgörande om att sälla ett mål ska fattas av hovrätten i en normal sammansättning, d.v.s. i en tredomarsammansättning.¹⁸⁴ Beslutet måste vara enhälligt, vilket innebär att parternas rättsskydd är ganska starkt. Ett beslut om att målet inte sällas får fattas av en domare, eftersom beslutet inte äventyrar parternas rättsskydd.¹⁸⁵ Klaganden informeras dock inte på förhand om att målet sannolikt kommer att sällas, utan det kan komma som en överraskning. Motparten vet nödvändigtvis inte med säkerhet om att målet överklagats.

Beslutet om att sälla ett mål ska motiveras, eftersom grundlagen stadgar om rätten till att få ett motiverat avgörande. Däremot är motiveringen i praktiken en standardmotivering.¹⁸⁶ Vid Vasa hovrätt används följande standardmotivering och domslut:

Hovrätten konstaterar enhälligt att det är klart att huvudförhandling med stöd av 26 kapitel 15 § rättegångsbalken inte behöver hållas i saken. Tingsrättens avgörande eller det förfarande som iakttagits där är inte oriktigt. [Den klagandes] rättsskydd med beaktande av sakens natur förutsätter inte heller av någon annan orsak att behandlingen av besvären fortsätter.

[Den klagandes] besvär tas inte upp till vidare prövning. Tingsrättens avgörande förblir i kraft.

Ifall parten inte yrkat på att en muntlig förhandling ska hållas lämnas den första meningen i motiveringen bort. Detta är också smått problematiskt eftersom skillnaden mellan en kort standardmotivering och en total avsaknad av motive-ring är inte särskilt stor ur partens synvinkel, eftersom standardmotiveringen inte egentligen ger någon ledning om på vilka grunder målet sällats.¹⁸⁷

En genomgång av beslut om att sälla mål gjorda av Vasa hovrätt 1.1.–1.8.2004 verkar det som sällning skulle ske främst i sådana fall där det är fråga om enk-lare frågor¹⁸⁸ och biyrkanden, såsom rättegångskostnader. Även om klaganden bett att en muntlig huvudförhandling ska hållas har målen sällats bort i fall ing-

¹⁸⁴ Beslutet fattas normalt efter föredragning, men det är enligt Jokela (2004, 523) möjligt att fatta beslutet även direkt.

¹⁸⁵ RP 91/2002, 28–29.

¹⁸⁶ Se Krook JFT 2001, 655 om argument mot en standardmotiveringar. Se även Laukkanen – Liljenfeldt DL 1998, 956 och Lappalainen DL 1999, 419–420.

¹⁸⁷ Se även Bergholtz (1987, 364 ff.) för motiveringens samhällsfunktion, som är ett stort problem ur parternas synvinkel. Det största problemet är kanske ändå att en domare råkar ut för var-ken självkontroll eller extern kontroll och därmed kan ganska fritt sälla mål även på felaktiga grunder (se s. 379 ff.) Se även Norrman JFT 2004 *passim*.

¹⁸⁸ I straffrättsliga mål är det ofta fråga om straffmätning eller om att den åtalade i sig erkänner gärningen, men förnekar att det skulle vara fråga om en straffbar sådan. Därmed är det fråga en-dast om någon av de aktuella brottsbeskrivningarna passar in på gärningen eller om att ta ställ-ning till vilket det lämpliga straffet är.

et som tyder på att det handlar om tilltron till muntlig bevisning. Det är alltså fråga om ganska enkla frågor där domstolen snabbt kan fastställa att underrättens avgörande är riktigt. Dock verkar Vasa hovrätt tillämpa bestämmelserna mycket försiktigt i jämförelse med vissa andra hovrätter.

8.4 PROBLEM MED SÅLLNINGEN

8.4.1 Skiss över problemen

Ett försök att tolka bestämmelserna om sållning leder till att man märker att problemen med sållning är många och att de är komplicerade till sin karaktär. Jag har ovan granskat problemen med själva bestämmelserna och utformningen av dem. Nu finns det orsak att granska bakomliggande problem genom att analysera orsakerna bakom dem och följderna av dem.

Jag anser att man bakom alla problem relaterade till den andra instansen kan finna den spänning som orsakas av två motstridiga strävanden. Dels strävar man efter att minska hovrätternas arbetsbörda och behovet av att begränsa såväl antalet mål som handläggningen av dem, dels strävar man efter att ge medborgarna ett så bra rättsskydd som möjligt. Man kunde t.o.m. påstå att det handlar om två skilda diskurser där olika språk och olika intressen härskar. Dessa två motstridiga ”skolor” har sällan lyckats föra en meningsfull diskussion sinsemellan, varför det har blivit mycket svårt, om inte omöjligt, att hitta en utväg. För att hitta en tillfredsställande lösning är det viktigt att sträva efter att beakta båda synpunkterna och få förståelse för den andra ”skolans” åsikter.

De egentliga problemen med förfarandet i hovrätten i dag är tre. Det första problemet är att utgångsläget inte analyserats tillräckligt innan sållningen infördes. Därmed var utgångspunkten för utvecklingen av förfarandet vid hovrätterna dålig. Det andra problemet är av de problem som relaterar till att sållningen är bunden till bestämmelserna om muntlig handläggning, främst RB 26:15. Det tredje problemet är vad sållning egentligen innebär.

8.4.2 Bristfällig analys av utgångsläget

Utgångspunkten för att åstadkomma en förändring av genomgripande karaktär är att man noggrant analyserar utgångsläget. Man måste både utreda de underliggande problemen och granska vilka alternativa lösningar som finns tillhands. Sådana utredningar tar en relativt lång tid i anspråk och förutsätter ofta att man har ett tillräckligt täckande material till förfogande. Detta förutsätter i sin tur att man först låter domstolarna anpassa sig till det nya förfarandet och därefter

väntar ett tag tills man under en tillräckligt lång tid fått information om hur förändringen fungerar i praktiken.

Ganska snart efter det att de moderniserade bestämmelserna om förfarandet trätt ikraft år 1998 ansåg många att hovrätternas arbetsbörda ökat oroande mycket.¹⁸⁹ Därför skred man snabbt till lagstiftningsåtgärder. På grund av att man snabbt ville införa ändringar blev analysen av det gällande läget bristfällig. Enligt min åsikt blev fyra olika fenomen bristfälligt granskade. Dessa fyra fenomen är:

- a) Arbetet med att anpassa och utveckla arbetsmetoderna
- b) Fördelningen av och grunderna för muntliga förhandlingar
- c) Omfattningen av de muntliga förhandlingarna
- d) Skillnaden mellan tvistemål och brottmål

Om dessa fyra punkter hade analyserats noggrannare hade läget varit annorlunda och en annan lösning än sållning kunde ha varit resultatet.

Punkt a) tar fasta på att den omfattande reformen av rättegångsförfarandet under 1990-talet innebar en enorm omvälvning av hovrätternas arbete, vilket borde ha beaktats. Utgångspunkterna och grunderna för hovrättsförfarandet och delvis även hovrätternas arbete förändrades radikalt. För att det nya förfarandet skulle fungera krävdes att hovrätterna utvecklar nya arbetsmetoder och tar i bruk nya verktyg, t.ex. aktiv processledning. Enligt de slutsatser Haavisto har gjort tar det en lång tid att ändra på arbetssätten.¹⁹⁰ Därför finns det skäl att misstänka att en av orsakerna till problemen i hovrätterna är att man ännu inte utvecklat nya arbetssätt fullt ut.¹⁹¹ Det tar alltid tid att komma in i en ny kultur. Även parternas ombud och biträden behöver tid för att lära sig de nya arbetsmetoderna och inställningen till arbetet. Dessa problem minskar med tiden då hovrätterna, ombud, biträden och åklagarna småningom lärt sig utnyttja nya metoder. Problemen kan även åtgärdas med utbildning och informationsspridning. Av den här orsaken hade det varit skäl att ta *time out* i förberedelsen av lagstiftningen och i stället satsa resurser på utvecklingen av nya arbetsmetoder.

Diskussionen om behovet av att utveckla arbetsmetoder och kontinuerligt utbilda domare har under den senaste tiden tagits upp av flera domare, bl.a. Leif Sevón, Robert Liljenfeldt och Olavi Snellman.¹⁹² Lyckligtvis förbisågs den här

¹⁸⁹ Se t.ex. Melander DL 2005, 4–6.

¹⁹⁰ Haavisto 2002, 288–290, 294–295 och 302–304.

¹⁹¹ Eftersom muntliga behandlingar är ett relativt nytt fenomen på hovrättsnivå har fördelarna med muntligt förfarande inte ännu slagit igenom till alla delar. Problemet med nya arbetssätt är att de hovrätter där arbetsbördan är mindre har de bästa förutsättningarna för att göra olika experiment. Därmed har de hovrätter som mest skulle vara i behov av effektivisering de sämsta möjligheterna till utvecklingsarbete.

¹⁹² Sevón 2003, 9–10. Liljenfeldt – Snellman JFT 2004, 440–443. Liljenfeldt har också talat om att arbetsfördelningen mellan parterna och domstolen inte är tillfredsställande, eftersom domsto-

orsaken till problemen inte totalt, tvärtom konstaterade lagutskottet att även arbetsmetoderna bör utvecklas.¹⁹³ Därför pågår nu ett omfattande arbete med att utveckla hovrätternas verksamhet. Man borde under inga omständigheter låta den senaste reformen påverka detta arbete.

Punkt b) tar fasta på frågan i vilka mål muntliga handläggningar ordnas. I stället för att använda det mycket betänkliga begreppet ”onödiga” mål¹⁹⁴ borde man ha gjort en noggrannare analys av hur hovrätternas resurser styrs till olika typer av mål. Jag tycker att det är mycket betänkligt att använda ordet *ogrundat* (*turha* på finska) eftersom konnotationen är att parterna borde veta att överklagandet är utsiktslöst och att de därmed slösar domstolens och samhällets dyrbara och bristfälliga resurser. Utgångspunkten kan inte vara att en massa medborgare missbrukar samhällets resurser med vett och vilja. Den här tendensen har klart kommit fram i diskussionen om välfärdssamhället under den senaste tiden. I stället för att diskutera hur de existerande resurserna kunde användas så effektivt som möjligt förefaller man ibland ”jaga” en mycket marginell grupp av missbrukare. I fråga om hovrättsförfarandet är risken för ”missbruk” dessutom relativt liten eftersom kostnaderna för förfarandet är höga.¹⁹⁵ Däremot är problemet större inom straffprocessen, där den åtalade sällan betalar själva, och där hon eller han kan fördröja verkställigheten av straffet genom att överklaga. Om man inte har förbud mot att överklaga mål måste hovrätten följaktligen handlägga alla mål och kunna anpassa sina resurser efter målets utsikter, art och betydelse. Många ansåg att problemet egentligen var den höga andelen mål i vilka en muntlig förhandling enligt RB 26:15 måste ordnas. Om problemet var att hovrätten måste ordna en muntlig förhandling så fort någon påstår att värderingen av den muntliga bevisningen är felaktig utan att det krävs några grunder för påståendet, skulle det vara logiskt att man skulle höja på tröskeln till en muntlig förhandling. Det här alternativet förkastades i det senaste lagförslaget.

Det är också problematiskt att tala om muntliga förhandlingar som visar sig vara obefogade, ogrundade (*aiheeton* på finska).¹⁹⁶ Orsaken är att det är kännetecknande även för överprövning att hovrätten inte ändrar på tingsrättens avgörande i särskilt många mål. Ofta går det inte att kontrollera tingsrättens avgörande av sakfrågan på annat sätt än genom att ta upp målet till full prövning. Trots att hovrätten efter en full prövning kommer fram till att tingsrätten handlagt och avgjort målet korrekt kan prövningen ha varit helt befogad. Överlag

larna tolkar inlagorna och reder ut målet på parternas vägnar. Se Liljenfeldt – Rajalahti 2003, 290–293.

¹⁹³ LaUB 27/2002. 3 ff.

¹⁹⁴ Se RP 91/2002 under rubriken 1.3.

¹⁹⁵ En part som överklagat ”i onödan” betalar förutom sina egna kostnader även motpartens kostnader för hovrättens del. Eftersom rättegångskostnaderna är mycket höga kan man räkna med att hovrättsförfarandet kostar cirka 3 000 euro eller mera.

¹⁹⁶ RP 87/2005, 5.

finns det en viss kamp mellan dem som skulle vilja minimera antalet muntliga förhandlingar och dem som skulle vilja behålla nuläget eller t.o.m. öka andelen mål där muntliga förhandlingar hålls.

Punkt c) är i sin tur nära besläktad med punkt b). I mitt tycke analyserade man inte tillräckligt noggrant problemet med de muntliga förhandlingarna. Problemet är inte nödvändigtvis antalet muntliga förhandlingar eller den typ av mål som handläggs muntligt, utan innehållet i de muntliga förhandlingarna. Johanna Niemi-Kiesiläinen, som anmält avvikande åsikt till kommittébetänkande 2001:10, konstaterar att man borde utveckla den muntliga förhandlingen främst genom att överväga vilka bevissteman som ska tas upp på nytt, i stället för att införa sällning. Sakari Laukkanen förespråkar även en effektivare förberedelse av den muntliga förhandlingen.¹⁹⁷ Av dessa åsikter kan man se att problemen med de muntliga förhandlingarna inte analyserats fullt ut. Den i mitt tycke ålderdomliga synen på muntliga förhandlingar går fortfarande att spåra i den nyaste propositionen.¹⁹⁸

Problemet med att civilprocessen och straffprocessen inte skildes åt i analyserna aktualiseras i punkt d). I mitt tycke borde man ha analyserat problemen med dessa två processformer skilt för sig och först därefter tittat på om det finns behov för att införa skilda bestämmelser till någon del. Det verkar nämligen som om mindre brottmål skulle belasta hovrätterna mycket i form av muntliga förhandlingar som måste ordnas på grund av att tilltron till muntlig bevisning ifrågasatts. Den nyaste propositionen verkar nästan helt och hållet vara skriven med tanke på de problem som finns inom straffprocessen.¹⁹⁹ Då det därtill kan vara svårt att kalla in bevispersoner kan ett relativt litet mål belasta hovrätterna mycket. Problemen är knappast av samma omfattning inom civilprocessen där parterna tvingas stå för kostnaderna som förorsakas av en eventuell huvudförhandling. Det intressanta är att vi i Finland inte har olika bestämmelser om förfarandet i den andra instansen för brott- och tvistemål trots att bestämmelserna om förfarandet i brottmål för underrätternas del till stor del finns i Lagen om rättegång i brottmål. Endast genom hänvisningar till bestämmelserna om t.ex. förberedelsen i tingsrätten kommer skillnaden indirekt fram. Genom att skräddarsy även bestämmelserna om rättegången i hovrätten kunde man lösa problemen smidigare.

Resultatet av de bristfälliga analyserna av det gällande läget ledde också till att man inte granskade ett bredare spektrum av olika lösningar.²⁰⁰ Man kunde ha undersökt bl.a. hur arbetsmetoderna kunde utvecklas och hur hela förfarandet kunde utvecklas t.ex. i riktning mot allt fler muntliga handläggningar. I stället

¹⁹⁷ Laukkanen talar för ökad muntlighet i allmänhet i hovrätterna.

¹⁹⁸ RP 87/2005, 7–8.

¹⁹⁹ RP 87/2005, 5 och 13, där det endast talas om straffmål och åklagarväsendet

²⁰⁰ Se Niemi-Kiesiläinens avvikande åsikt till kom.bet 2001:10, där hon kritiserar betänkandet för att använda för tunga verktyg, som försämrar rättsskyddet, men inte är nyttiga.

fokuserade man främst på nackdelarna med muntlighet och lämnade fördelarna nästan helt i skymundan. En noggrannare analys av grundlagsutskottets utlåtande från år 1997 kunde ha givit en fingervisning om att utskottet kan godta många olika modeller för att begränsa tillgången till en full prövning i hovrätterna.²⁰¹

Då sällningen väl hade införts gjorde man förhastade slutsatser om sällningens inverkan på hovrätternas arbetsbörda. Av de cirka 12 700 mål som en eller båda parterna anhängiggjorde vid hovrätterna som andra instans år 2004 var endast cirka 25 %, eller drygt 3 100 stycken tvistemål.²⁰² Tingsrätterna handlade samma år 155 014 tvistemål varav endast 8 654 var andra än otvistiga summariska mål eller ansökningsärenden. Endast en dryg femtedel av dessa tvistemål underrätterna avgjorde landade hos hovrätterna. Skillnaderna mellan hovrätterna är stora.²⁰³

Sedan de nya bestämmelserna trädde ikraft 1.5.1998 har antalet muntliga förhandlingar vid hovrätterna ökat markant. År 2002 ordnades en muntlig huvudförhandling i cirka 28 % av målen, vilket är den högsta andelen någonsin. Som en följd av att sällningen infördes minskade andelen mål i vilka en muntlig handläggning ordnades till 21 % år 2004. Andelen ökade dock år 2005 till 25,9 % av alla mål.²⁰⁴ Minskningen var alltså markant, eftersom de muntliga handläggningarna minskade med en fjärdedel, men andelen tycks ha ökat igen. Andelen sällade mål var år 2004 21, 5 % av alla mål och år 2005 17,3 % av alla mål och 8,6 % av alla tvistemål, men skillnaderna mellan hovrätterna var mycket stora. I förhållande till föregående år hade andelen sällade mål sjunkit med cirka fyra procentenheter.²⁰⁵ Minskingen av andelen sällade mål och höjningen av andelen mål som handläggs muntligt kan ha ett samband med att HD satte tröskeln för sällning relativt högt i slutet av 2004, och att hovrätterna därefter varit tvungna att ändra sin praxis.

År 1998 var handläggningstiden för alla mål i genomsnitt 5,8 månader.²⁰⁶ År 2004 var den genomsnittliga handläggningstiden för 8,2 månader för alla mål och 10,2 månader för tvistemål. Ett år senare hade handläggningstiden för alla

²⁰¹ GrUU9/1997. Grundlagsutskottet konstaterar följande: [h]ovrättens avgörande med andledning av en ansökan om prövningstillstånd är följaktligen en prövning i sak. Detta är enligt utskottet tillräckligt för att tillgodose den till en rättvis rättegång hörande rätten ... att söka ändring." Däremot fäste man uppmärksamhet vid att avgörandet bör motiveras och att det bör framgå ur avgörandet att hovrätten prövat målet i sak. Lagutskottet har missförstått grundlagsutskottet då det ansåg att prövningstillståndet borde strykas, eftersom grundlagsutskottet närmast avsåg bristerna i benämning och kraven på motiveringen av avgörandet.

²⁰² Oikeusministeriön ja oikeuslaitoksen (TV 150) toimintakertomus 2004, 41.

²⁰³ Oikeusministeriön ja oikeuslaitoksen (TV 150) toimintakertomus 2004, 48.

²⁰⁴ Oikeusministeriön ja oikeuslaitoksen (TV 150) toimintakertomus 2004, 43, och Hovioikeus-tilastot 2005, työtilastot.

²⁰⁵ Melander DL 2005, 11–12 och Hovioikeus-tilastot 2005, työtilastot.

²⁰⁶ Kom.bet 2001:10, 10–11.

mål sjunkit till 7,9 månader, medan handläggningstiden för tvistemål höjts till 10,4 månader. Den genomsnittliga handläggningstiden vid hovrätterna varierar kraftigt, för tvistemål är variationen mellan 7,5 och 14,4 månader. För tvistemål som avgjordes efter en muntlig huvudförhandling var den genomsnittliga handläggningstiden 14,8 månader och för tvistemål som avgjordes efter föredragning 9,7 månader. Den genomsnittliga handläggningstiden för tvistemål som sållades var 2,4 månader. Skillnaden mellan hovrätterna är dock stor särskilt i fråga om mål som avgörs efter en muntlig handläggning. Sällningen inverkade så att den genomsnittliga handläggningstiden sjönk mellan år 2002 och 2005 med endast 0,8 månader, alltså cirka 3 veckor. Mål som sållas avgörs i snitt på 2–2,5 månader. För ansökningmål, alltså domstolsärenden, var handläggningstiderna betydligt kortare, ungefär 4–5 månader.²⁰⁷

Därmed har alltså sällningen inte egentligen förkortat den genomsnittliga handläggningstiden. Visserligen var handläggningstiden för 38 % av målen mindre än två månader, men handläggningstiderna för de mål som togs upp till fullprövning ökade till 8,8 månader för mål som handläggs skriftligt och till 13,1 månader för mål som handläggs muntligt. Därtill ökade andelen mål som varit anhängiga i över ett år till 30 %. Särskilt med tanke på att handläggningstiden för mål som togs upp till full prövning ökade betydligt är utvecklingen oroväckande. Det enda stora framsteget är att målbalansen minskade kraftigt under år 2004 från 9 365 mål till 7 865 mål.²⁰⁸

Det är problematiskt att handläggningstiderna och andelen mål som avgörs i muntlig förhandling ofta inte anges skilt beroende på om det är fråga om ett tvistemål eller ett brottmål. Om man tittar närmare på skillnaden mellan dessa två måltyper kan man se att vanliga tvistemål dröjde år 2003 cirka 2,5 månader längre i Vasa hovrätt än brottmål.²⁰⁹ Den genomsnittliga handläggningstiden har alltså ökat för tvistemål. Ökningen beror delvis på naturliga orsaker; att ordna en muntlig huvudförhandling tar en del tid, särskilt om domstolen bemödar sig om att hitta en tidpunkt som passar alla involverade. Samtidigt visar statistiken klart att det finns en skillnad mellan tvistemål och brottmål i fråga om handläggningstiderna. Man kan gott påstå att det stora problemet inte är handläggningstiderna i sig, utan närmast de stora skillnaderna mellan olika hovrätter.²¹⁰

²⁰⁷ Oikeusministeriön ja oikeuslaitoksen (TV 150) toimintakertomus 2004, 41, och Hovioikeus-tilastot 2005, käsittelyajat.

²⁰⁸ Oikeusministeriön ja oikeuslaitoksen (TV 150) toimintakertomus 2004, 42.

²⁰⁹ Se Vasa hovrätt verksamhetsberättelse 2003, bilaga 4. Med tanke på att den genomsnittliga handläggningstiden för brottmål är 7 månader 9 dagar och för vanliga tvistemål 9 månader 22 dagar, är handläggningstiden för tvistemål en tredjedel längre.

²¹⁰ I Finland diskuteras inte målbalansen på samma sätt som i Sverige. Målbalansen är ett viktigt instrument för att mäta hur hovrätterna klarar av arbetsbördan.

8.4.3 Sällning och muntliga förhandlingar

Sällningen infördes bland annat för att råda bot på problemen med de muntliga förhandlingarna. På den här punkten har sällningen varit misslyckad eftersom förhållandet mellan sällning och muntliga förhandlingar är oklart. Jag har diskuterat ovan i stycke 8.3.4. det mycket problematiska förhållandet mellan muntliga förhandlingar och sällning.

Om problemet var att de muntliga förhandlingarna ofta är för ostrukturerade och omfattande borde lagstiftaren ha infört en ny bestämmelse om utformningen av den muntliga förhandlingen och förberedelsen av den. En sådan ny bestämmelse skulle tydligt ha visat att man vill ändra på förloppet och utformningen av huvudförhandlingen. Då man strävade efter att bevisföringen under den muntliga förhandlingen skulle koncentreras på stridiga bevisteman borde man ha valt att satsa på förberedelsen och en aktiv processledning.

Sällning var inte rätt metod att lösa dessa problem, eftersom den inte ändrade på bestämmelserna om muntliga förhandlingar. Den kan aldrig heller åtminstone annat än mycket indirekt inverka på förloppet av muntliga förhandlingar. Sällningen är definitivt inte heller patentröslösningen på att koncentrera hovrätternas resurser till centrala frågor. Samtidigt kan det finnas ett visst behov för att gallra bort vissa delar av mål, men då måste det vara fråga om urskiljbara delar. Den svenska lagstiftaren anser att det inte bör ”vara tillåtet att meddela [partiellt] prövningstillstånd om frågan kan påverka den överklagade domen i övrigt, d.v.s. kan påverka sådan del av målet eller sådan fråga i målet som inte omfattas av prövningstillståndet”.²¹¹ Det kan vara mycket svårt att överblicka konsekvenserna av olika utgångar i målet, varför man bör inta en restriktiv ställning. Detta håller streck även för sällning. Om hovrätten anser att ett visst bevisstema inte är relevant och därför sällar bort det, blir det problem om det senare visar sig att bevisstemat trots allt är relevant eftersom återupptagningen av den muntliga bevisningen i hovrätten pekar på att fakta i målet bör omvärderas.

Det är i mitt tycke inte möjligt att genom en ändring av bestämmelsen om sällning åtgärda problemet med att tröskeln till muntliga förhandlingar uppfattades som alltför låg. Om man vill höja tröskeln för att ordna muntliga förhandlingar borde man logiskt sett ändra på bestämmelserna om muntliga förhandlingar, alltså RB 26:14 och 15. Då kunde det bli klarare när en muntlig förhandling måste ordnas i allmänhet och särskilt i de fall som gäller värdering av muntlig bevisning. På basis av reaktionerna på HD:s avgöranden om sällning är det tydligt att många trott att bestämmelsen om sällning höjt tröskeln på tillgången till en muntlig handläggning och att det därmed går att ändra så radikalt på tolkningen av ett lagrum genom att ändra på ett annat lagrum.²¹² Om man vill

²¹¹ SOU 1995:124, 189.

²¹² Se t.ex. Melander DL 2005, 8.

ändra radikalt på tillgången till muntliga förhandlingar måste man antingen avstå från principen om bevisomedelbarhet och principen om bästa möjliga bevismaterial så att det blir möjligt att avgöra muntlig bevisning i ett skriftligt förfarande. Eftersom detta skulle stå i strid med EMRK är det inte ett reellt alternativ. Det andra alternativet är att höja tröskeln för hovrätterna att ta upp muntlig bevisning på nytt, alltså att göra ändringar i tilltroparagrafen RB 26:15. I stället borde man säga ärligt att man vill ha en skild, högre tröskel för bevisfrågor och en annan tröskel för övriga frågor.

De kraftigt divergerande åsikterna om behovet av muntliga förhandlingar, d.v.s. andelen mål i vilka en muntlig huvudförhandling borde ordnas, har inverkat på de ovannämnda problemen. Orsakerna till varför muntliga förhandlingar bör ordnas och de muntliga förhandlingarnas givna plats i den andra instansen har ännu inte slagit rot bland alla medlemmar i juristkåren. Då det inte finns någon klar bild av varför muntliga förhandlingar behövs och då det råder delade åsikter om ifall man bör öka eller minska andelen mål som handläggs muntligt är det närmast omöjligt att nå en diskussion kring om de gällande bestämmelserna och den nuvarande praxisen är tillfredsställande. Detta syns också i att tanken om att hovrätten kan ta ställning till den muntliga bevisningen genom att läsa ett referat i tingsrättens protokoll eller dom fortfarande har ett ganska starkt fotfäste.

8.4.4 Innebörden av sällning

Eftersom sällning är en dålig kompromiss mellan motstridiga intressen är dess karaktär och innebörden av den mycket oklar. Kunde man då säga att sällningen är ett slags prövningstillstånd? Det finns vissa indicier på att man ville införa prövningstillstånd enligt svensk modell, och därmed enligt den modell som föreslogs år 1997, men utan att göra skillnad mellan rättsfrågor och sakfrågor.²¹³ Den senaste propositionen verkar genomsyras av uppfattningen om sällningen som något som i stort sett har samma karaktär och fungerar som ett generellt prövningstillstånd. Eftersom det dock verkade som om prövningstillståndet som sådant och särskilt under namnet prövningstillstånd inte skulle gå igenom modifierade man förslaget. Från Norge fick man en idé om en lämplig benämning, alltså *silning*. Problemet med att man införde begreppet sällning och andra eufemismer såsom ”beslut om handläggningsordning” i propositionen ledde till att man aldrig diskuterade vad sällning egentligen innebär och vad

²¹³ Enligt Vaitoja (LM 2002), finns det orsaker att misstänka att sällningsförfarandet endast är en modifikation av förslaget om besvärstillstånd. Han hävdar att man inte ska överdriva de principiella skillnaderna mellan systemet med besvärstillstånd som riksdagen förkastade och det förfarande som gäller nu.

fördelarna och nackdelarna med sällning är och sällningens förhållande till övriga delar av rättegången. Eufemismerna kan ses både som ett marknadsföringstrick och som ett bevis på sällningens oklara innebörd.

Sällningen är visserligen på sätt och vis lite som ett prövningstillstånd eftersom den spärrar tillgången till den andra instansen. Men den kan inte ses som ett traditionellt prövningstillstånd eftersom den fungerar ”omvänt”, alltså så att utgångspunkten är att målet inte sällas, och eftersom samma domare sköter målet från början till slut. Samtidigt är ändå beteckningen beslut om handläggningsordning vilseledande, eftersom ett beslut att sälla ett mål är ett avgörande som avslutar handläggningen av målet. Precis som ett beslut att inte meddela prövningstillstånd betyder att man med ett processuellt avgörande som bygger på en materiell prövning av målet avslutar handläggningen, utgör sällningen ett processuellt beslut att avsluta handläggningen av målet. Man kan alltså säga att sällningen nästan är en form av prövningstillstånd, alltså en ”lätt version” av prövningstillstånd, men är ändå inte det.

På grund av att sällning nästan är ett prövningstillstånd var risken för att den skulle innebära ökad byråkrati vid hovrätterna överhängande. Om arbetsprocesserna inte fungerar så bra finns det en risk för dubbelt arbete, då målet först provas inom ramarna för sällning, medan resten av handläggningen kan ske betydligt senare. Det finns också en viss risk för att hovrätten använder spärren till att reglera sin arbetsbörda på ett otillbörligt sätt.²¹⁴

Sällningen marknadsfördes med att det innebär ett beslut om handläggningsordningen och därmed ökad flexibilitet. Men förfarandet i hovrätterna var redan flexibelt innan sällningen infördes. Orsaken var att då ett utsiktslöst mål påträffades kunde målet avgöras snabbt vid en föredragning. Hovrätterna använde ofta en ganska standardiserad motivering vars kärna var att hovrätten konstaterade att det inte fanns någon orsak att ändra på underrättens avgörande. I praktiken var skillnaden till det kvasimotiverade sällningsavgörandet mycket liten. Den här typen av domslut har förlorat sin ställning eftersom målen numera sällas. Ur parternas synvinkel vad det tidigare förfarandet bättre, eftersom det då framkom klart och tydligt att hovrätten efter att ha prövat målet kommit fram till att tingsrättens avgörande och det förfarande som iakttagits där är korrekt. Den standardmotivering som används inom sällningen ger däremot en bild av att hovrätten inte prövat målet, vilket alltså inte stämmer. Detta är fallet trots att grundlagsutskottet år 1997 uttryckligen förutsatte att en gallringsmekanism fungerar så att medborgarna får en klar bild av att målet prövats i sak och att avgörandet motiveras.²¹⁵ Den standardmotivering som används i de mål som sällas består i dag i enlighet med lagutskottets mening av ”avslagskriterierna i

²¹⁴ Den svenska lagstiftaren har dryftat saken i SOU 1995:124, 179–181.

²¹⁵ GrUU 9/1997, 2.

lagen med tillägget att tingsrättens avgörande förblir i kraft”.²¹⁶ Därmed uppfylls alltså minimikravet, men någon egentlig motivering är det inte fråga om. Misstankarna om att sällningen inte innebär någon märkbar besparing av resurser besannades.²¹⁷

I ljuset av dessa två synpunkter är det klart att sällning egentligen inte innebär någon större möjlighet än tidigare att gallra bland målen. I jämförelse med det tidigare läget är skillnaden ur hovrätternas synvinkel minimal, men ur medborgarsynvinkel är sällning något som minskar rättssäkerheten och antagligen även tilliten till domstolarna.

Sist och slutligen kan man konstatera att sällning verkar vara ett materiellt avgörande som klätts i skruden av ett processuellt avgörande. Domstolen tar alltså ställning till om avgörandet i målet är materiellt korrekt, man gör alltså egentligen ett materiellt avgörande. Själva avgörandet är dock formellt sett ett processuellt beslut – inte en dom. Skillnaden mellan ett materiellt och ett processuellt avgörande är i många fall hårfin, syns i de fall överklaganden överklagar hovrättens beslut till HD. Eftersom det är fråga om ett beslut, alltså ett processuellt avgörande, får HD inte avgöra målet själv, utan måste återförvisa det till hovrätten för ny handläggning. Detta är fallet även om en muntlig handläggning av målet inte är aktuell.²¹⁸ Om målet däremot hade avgjorts på ett traditionellt sätt i ett skriftligt förfarande skulle HD kunna avgöra målet själv, varvid såväl parterna som domstolsväsendet skulle spara både tid och pengar. Detta innebär att medborgarnas rättsskydd är sämre än tidigare.

Efter att jag har listat en hel del problem med sällningen kan man fråga sig om den överhuvudtaget innebar några fördelar. Enligt min åsikt är den enda betydelsefulla fördelen att klart utsiktslösa mål kan avgöras genast. Därmed innebär sällningen en ändring av grundantagandet i bestämmelsen i HovRF 14 § om att målen ska handläggas i den ordning de blivit anhängiga. I stället för att ligga och vänta på sin tur kan dessa mål avgöras fort. Därmed är handläggningstiderna för mål som sällas korta, i snitt mellan 1,5 och 2,6 månader i jämförelse med 5,9–12,0 månader för mål som handläggs i ett skriftligt förfarande.²¹⁹ Det verkar också som om hovrätterna hade minskat på andelen mål i vilka marginella korrigeringar, t.ex. tillägg till motiveringarna, görs.²²⁰ Sådana ändringar har ti-

²¹⁶ LaUB 27/2002, 8.

²¹⁷ Se Vaitoja LM 2002, 764 ff. och Leena Innanens och Johanna Niemi-Kiesiläinens avvikande åsikter om KB 2001:10. Se även Norrman JFT 2004 *passim*.

²¹⁸ Se HD 2005:22 som gällde tolkningen av en generalklausul. HD konstaterade att det inte var klart vilken utgången i målet skulle vara och återförvisade målet. Justitieråd Tulokas var ense med övriga ledamöter om utgången av målet men konstaterade därtill att tillämpningen av generalklausuler är såpass komplicerad att hovrätten alltid måste ta upp sådana mål till full prövning.

²¹⁹ Melander DL 2005, 11.

²²⁰ Melander DL 2005, 11–12.

digare antagligen bidragit till att sänka tröskeln för att överklaga.²²¹ Dessa relativt små förändringar hade man dock kunnat åstadkomma på andra sätt än genom att införa sällning.

8.5 FÖRSLAGET ATT ÄNDRA SÅLLNINGEN

Justitieministeriet tillsatte en utredningsman för att reda ut vilka alternativ det fanns att ändra bestämmelserna om sällning tre dagar efter det att Högst Domstolen hade avgjort de första målen om sällning. Utredningsmannens förslag utvecklades till ett lagförslag, som behandlas i riksdagen. Utgångspunkten för reformförslaget är att Högsta Domstolens tolkning av bestämmelsen om sällning och dess förhållande till bestämmelsen om tilltrobevisning inte är i linje med lagstiftarens avsikt. Eftersom Högst Domstolens tolkning av bestämmelserna om sällning leder till att mål i vilka värderingen av den muntliga bevisningen överklagas inte kan sällas.

Det finns tre problem med innehållet i propositionen. För det första utgår man i såväl propositionen som dess förarbeten från en ”tillitsprincip” som utredningsman Huopaniemi konstruerat. Hittills har ”tillitsprincipen” avsett att hovrätten bör lägga underrättens avgörande om bevisfrågan till grund för sitt avgörande endast om bevisfrågorna inte överklagats eller om det finns något stort hinder för att ta upp bevisningen på nytt. Enligt förarbetena till lagförslaget innebär tillitsprincipen däremot att hovrätten bör lita på tingsrättens avgörande om bevisfrågorna.²²² Endast om avgörandet är klart felaktigt eller orimligt, eller om överklaganden lyckats rubba förtroendet till avgörandet på ett grundligt sätt skulle hovrätten inte få utgå från att tingsrättens avgörande är riktigt. Förarbeten utgår också från att det var klart att sällningen även skulle omfatta mål som gäller tilltron till bevisningen. Därtill anser lagstiftaren att riksdagen, inklusive grundlagsutskottet, skulle ha gett sitt godkännande till en sådan tolkning.

Högsta Domstolen har i sitt utlåtande klart visat att den inte anser att det finns någon ”tillitsprincip” åtminstone med det innehållet som avses i utredningen.²²³ Det är enligt HD mycket problematiskt att avgöra om tingsrättens avgörande är riktigt eftersom hovrätten vid sällningen har ett bristfälligt material till sitt förfogande. Materialet är speciellt bristfälligt i fråga om muntlig bevisning. Förslaget skulle innebära att man frångår doktrinen om tilltro.

På den här punkten är det lätt att hålla med om Högsta Domstolens utlåtande. Vårt domstolssystem baserar sig på en modell där hovrätterna väntas åtmins-

²²¹ RP 91/2002, 7.

²²² Lausuntoja ja selvityksiä 2005:1.

²²³ Lausunto selvitysmiehen mietinnöstä.

tone *överpröva* alla mål, vilket betyder att de borde ta upp alla mål där förfarandet eller avgörandet är felaktigt eller misstänks vara felaktigt, och sådana fall där ett påstått fel inte kan undersökas tillräckligt utan en mera ingående prövning av målet. Hovrättens uppgift är att kontrollera tingsrätternas verksamhet genom att ta ställning till om tingsrätten avgjort målet på rätt sätt till den del och på de grunder målet överklagats. För det andra bygger vår civilprocess och även straffprocess på trillingprinciperna muntlighet, omedelbarhet och koncentration. Omedelbarhetsprincipen omfattar principen om bevisomedelbarhet, vilket betyder att hovrätten inte kan ta ställning till muntlig bevisning på andra sätt än genom att själv ta upp bevisningen på nytt.

Problemet med förslaget är i mitt tycke att man inte borde utgå från att tingsrättens avgörande är korrekt såsom den föreslagna lagtextens ordalydelse verkar förutsätta, utan granska tingsrättens avgörande i ljuset av de argument och omständigheter som framförts i överklagandet. Därtill borde hovrätten beakta att det inte långtifrån alltid är möjligt överhuvudtaget ta ställning till värdering av muntlig bevisning på basis av skriftligt material.

Orsaken till att man valt att använda formuleringen ”*voidaan... luottaa*” är att lagstiftaren tagit miste på tillitsprincipens innebörd. Tillitsprincipen finns till för de fall där hovrätten av någon orsak *inte* kan ta uppta bevisningen på nytt. Låt oss säga att värderingen av ett nyckelvittnes utsaga överklagas, men nyckelvittnet dött. I ett sådant fall kan tilltron till nyckelvittnets utsaga inte prövas i hovrätten, eftersom nyckelvittnet inte kan kallas in för ett nytt förhör. Då får hovrätten enligt tillitsprincipen inte ändra på tingsrättens värdering av utsagan. Endast om det finns vägande, alltså mycket starka, skäl kan hovrätten ge utsagan ett annat värde.²²⁴

Det andra problemet är att förhållandet mellan bestämmelserna om sällning och bestämmelserna om muntliga förhandlingar inte skulle bli klarare. I praktiken skulle lagförslaget innebära att kriterierna för sällning även i detta fall framgick ur RB 26:15, vilket enligt förarbetena vore ologiskt.²²⁵ Problemet är nämligen att man fortfarande inte kan ändra på tolkningen av bestämmelserna om tilltro genom att ändra på ett annat lagrum. Om man vill ändra på tillgången till den muntliga förhandlingen måste man ändra på bestämmelserna om tillgången till muntlig förhandlingar i RB 26:14-16, och då särskilt bestämmelsen om tilltro i RB 26:15.

De föreslagna bestämmelserna skulle innebära att tröskeln för att sälla mål skulle sänkas något. Det skulle inte längre räcka med ett ”rent” påstående om fel i bevisvärderingen. För att undvika sällning borde ett rimligt tvivel om att

²²⁴ Se Lindell 2003, 357.

²²⁵ RP 87/2005, 7–9. Detta ställe i propositionen har tillkommit som ett svar på de kommentarer som Juha Lappalainen och Jyrki Virolainen gav under beredningen. Enligt lagstiftaren talar även den synpunkten att ett sådant förfarande leder till att sällningströskeln är olika för rättsfrågor och sakfrågor. Den här argumentationen är inte hållbar, såsom jag visat ovan.

tingsrättens avgörande är riktigt uppstå.²²⁶ Lagförslaget är problematiskt också för att man försöker höja tröskeln till en muntlig förhandling enligt RB 26:15 genom att ändra på en annan bestämmelse. Lagstiftaren verkar sträva efter att minska antalet muntliga förhandlingar genom att säga att tilliten till tingsrättens avgörande av sakfrågan måste rubbas för att vägen till en muntlig förhandling ska öppnas. Detta i sin tur leder till att det finns två olika trösklar för att nå en muntlig förhandling, den högre tröskeln tillämpas i sällningsförfarandet och den lägre i det förfarande som följer därefter. Om man förbiser att detta är ett mycket betänkligt sätt att stifta lagar på, kan man fortfarande säga att den här vägen även i övrigt är mycket betänklig. Problemet är nämligen den Europeiska mänskorättskonventionens krav på muntliga handläggningar i mål där kärnan av bevisningen utgörs av muntlig bevisning. I sådana mål måste den andra instansen ordna en muntlig handläggning om sakfrågan överklagats. I vissa mål kan mänskorättskonventionen leda till att en muntlig förhandling borde ordnas. Av den här orsaken kan hovrätterna inte totalt förbise 14 och 15 §§ då de tillämpar 2 §, vilket betyder att den nya tillitsprincipen fått stöd i lagen.²²⁷

Även det exempel som finns i regeringens proposition är problematiskt.²²⁸ Utgången i bedömningen av frågan om ett förnyat förhör behövs borde nämligen bero på vilken ställning den utsaga vars värdering överklagats har i förhållande till annan bevisning om samma tema. Om värderingen av nyckelvitnets berättelse överklagas borde hovrätten ha en mycket hög tröskel att sälla målet. Om det däremot är fråga om en bevisperson som är mindre central antingen i förhållande till annan muntlig bevisning eller till skriftlig bevisning är situationen en annan. Detsamma gäller om en sakkunnig såväl gett ett skriftligt utlåtande som hörts i tingsrätten. Om det inte kommit fram något väsentligt nytt under förhöret kan tröskeln vara högre att kalla in den sakkunniga till den muntliga förhandlingen i hovrätten. Det exempel som nämns i förarbeten till reformen av sällning är inte särskilt bra eftersom det tar fasta på ett fall där tilltron till nyckelvitnet ifrågasatts.²²⁹ I sådana situationer är tröskeln för sällning mycket hög. Det skulle vara mycket viktigare att tala om de situationer där parternas egna utsagor har spelat en central roll och situationer som gäller tilltron till mindre centrala bevispersoner. I dessa fall är det viktigt att se till helheten i fråga om bevisningen kring det aktuella temat. Så som exemplet är skrivet är det nära till hands att tänka att bestämmelsen främst gäller nyckelvitnen.

Det tredje problemet är att det är mycket problematiskt att utvidga möjligheterna att sälla mål eftersom det leder till att rätten att överklaga *de facto* begränsas. Särskilt om överklaganden måste visa att avgörandet sannolikt är felaktigt

²²⁶ RP 87/2005, 11–13.

²²⁷ Virolainen DL 2005, 600.

²²⁸ RP 87/2005, 12–13.

²²⁹ RP 87/2005, 12.

betyder det att tillgången till den andra instansen begränsas avsevärt. Detta innebär även att sällningen blir ett slags generellt prövningstillstånd, där grunderna för att beviljas prövningstillstånd är stränga.

Den föreslagna ändringen av bestämmelserna om sällning skulle ha fatala konsekvenser eftersom tillgången till den andra instansen skulle begränsas avsevärt. Den skulle också leda till att omedelbarheten och muntligheten i den andra instansen skulle minskas ytterligare. Hovrätternas position och uppgift i domstolssystemet skulle ändras, de skulle börja närma sig Högsta Domstolen. En sådan här utveckling är inte önskvärd och strider antagligen mot grundlagen. Därtill skulle Finland antagligen bli prickad i Mänskorättsdomstolen. Av dessa orsaker anser jag att den här modellen inte går att använda ens i modifierad form. Därför tar jag inte mera upp lagförslaget i den här avhandlingen.

Lagförslaget blottar även problemen med att bestämmelserna om sällning inte genomgått en noggrann beredning. Förslaget tillkom i en ännu snabbare ordning än själva sällningen tillkommit och därtill uttryckligen mot bland annat Högsta domstolens vilja. I mitt tycke saknades nästan totalt en analys av grunden till problemen och av alternativa följder. Utredningsmannen som tillsattes tre dagar efter att HD publicerat avgörandena 2004:116 och 117 gjorde en ensidig, ganska bristfällig analys av situationen och av de olika lösningsalternativen. Därför är även lagförslaget mycket problematiskt.

Då sällningen från början är hafsigt gjord och bygger på bristfälliga och alltför snabbt gjorda förberedelser går det inte att rätta till felen i en handvändning. Bildligt sagt kunde man jämföra sällningen med ett slarvigt byggt ruckel som man nu snabbt och billigt försöker förvandla till ett ståtligt hus. I mitt tycke är sällningen en så pass misslyckad konstruktion att det inte går att reparera den, istället måste man börja om från början. Det senaste lagförslaget visar i sin klarhet att den enda utvägen är att helt och hållet ändra på sällningen eftersom möjligheterna förbättra sällningen har visat sig vara närmast obefintliga.

8.6 HOVRÄTTSPROCESSEN I LJUSET AV GRUNDPELARNA

8.6.1 Funktionerna och hovrättsförfarandet

Hur väl uppfyller de gällande bestämmelserna civilprocessens och den andra instansens funktioner? Det är ganska entydigt att hovrätten uppfyller civilprocessens allmänna funktioner väl. Konfliktlösningen har visserligen inte en särskilt framträdande roll, men i övrigt är förfarandet som helhet ganska oproblemiskt. För sällningens del aktualiseras närmast tvistlösning och handlingsdirigering. Man kunde tänka sig att sällningen inverkar positivt på handlingsdirigeringen, eftersom tröskeln för att överklaga i syfte att fördröja verkställigheten

av domen minskar då beslutet om att sälla målet fattas inom ett par månader. Däremot kan man tänka sig att sällningen inverkar negativt på tvistlösningen. Orsaken är att standardmotiveringen i mål som sällas är att ”hovrätten tar inte upp målet till närmare prövning.” Parterna får alltså en bild av att hovrätten inte prövat målet. Tidigare konstaterade hovrätten i standardmotiveringen för utsiktslösa mål att den finner att det inte finns någon orsak att ändra tingsrättens dom. Då fick parterna en klar bild av att två instanser tycker exakt lika, medan de nu får en bild av att hovrätten inte har prövat målet. Detta kan eventuellt inverka på parternas uppfattning om hur bra lösningen på tvisten är.

Om man ser på de gällande bestämmelserna i ljuset av hovrätternas funktion i domstolssystemet kan man se ett problem. Ibland innebär särskilt den muntliga förhandlingen fortfarande mera omprövning än överprövning. Man tar alltså en ny runda i hovrätten i stället för att koncentrera förfarandet på de delar som överklagats. Den nya innebörden av sällning kan leda till att hovrätternas kontrollfunktion, alltså deras mest centrala funktion i domstolsväsendet, minskar i betydelse i fråga om kontrollen av sakfrågorna. Detta skulle vara en fatal följd, eftersom man i värsta fall *de facto* skulle minska kontrollen och därmed tillgången till den andra instansen i sakfrågor, utan att detta skulle ha skett genom uttrycklig lagstiftning.

8.6.2 Principerna och hovrättsförfarandet

Hovrättsförfarandets förhållande till de civilprocessrättsliga principerna är mera komplicerat än förhållandet till funktionerna. Ett problem med sällning är att motparten till den som överklagat inte nödvändigtvis får information om att målet överklagats innan hovrätten fattar beslut om att sälla målet. Detta beror på att man inte hos oss skiljer mellan att informera parten och att be honom eller henne svara på motpartens yrkanden. Parten måste alltså själv aktivt följa med vad den andra parten i målet gör. Genom att skicka överklagandet till kännedom för motparten skulle principen om en juste rättegång förverkligas eftersom parten skulle kunna förhålla sig passivt fram till dess hon eller han får information från domstolen. Även det faktum att det är möjligt att sälla ett mål i vilket skede av förberedelsen som helst inverkar negativt på möjligheterna till en juste rättegång. Om målet sällas i ett relativt sent skede av handläggningen finns det en stor risk att rättegången upplevs som ojuste.

Sällningen är också problematisk i förhållande till principen om rätten att driva sin talan. Orsaken är att domstolen inte kommunicerar det sannolikt kommande beslutet om att sälla målet till den som överklagat. Beslutet om att sälla målet kan alltså komma som en kalldusch, eftersom överklaganden inte blivit varnad på förhand. I praktiskt taget alla andra delar av förfarandet har domstolen en skyldighet att vid behov vägleda parterna och bereda dem en möjlighet

att utveckla sin talan. Eftersom sällningen inte uppfattas som ett prövningstillstånd är detta ett problem, annars skulle det nämligen vara klart att parterna borde "ansöka" om prövningstillstånd på ett eller annat sätt. I praktiken används dock biträden vilket gör att alla känner till sällningen. Beslutet kan dock ändå komma som en överraskning fast man i överklagandet argumenterat mot sällning.

Vissa av de tolkningsrekommendationer som framförts i rättslitteraturen och förarbetena om behovet av en muntlig förhandling är inte förenliga med principerna om rätten att driva sin talan och om en juste rättegång. I uttalandena framkommer nämligen tydligt en tanke om att personer i vissa situationer ljuger och att hovrätten kan ta ställning till sådan bevisning på basis av tingsrättens avgörande.²³⁰ Ibland händer det att tingsrätten i motiveringarna refererar den utsaga som anses vara falsk på ett mycket ytligt sätt och lämna bort alla sådana omständigheter som talar för att utsagan är sann. Lappalainen anser att domstolen kan förfara så om den anser att något klart blivit eller inte blivit bevisat.²³¹ I ljuset av tingsrättens avgörande verkar det alltså som om värderingen av bevisningen skulle vara riktig, men eftersom hovrätten inte kan veta vilka omständigheter och synpunkter som lämnats utanför kan den inte veta om läget *de facto* är så. Partens möjlighet att driva sin talan och att få en rättvis rättegång kan alltså bero på hur bra tingsrätten lyckats handlägga målet och formulera sitt avgörande. Krasst sagt leder detta till att ju lägre kvalitet på avgörandet, desto sämre möjlighet att få rättsskydd i hovrätten, trots att behovet är större. Man beaktar inte heller det fatum att även situationer som verkar vara mycket osannolika inträffar ibland.²³² Det här måste domstolarna också beakta. Det ovannämnda passar lika väl ihop med frågor om ifall beviströskeln överskridits som frågor om förfarandet och rättsfrågor. Om utgångspunkten är att tingsrätternas verksamhet är så högklassig att de inte gör fel, måste parterna börja med att upphäva en mycket stark presumption, vilket gör att deras möjligheter att driva sin talan försämras.

Det finns även en viss diskrepans mellan principerna om muntlighet och omedelbarhet, och bestämmelserna om muntliga förhandlingar i hovrätterna. Muntlighet och omedelbarhet har ju (minst) två olika betydelser, vilket konstaterats ovan i stycke 6.5. Båda betydelserna, såväl rättvis rättegång som bevisningen, är problematiska i det gällande förfarandet i Finland. I fråga om det senare, alltså relationen till sakfrågor, vållas problemen av attityden till muntliga förhandlingar i syfte att överpröva värderingen och ta ställning till om bevis-

²³⁰ Arb.grupp betänkande 20.2.2000, 53.

²³¹ Lappalainen 2001, 3644.

²³² Exemplet i arbetsgruppbetänkandet var straffrättsligt, vilket är ännu mera förvånande, eftersom kravet på en materiellt riktig dom är mycket större i straffprocessen än i civilprocessen. Åklagaren måste ju visa att det inte finns något rimligt tvivel, medan det i civilprocessen räcker med lite mindre bevisning.

tröskeln överskridits. Samma fråga dyker alltså upp än en gång: hovrätten kan inte ta ställning till om tingsrätten avgjort sakfrågorna rätt genom att anlita betydligt sämre material; alltså korta, ibland bristfälliga, referat i stället för omedelbara, koncentrerade förhör i en muntlig förhandling.

Då vi talar om behovet av en muntlig förhandling som en del av en *fair trial*, ”rättvis” rättegång, befinner sig diskussionen hos oss på ett ganska lågt plan. Vi har inte diskuterat vad en generell spärr betyder till skillnad från en mera begränsad spärr. Om spärren gäller endast sådana mål där det ekonomiska intresset är litet och inte alls mål med ett intresse som i huvudsak är av ideell karaktär, finns det sällan ett behov av att ha en muntlig förhandling på grund av målets betydelse och karaktär. Om spärren till den andra instansen är generell borde domstolen alltid ta ställning till om målet har en sådan betydelse för ena eller båda parterna, eller rättssystemet, att en muntlig förhandling borde ordnas. Hos oss har detta egentligen inte diskuterats, varpå frågan om att hålla huvudförhandling för att rättegången ska vara ”rättvis” inte aktualiseras.

Summa summarum är förhållandet särskilt mellan frågan om muntliga förhandlingar och civilprocessens grundläggande principer mycket problematisk för tillfället.

8.6.3 Ledstjärnorna och hovrättsförfarandet

Vilket är då förhållandet mellan tillgången till hovrätterna i Finland och civilprocessens ledstjärnor? Sällningen och de få muntliga förhandlingarna bidrar till att rättegången är snabbare och billigare än vad den skulle vara om antalet muntliga huvudförhandlingar var större. Detta påstående håller streck åtminstone om arbetsmetoderna vore desamma som nu. Däremot skulle situationen inte nödvändigtvis vara densamma om vi hade en lång tradition av ett muntligt förfarande i den andra instansen. Det faktum att man inte måste ”ansöka” om tillstånd vid sällning sparar parternas resurser i någon mån.

Om vi ser på frågan om förfarandet är säkert är svaret inte tillnärmelsevis lika klart. Problemet är än en gång inställningen till behovet av muntliga förhandlingar. Jag upprepar inte de synpunkter jag diskuterat ovan eftersom dessa gäller även här. Sällningen har en negativ effekt på säkerheten i betydelse av förutsägbarhet eftersom den kan slå till oväntat. Hade vi en begränsad spärr som slog till i de flesta situationer skulle situationen vara en annan. Samtidigt måste jag dock konstatera att en effektivare styrning av resurserna mot knepiga eller ”havererade” mål betyder att säkerheten ökar. Om kontrollen av sakfrågor blir avsevärt mindre än tidigare minskar även säkerheten och därmed kanske även tilliten till förfarandet.

Tillförliten till hovrätternas verksamhet torde knappast öka, med tanke på att standardmotiveringen sällning lyder på ett sådant sätt att överklaganden uppfat-

tar att hovrätten inte prövat målet. Bristen på muntliga förhandlingar i mål som parterna uppfattar som mycket viktiga inverkar sannolikt negativt på tillförlitligheten. Orsaken är att parterna inte kan se hur hovrätten arbetar och att de inte kan vädja direkt till den. Detta gäller främst enskilda medborgare som parter i tvister.

Hovrättsförfarandets förhållande till den nyaste ledstjärnan flexibilitet är mera komplext. Förut fanns det tre (eller kanske fyra) olika möjligheter att handlägga målet. (1) Målet var utsiktslöst och hovrätten konstaterade efter en skriftlig handläggning att det inte fanns några skäl att ändra tingsrättens avgörande. (2) Efter en skriftlig handläggning ändrade hovrätten på underrättens avgörande. Den andra varianten var att hovrätten efter en mera ingående undersökning av målet kom fram till att tingsrättens avgörande var riktigt. (3) Hovrätten avgjorde målet efter en muntlig förhandling. I dag finns det i praktiken fortfarande lika många alternativ kvar. Den enda skillnaden är att det första (1) alternativet lyder i dag i praktiken att målet sållades. Det är alltså inte sagt att sållningen innebär mera flexibilitet i handläggningen. Däremot kan man nog påstå att de gällande bestämmelserna ger hovrätterna goda möjligheter att forma förfarandet efter det enskilda målets karaktär.

Förfarandet i hovrätten i allmänhet och sållningen i synnerhet uppfyller inte vissa ledstjärnor i tilläcklig grad, medan andra ledstjärnor uppfylls tillräckligt med de gällande bestämmelserna.

8.7 SAMMANFATTNING

Moderniseringen av förfarandet i hovrätterna innebar ett steg i rätt riktning, trots att steget var otillräckligt. Det viktiga är att man insett att det är omöjligt för hovrätterna att ompröva alla mål, eftersom det skulle kräva avsevärt mera resurser än de existerande. Eftersom staten inte vill ge hovrätterna dessa resurser måste man alltså använda de existerande resurserna på ett så ändamålsenligt sätt som möjligt. Det andra viktiga steget är att man upprepade gånger betonat att hovrättens roll är att kontrollera om tingsrättens avgörande är riktigt, och att rätta felaktiga avgöranden. Likaså betonas vikten av att man undviker en fullständig upprepning av tingsrättsförfarandet i hovrätten i både kommittébetänkandet och regeringens proposition. Sållning är ett försök att förstärka hovrättens roll som en kontrollinstans. Däremot innebär sållning inte att man kan minska upprepningen av rättegången, eftersom man inte kan sälla bort mål där huvudförhandling ska hållas och eftersom de mål som sällas bort är sådana mål som avgjordes i skriftligt förfarande med föredragning redan före reformen. Reformen innebär ingen ändring på den fortsatta handläggningen av ett mål i hovrätten, varför förfarandet till många delar sannolikt är likadant som tidigare.

Jag lägger inte ännu fram förslag om att reformera tillgången till den andra instansen. Innan dess lönar det sig nämligen att bekanta sig med hur problemen lösts i andra länder och vilka modeller för förfarandet i den andra instansen som valts i dem. På det sättet kan man nämligen få lite perspektiv på de finländska problemen.

9 Svensk rätt

9.1 INLEDNING

I det här och de två följande kapitlen diskuterar och jämför jag tillgången till och förfarandet i den andra instansen i tre olika länder: Sverige, Norge och Tyskland. Jag strävar efter att ta fram sådana delar av rättssystemen som skiljer sig från det finska för att göra det möjligt för läsaren att förstå dessa rättssystem. Eftersom det är viktigt att se rättsinstitut som delar av ett visst rättssystem ger jag för varje enskilt land först en helhetsbild av domstolssystemet och vissa premisser som handläggningen av målet utgår från. Därefter försöker jag skissa upp en bild av handläggningen av målet i den andra instansen som helhet. Slutligen övergår jag till att diskutera på vilka olika sätt man begränsat tillgången till den andra instansen i det enskilda rättssystemet.

Det svenska domstolväsendet består likt det finska av tre instanser: tingsrätt, hovrätt och Högsta domstolen. Tingsrätten är den första instansen i praktiskt taget alla mål utom ett fåtal specialmål. Betalningsföreläggande och skuldsanering handläggs dock först av kronofogdemyndigheten. Om målet blir stridigt fortsätter handläggningen i tingsrätten. Förfarandet bygger i huvudsak på samma principer som i Finland. Den stora skillnaden är att prövningstillstånd krävs för vissa mål i hovrätten och att det är fritt att överklaga i andra typer av mål. Bestämmelserna om att överklaga till hovrätten och förfarandet i hovrätten finns i den svenska rättegångsbalken (SvRB) kapitel 49-52. Uppbyggnaden skiljer sig från Finland: de allmänna reglerna om hur man överklagar finns i kapitel 49 medan reglerna om själva förfarandet i hovrätten i de tre följande kapitlen. Kapitel 50 reglerar förfarandet då en *dom* överklagats i tvistemål, medan kapitel 52 reglerar förfarandet då ett *beslut* överklagats. Bestämmelserna om förfarandet i brottmål finns i 51 kap. Den här indelningen betyder att bestämmelserna i stor utsträckning är lika, men att det även finns vissa betydande skillnader mellan handläggningsformerna. Eftersom förfarandet i hovrätten i stort sett motsvarar förfarandet i Finland behandlar jag endast de delar av förfarandet som skiljer sig från det finska mera i detalj.

9.2 ÖVERKLAGANDE I SVENSK RÄTT

Den andra instansen för nästan alla ordinära tvistemål är hovrätten. I Sverige finns sammanlagt sex hovrätter – Svea, Göta, Skåne och Blekinge, Västra Sverige, Nedre Norrland samt Övre Norrland (SvRB 2:6). Endast i ett fåtal typer av

mål är hovrätten den första instansen.¹ Det finns bara en typ av ordinarie rättsmedel för fullföljd av talan, nämligen överklagande.² I Sverige infördes en bestämmelse om prövningstillstånd år 1974 i samband med att lagen om förfarandet i tvistemål om mindre värden (småmålslagen) stiftades. Prövningstillståndet gällde ursprungligen endast tvistemål i vilka värdet på intresset var ringa. Däremot gällde prövningstillståndet inte straffmål eller övriga typer av mål. Småmålslagen hävdes på 1980-talet i samband med att den inarbetades i den svenska rättegångsbalken. Prövningstillståndet hade kommit för att stanna och blev alltså en del av rättegångsbalken. I samband med en mera omfattande reform av rättsmedlen i mitten av 1990-talet utvidgades tillämpningsområdet för prövningstillstånd en aning för tvistemål och infördes för brottmål. Samtidigt förenklades dispensgrunderna.³

Hovrätternas funktion i det svenska domstolssystemet anses vara att kontrollera att tingsrätterna avgjort målen materiellt riktigt och vid behov rätta oriktigheter; att övervaka att tingsrätterna handlägger målen formellt korrekt; och att ha ansvar för rättsbildningen.⁴

Hovrättens uppgift är i första hand att garantera att avgörandena är materiellt riktiga och att målen handläggs på rätt sätt i underrätterna. Precis som i de flesta andra västeuropeiska länder kämpar de svenska hovrätterna mot anhopningen av mål på grund av att den stora tillströmningen mål.⁵ Förfarandet i hovrätten anses också vara alltför resurskrävande främst med tanke på att hovrätterna använder mycket resurser på att handlägga mål där både handläggningen och avgörandet i underrätten är korrekta och som dessutom saknar prejudikatintresse.⁶

9.3 ÖVERBLICK ÖVER FÖRFARANDET

9.3.1 Förberedelsen av målet

Överklagan lämnas till tingsrätten inom tre veckor från den dag domen eller beslutet avkunnats enligt SvRB 50:1 och 52:1. Till skillnad från Finland behöver en part som vill överklaga enligt svensk rätt oftast inte anmäla missnöje. Endast

¹ Bland dessa mål finns klander av skiljedom.

² Fram till mitten av 1990-talet hade man två skilda ordinära rättsmedel: vad och besvär.

³ Strax efter att bestämmelserna om överklagande reformerats började diskussionen om att införa prövningstillstånd för alla mål.

⁴ SOU 1995:124, 134. Av den här orsaken är det möjligt att föra klara prejudikatmål direkt till Högsta domstolen genom språngöverklagande. Se Knutsson 1999, 247–250 om förutsättningarna för språngöverklagande.

⁵ Enligt Domstolsstatistik 2004, 19, kom det in sammanlagt 2 789 tvistemål till de svenska hovrätterna, vilket är 10 fler än året innan men betydligt färre än år 1999. Trots det hade hovrätterna en sammanlagd målbalans på 1 697 i slutet av samma år.

⁶ SOU 1995:124, 135–136.

i vissa fall då domstolen beslutat om vissa processuella frågor, såsom att den ogillat jäv mot domare eller att ett mål ska handläggas av endast en domare i tingsrätten, måste missnöje anmälas. Detta beror på att besluten i fråga fattas under en pågående rättegång och därmed inte utgör slutet på handläggningen av målet i tingsrätten. Då är det viktigt att tingsrätten genast får veta om parten överklagar så att den kan fatta ett beslut om ifall rättegången kan fortsätta eller om målet ska förklaras vilande i väntan på hovrättens avgörande.⁷ Om överklagandet kommit in för sent avvisar tingsrätten det.

Enligt SvRB 50:4 ska överklagandet innehålla uppgifter om den domen som överklagas och i vilken del domen överklagas och den ändring som klaganden yrkar på. Därtill ska klaganden ange grunderna för överklagandet och till vilken del hon eller han anser tingsrättens domskäl vara oriktiga; och de bevis som åberopas och vad som ska styrkas med varje bevis. På grund av bestämmelserna om preklusion ska klaganden även ange varför nya bevis eller omständigheter åberopas. Om klaganden åberopar muntlig bevisning ska hon eller han ange om det räcker med att läsa upp tingsrättsförhøret eller bevispersonens berättelse såsom den redovisats i tingsrättens avgörande, alternativt spela upp det bandade förhøret, eller om bevispersonen ska höras personligen på nytt i hovrätten. Om klaganden önskar förnyad bevisupptagning eller att motparten ska infinna sig personligen vid huvudförhandlingen ska hon eller han ange orsakerna för förnyad bevisupptagning. Eftersom muntlig bevisning kan bli en del av rättegångsmaterialet antingen genom att man på lämpligt sätt återger det en bevisperson sagt i tingsrätten eller genom att höra bevispersonen på nytt är det viktigt att parterna meddelar vilket av dessa två sätt som bör användas. Om inspelningen som gjorts i tingsrätten spelas upp kan hovrätten då förbereda sig genom att ta fram rätt kassett och spola fram till rätt ställe. Eftersom förnyat förhör ofta sker per telefon är det viktigt att veta om bevispersonen kommer till domstolen eller inte.

Ifall intresset i målet är litet och prövningstillstånd därmed krävs ska de omständigheter som åberopas till stöd för att prövningstillstånd ska beviljas framgå ur överklagandet. Småmål provas nämligen i en förenklad och begränsad handläggning och beviljas i den vid behov prövningstillstånd.⁸

Överklagan av beslut behöver däremot inte innehålla uppgifter om motpartens närvaro och bevisupptagning eftersom muntliga huvudförhandlingar och förnyad bevisupptagning i regel inte förekommer i sådana mål i hovrätten (SvRB52:3). Eftersom preklusion inte gäller överklagan av beslut behöver parterna inte heller motivera ny bevisning i hovrätten. Dessutom ska klaganden meddela om hon eller han vill att målet ska handläggas muntligt eller skriftligt, trots att detta inte uttryckligen framkommer av bestämmelsen. Parten kan ändra

⁷ Lindell 2003, 342–343.

⁸ Se även prop. 1992/93:216, 37 och 46.

inställning under rättegångens lopp, men det är viktigt för domstolen att trots det känna till partens inställning.⁹

Dessa två bestämmelser motsvarar i stort den finska bestämmelsen, men det finns vissa skillnader. Den ena skillnaden är att klaganden bör ange varför prövningstillstånd ska beviljas. Hovrätten bör ändå undersöka *ex officio* om det finns någon orsak att bevilja prövningstillstånd.¹⁰ Om tingsrätten inte informerat parten om att prövningstillstånd behövs ska hovrätten be parten komplettera överklagan. Om klaganden inte ”ansöker” om prövningstillstånd trots att ett sådant behövs kan hovrätten tolka överklagandet så att motiveringarna varför prövningstillstånd borde beviljas framgår ur de omständigheter som framförts i själva saken. Bara om det inte är klart vilka argument som klaganden vill framföra som stöd för att prövningstillstånd ska beviljas, bör hovrätten be om komplettering (SvRB 50:7 och 52:6).

Den andra skillnaden är att den som överklagar ska ange om hon eller han kräver förnyad bevisupptagning, vilket i praktiken betyder att hon eller han ska meddela om bevispersoner ska höras på nytt i hovrätten. Alternativet är nämligen att hovrätten läser upp en utskrift av vittnesberättelsen, läser upp vittnesberättelsen såsom den refererats i tingsrättens avgörande eller spelar upp inspelningen av berättelsen. I sådana fall då det inte är fråga om tilltron till bevisningen är det möjligt att bevispersonen inte hörs på nytt. Hovrätten tar del av bevisningen på ett medelbart sätt. Detsamma gäller syn.¹¹ Tanken är alltså att man genast i början tar reda på vilket rättegångsmaterial som klaganden åberopar och hur detta material ska handläggas.

Sedan skickar tingsrätten målet till hovrätten. Då målet kommer in till hovrätten lottas den till en avdelning som kommer att handlägga det. Hovrätten får genast avvisa målet om det finns något hinder för att uppta det till prövning eller om klaganden inte kompletterar överklagan så att den kan läggas till grund för en rättegång eller tar upp målet till prövning. Tröskeln för att avvisa ett mål är hög.¹² Det är också möjligt att ogilla ett mål om överklagandet är uppenbart ogrundat. Då är tröskeln lite lägre.¹³

Förberedelsen av målet ska normalt inledas med att motparten delges överklagandet och att hovrätten ber honom svara skriftligen inom en viss tid. Om motparten gjort en anslutningsöverklagan ska klagande svara på denna. I svaret ska motparten yttra sig om grunderna för överklagandet och föra fram de synpunkter hon eller han har på målet. Dessutom ska hon eller han meddela vilka bevis hon eller han stöder sig på och vad hon eller han vill styrka med bevisen i fråga, varför hon eller han åberopar nya omständigheter; varför hon eller han

⁹ Fitger, 50:44.

¹⁰ Fitger, 50:40.

¹¹ Fitger, 50:42.

¹² Fitger, 50:46–47 och 50:51–52.

¹³ Fitger, 50:54–55 och där refererade rättsfall.

önskar att något muntligt bevis upptas på nytt; och om hon eller han anser att klaganden bör infinna sig personligen vid huvudförhandlingen. Enligt SvRB 50:10 2 st. och 52: 9 kan ytterligare skriftväxling ske vid behov. Då ska hovrätten vanligtvis be parterna yttra sig om någon viss fråga. Skriftväxling får ske en tredje gång endast av särskilda skäl.¹⁴ Om överklagandet gäller ett beslut ska motparten ges tillfälle att yttra sig endast i sådana fall då hovrätten anser det vara befogat. Hovrätten får dock aldrig ändra på beslutet till motpartens nackdel utan att höra honom.¹⁵

Under förberedelsens lopp kan ett muntligt sammanträde hållas antingen på traditionellt sätt eller per telefon. I praktiken ordnas muntliga sammanträden ytterst sällan under förberedelsen. Hovrätten ska göra en skriftlig sammanfattning om det är till nytta för den fortsatta handläggningen av målet.¹⁶ Vidare kan hovrätten göra upp en tidsplan för den muntliga huvudförhandlingen.

Frågan om hovrätten ska ta ställning till beviljandet av prövningstillstånd före eller efter skriftväxlingen är lite oklar i svensk rätt. Enligt SvRB 50:11 beslutar hovrätten om prövningstillstånd först efter att den begärt och fått ett svar av motparten. I praktiken är situationen en annan.¹⁷ Att begära svar av motparten betyder att man förorsakar honom extrakostnader. Likaså betyder det att handläggningen av målet fördröjs eftersom man måste ge motparten tid att svara. Trots det kan svaret innebära att hovrätten har en möjlighet att få mera information. Eftersom det finns många fördelar med att besluta om prövningstillstånd innan skriftväxlingen skett är det vanligt att beslutet fattas redan innan motparten delgivits överklagan. Om det är sannolikt att prövningstillstånd beviljas är det naturligt att skriftväxlingen sker innan beslutet om prövningstillstånd fattas. Förhållandet mellan huvudregeln och undantaget är alltså oklart. Det är viktigt att komma ihåg att prövningstillstånd endast behövs i en liten del av alla mål. Bestämmelsen om prövningstillstånd gäller endast dispositiva mål där intressets värde är relativt lågt, d.v.s. inte överskrider basbeloppet på allmän försäkring, som år 2005 är knappa 40 000 kronor (drygt 4 000 euro). Om prövningstillstånd nekats slutar handläggningen av målet i hovrätten och tingsrättens dom står fast.

9.3.2 Avgörandet av målet

I Sverige är utgångspunkten att mål där en dom överklagas handläggs muntligt i hovrätten. I lagtexten är nämligen undantagen från regel om muntlig handläggning listade. I praktiken avgörs dock endast cirka en tredjedel av målen

¹⁴ Lindell 2003, 351–352.

¹⁵ Fitger – Rehnfors 1998, 323–324.

¹⁶ Lindell 2003, 345–355.

¹⁷ Fitger, 50:61–62.

efter ett muntligt sammanträde.¹⁸ Därmed skiljer sig verkligheten från lagtexten.¹⁹ I praktiken är dock muntliga sammanträden ett mycket mer vardagligt fenomen i Sverige än i Finland eftersom två tredjedelar av brottmålen handläggs muntligt.²⁰ Därför är den svenska rättegångskulturen mycket mer muntlig än den finska.

Hovrätten får enligt SvRB 50:13 1 st. avgöra målet skriftligt om motparten har medgivit klagandens ändringsyrkande eller om det är uppenbart att överklagandet är ogrundat. Om saken kan utredas tillfredsställande får hovrätten handlägga målet skriftligt också i andra fall (SvRB 50:13 2 st.). Förutsättningen är då att parterna begärt att målet avgörs utan huvudförhandling, eller att ingendera parten har något att invända mot att målet handläggs skriftligen. Den här punkten tillämpas främst på mål som inte berörs av prövningstillstånd och utgör en möjlighet för hovrätterna att snabbt och effektivt avgöra utsiktslösa mål.²¹

Ett mål får även avgöras utan huvudförhandling om det är uppenbart att en sådan skulle vara obehövlig. Det här kriteriet aktualiseras nästan aldrig, eftersom det närmast kan tillämpas i mål som gäller rättsfrågor som redan är så klara att ingen huvudförhandling behövs trots parternas yrkanden.²² Detta gäller särskilt då parterna begärt huvudförhandling.²³ Frågor som inte gäller själva saken får prövas i ett uteslutande skriftligt förfarande. Parterna har alltså en långtgående rätt att påverka hur målet handläggs i hovrätten.²⁴ Dock begränsas valet av handläggningsform av reglerna om tilltro.

Då ett beslut överklagats är utgångspunkten att handläggningen är uteslutande skriftlig. Om hovrätten anser att det är nödvändigt för utredningen av målet att höra en part får förhör ordnas (SvRB 52:11).²⁵ Överklagan mot beslut handläggs alltså praktiskt taget alltid skriftligt.

Om målet avgörs utan huvudförhandling ska parterna ges möjlighet att slutföra sin talan ifall de inte gjort det tidigare. Vanligtvis har parterna redan framfört allt i överklagandet respektive svarsskriften, men ifall det t.ex. varit oklart om prövningstillstånd beviljas kan parterna ha låtit bli att utveckla sin talan till fullo i början av rättegången i hovrätten.²⁶

Huvudregeln i svensk rätt är alltså i praktiken att målen handläggs muntligt i hovrätten. Huvudförhandling hålls främst i de mål som gäller tilltron till munt-

¹⁸ Domstolsstatistik 2004, 20 anger att endast cirka 30 % av målen avgjorts efter muntlig huvudförhandling.

¹⁹ Fitger (50:70) har myntat begreppet tänkt allmän regel för att beskriva situationen.

²⁰ Domstolsstatistik 2004, 20.

²¹ Welamson 1994, 114.

²² Welamson 1994, 115. Ursprungligen har lagstiftaren tänkt sig att bestämmelsen skulle vara ett vapen mot parter som överklagar med ett otillbörligt syfte (Lindell 2003, 369–370).

²³ Fitger, 50:75–76.

²⁴ NJA 1997, 121,

²⁵ Fitger – Rehnfors 1998 325.

²⁶ Fitger, 50:75.

lig bevisning. Eftersom den finska lagstiftaren har anammat doktrinen om tilltrobevisning från Sverige är utgångspunkten den samma. De svenska reglerna är trots det lagtekniskt lite annorlunda. Bestämmelsen i SvRB 50:23 lyder:

Har vid huvudförhandling i tingsrätten rörande viss omständighet vittne eller sakkunnig eller part under sanningsförsäkran hörts inför rätten eller syn på ställe hållits och beror avgörandet i hovrätten av tilltron till den bevisningen, får tingsrättens dom inte ändras i den delen utan att beviset tagits upp på nytt vid huvudförhandling i hovrätten. En sådan ändring får dock göras, om det finns synnerliga skäl för att bevisets värde är ett annat än tingsrätten antagit.

Eftersom det i hög grad är fråga om samma doktrin tar jag inte upp frågan om vad som ska anses vara tilltrobevisning här. Om det är fråga om bevisvärdering får hovrätten i princip inte ändra på den bevisvärdering tingsrätten gjort utan att själv ha hört bevispersonerna eller förrättat syn. Om tilltron till den bevisning som gäller en viss omständighet har betydelse för domslutet tillämpas nämnda regel. Det ska alltså finnas ett orsakssamband mellan bevisningen och innehållet i domen.²⁷ Om en muntlig förhandling hålls kallas parterna till den. Om klaganden uteblir förfaller överklagan. Motparten kan kallas in antingen vid vite eller vid hot av att hovrätten avgör målet oberoende av hans närvaro.

Enligt SvRB 35:13 2 stycket ska hovrätten endast ta upp sådan bevisning som är av betydelse för utredningen av målet. Då det gäller tilltron till bevisningen ska omförhör ske.²⁸ I andra fall ska bevisningen läggas fram på annat sätt, d.v.s. främst genom uppspelning av band eller uppläsning av protokoll. Förnyade förhör sker på det här sättet då det inte är fråga om tilltron till bevisningen utan om att hovrätten annars vill ta del av den eftersom den anses ha betydelse för utgången av målet. I praktiken är det mycket vanligt att hovrätten lyssnar på inspelningen. Hovrätten tar alltså ofta emot bevisning som inte är omedelbar.²⁹ Det är hovrätten som bestämmer vilka bevispersoner som ska kallas till huvudförhandlingen. Det är med andra ord hovrätten som i sista hand bestämmer vilka personer som ska höras. Enligt tidigare rätt inverkade parternas önskemål på vilken bevisning som skulle tas upp på nytt. Bestämmelsen om partsinflytande ströks för drygt tio år sedan. Enligt motiven till den nya lagen ska dock parternas åsikter beaktas av hovrätten då den fattar beslut om vilka muntliga bevis som ska tas upp. Welamson har varit mycket kritisk mot lagändringen, eftersom han anser att det är orimligt att hovrätten ensam ska fatta beslut även i dispositiva mål.³⁰

²⁷ Lindell 1998, 363–364.

²⁸ Se Welamson 1992, 413 ff.

²⁹ Ett anta problem är att det ofta går åt tid till att spola fram rätt ställe i berättelsen, vilket även det försämrar kvaliteten på materialet. Se Huovila 2003, 271.

³⁰ Welamson 1992, 419. Se även Hellners JT 1993–4, 876–877.

I överklagandet respektive svaret anger parterna vilken muntlig bevisning som ska tas upp på nytt genom att höra på inspelningarna och till vilken del en uppläsning av avgörandet räcker. Eftersom avgörandet ofta endast i korthet anger vad som berättats under förhöret är det vanligt att den detalj man vill ta upp inte finns medtaget. Då sker en uppspelning. Vanligtvis lyssnar man på hela förhöret för att få in uttalandet i sitt sammanhang. Ifall förhöret protokollförts, vilket är mycket ovanligt, kan protokollet läsas upp. Enligt motiveringen av lagen är bevisningen ofta mera tillförlitlig i tingsrätten. I indispositiva mål där ingen preklusion alltså sker är det möjligt att ännu i början av huvudförhandlingen be om att ett visst förhör ska spelas upp.

Det faktum att man direkt utnyttjar bevisupptagningen som gjorts i tingsrätten leder på sätt och vis till bättre bevismaterial i hovrätten. Bevispersonens minnesbild har inte hunnit påverkas av tidens gång, huvudförhandlingen i tingsrätten och tingsrättens avgörande. Därför anses det vara bättre att spela eller läsa upp det muntliga beviset i hovrätten trots att detta i hög grad strider mot principen om omedelbar bevisning.³¹

Själva huvudförhandlingen löper i princip på samma sätt som i tingsrätten. Huvudförhandlingen börjar med att domen redovisas i den omfattning som behövs. Sedan anger klaganden till vilken del hon eller han överklagar domen och vilka ändringar i domen hon eller han yrkar på. Därefter framför motparten sina yrkanden. Sedan har parterna möjlighet att utveckla sin talan och yttra sig över vad den andra parten framfört. Lindell konstaterar att sakframställningen ofta innehåller onödiga upprepningar.³² Det finns inget hinder för att motparten börjar ifall det skulle vara mer ändamålsenligt. Därefter följer bevisupptagningen. I stället för att höra bevispersonerna på nytt är det alltså vanligt att man spelar upp banden från förhöret i tingsrätten helt eller delvis eller läser upp utskriften av förhöret om parterna vill det.³³ Telefonförhör är också mycket vanliga. Slutligen framför parterna sina slutanföranden.

Hovrätten är domför med tre medlemmar (SvRB 2:4 st. 1), utom i de mål som avgjorts av tre domare i tingsrätten (SvRB 2:4 st. 1) då antalet ska vara fyra eller fem. I praktiken avgörs dessa mål i en sammansättning av fyra domare. Fem domare dömer endast i särfall då huvudförhandlingen väntas ta en lång tid.³⁴ Prövningstillstånd avgörs alltid i en tredomarsammansättning (SvRB 2:4 st. 3).

Referenten får dock ensam fatta vissa beslut, bland annat beslut beviljande av anstånd, olika interimistiska beslut och beslut om inhämtande av utredning. Därtill får en domare fatta beslut om att avslå prekluderad bevisning och omför-

³¹ Fitger, 35:74–76.

³² Lindell 2003, 362.

³³ Fitger, 50:91–93.

³⁴ Nordh – Lindblom 2001, 66.

hör. I hovrättsinstruktionen 16 § stadgas om vissa undantag från den här regeln. Beslut om handräckning, interimistiska beslut om vårdnad, underhållsbidrag och umgänge, samt beslut om att avvisa ombud ska fattas i normal sammansättning.³⁵ Dessutom får föredraganden och kanslipersonal vidta vissa enkla rutinartade åtgärder, såsom att bevilja kort anstånd eller utfärda kallelser.³⁶ I familjemål består hovrätten av tre juristdomare och två nämndemän. I vissa specialmål kan hovrätten även ha sakkunnigdomare.³⁷

En stor skillnad mellan den finska och svenska doktrinen är att man i Sverige fäst större uppmärksamhet vid frågan om konsekvenserna av hovrättens beslut. Man diskuterar på ett mycket mera djupgående plan än vi i Finland om undanröjande och återförvisning.³⁸ Vi har inte fört samma diskussion som i Sverige om när ett mål ska återförvisas och när det ska undanröjas. I och för sig innehåller den finska lagstiftningen inga bestämmelser som motsvarar SvRB 50 kap 26–29 §§.

9.4 BESTÄMMELSERNA OM PRÖVNINGSTILLSTÅND

9.4.1 Mål som berörs av prövningstillstånd

Kravet på prövningstillstånd gäller endast ett begränsat antal mål. För det första gäller det endast mål i vilka värdet på intresset är relativt lågt. Enligt SvRB 49:12 utgörs den första kategorin av mål som behöver prövningstillstånd av mål som handlagts av en domare i tingsrätten med stöd av SvRB 1:3d, d.v.s. småmål.³⁹ Småmål är mål i vilka värdet på tvisteföremålet inte överstiger hälften av basbeloppet enligt lagen om allmän försäkring. År 2005 är basbeloppet 39 300 kronor och hälften därav är alltså 19 650 kronor vilket motsvarar cirka 2 100 euro. Enligt RB 1:3d ska dispositiva tvistemål alltid handläggas av en domare om det är uppenbart att värdet inte överskrider nämnda belopp.⁴⁰ Om parten visar att den bakomliggande tvisten rör ett högre värde eller att tvisten annars är

³⁵ Nordh – Lindblom 2001, 72–73.

³⁶ Nordh – Lindblom 2001, 51.

³⁷ Ekelöf – Edelstam 2002, 108–109.

³⁸ Lindell 2003, 363 ff. I Finland har frågan tagits upp närmast av Sarpolahti (1998, 70–74) och Lahtinen (2000, 64–82).

³⁹ Bestämmelsen om småmål har en betydelse förutom för domstolens sammansättning även för rättshjälp, forum och rättegångskostnader (Fitger 1:18). Domstolsverkets beteckning för småmål är FT-mål.

⁴⁰ Enligt SvRB 1:3 är tingsrätten normalt beslutför med en domare i alla andra fall än i huvudförhandling. En domare får alltså sköta förberedelsen av målet och avgöra mål skriftligt om huvudförhandlingen hålls i samband med förberedelsen och om endomarsammansättningen anses vara tillräcklig och parterna ger sitt samtycke till det eller målet är tillräckligt enkelt (Ekelöf – Boman 1990, 93–94). I praktiken avgörs endast några procent av målen i tredomarsammansättning (Domstolsstatistik 2004, 18).

av synnerlig betydelse för bedömningen av andra föreliggande rättsförhållanden ska dock målet handläggas i normal sammansättning.⁴¹ Handläggningen av målet i normalsammansättning sker alltså endast på yrkande av part. Då är målet befriat från krav på prövningstillstånd. Trots att tingsrätten felaktigt skulle anse att det inte är fråga om ett litet mål, ska bestämmelsen tillämpas i hovrätten.

För det andra gäller kravet på prövningstillstånd i hovrätten även ett större antal mål än reglerna om småmål. Reglerna om prövningstillstånd gäller nämligen också tvister i vilka värdet på tvisteföremålet inte överskrider ett helt basbelopp, d.v.s. 39 300 kronor, d.v.s. cirka 4 200 euro (SvRB 49:12 1 st). Tröskeln är alltså dubbelt så hög i hovrätten. Kriterierna för vad som är ett litet värde på intresset är alltså olika i hovrätten och tingsrätten. Rekvisitet för vilka mål som behöver prövningstillstånd är att värdet på intresset ”uppenbart inte överstiger basbeloppet.” Ordet uppenbart är ett bevisrekvisit. Frågan är om bestämmelserna om prövningstillstånd gäller även fastställelsealan.⁴²

Det råder en viss oklarhet om vid vilken tidpunkt värdet på tvisteföremålet ska bestämmas. I avgörandet NJA 1999 s. 709 slog Högsta domstolen i enlighet med många uttalanden i rättslitteraturen fast att den avgörande tidpunkten är vad käranden yrkade på då målet avgjordes i tingsrätten. Om käranden sätter ned sitt yrkande beaktas det nedsatta värdet. Om två mål handläggs gemensamt räknas det sammanlagda värdet på intressena i målen. Prövningstillstånd behövs inte om det sammanlagda värdet överskrider basbeloppet även om värdet på intresset i ingetdera målet skulle överskrida värdet på basbeloppet. Det är ingen skillnad vilket värde överklagandet avser. Även ett kvittningsyrkande påverkar i vissa fall värdet på intresset.⁴³ Också den upplupna räntan räknas med.⁴⁴ Om kumulationen är objektiv är utgångspunkten att alla mål räknas med, men om kumulationen är subjektiv är det oklart hur frågan ska lösas.⁴⁵

För det tredje gäller kravet på prövningstillstånd endast dispositiva mål. Därmed har indispositiva mål fri tillgång till den andra instansen.⁴⁶ Problemet är att avgöra vilka mål som bör anses vara indispositiva när vissa mål inte har en renodlad karaktär. Sådana mål har i rättslitteraturen kallats gra mål och schackrutiga mål, beroende på om det behövs en officialprövning av vissa frågor med

⁴¹ Se Nordh – Lindblom 2001, 47–48.

⁴² Fitger, 49:43. Enligt NJA 1998, 417, gäller reglerna om prövningstillstånd även sådan fastställelsealan där värdet på tvisteföremålet går att bestämma. Jfr. RH 1999:23 där utgången var den motsatta.

⁴³ Som helhet är bestämmelserna om vilka yrkanden som ska beaktas vid kumulation och kvittning mycket komplicerade och i viss mån oklara. Ofta har frågan inte lösts entydigt i rättspraxisen. Se Fitger, 49:43 närmare om dessa frågor.

⁴⁴ SOU 1995:124, 145.

⁴⁵ Fitger 49:43 och Nordh – Lindblom 2001, 42 ff.

⁴⁶ Frågan om vad som ska anses vara ett indispositivt mål har behandlats av bl.a. Nordh – Lindblom 2001, 40.

allmänt intresse eller om det finns några frågor som är dispositiva och några som är helt indispositiva i ett och samma mål.⁴⁷ Gränsdragningen kan bli mycket svår i det enskilda fallet trots att skillnaden i princip är klar.⁴⁸

Det finns vissa undantag från regeln om att dispositiva mål där intresset är litet omfattas av kravet på prövningstillstånd. För det första är mål som ska handläggas i en särskild sammansättning i tingsrätten befriade från prövningstillstånd. Sådana mål är främst familjemål, äktenskapsmål, tryckfrihetsmål och patentmål. Det krävs inte att målet *de facto* handlagts i en särskild sammansättning. Ett familjemål som handlagts i en förenklad sammansättning av en domare är befriat från kravet på prövningstillstånd trots att nämndemän inte deltagit i handläggningen av målet.⁴⁹ Det faktum att familje- och äktenskapsmål inte berörs av prövningstillstånd kan dels förklaras med att de gäller frågor som vanligen är mycket viktiga för parterna, dels med att det ofta är svårt att beräkna ett värde på intresset i dem. Då domstolens sammansättning dessutom är annorlunda så till vida att den består av nämndemän eller sakkunnigdomare skulle bestämmelserna om prövningstillstånd leda till att prövningstillstånd beviljades i en sammansättning av yrkesdomare. Därmed skulle idén bakom specialsammansättningen omintetgöras i hovrätten.

För det andra behövs inget prövningstillstånd om beslutet för någon annan än en part eller en intervenient. Till exempel en sakkunnig eller ett vittne kan alltså fritt överklaga beslutet om arvodet. För det tredje behövs inget prövningstillstånd om en part överklagar ett beslut genom vilket tingsrätten ogillat jäv mot domare. För det fjärde krävs inte heller något prövningstillstånd då man överklagar ett beslut genom vilket tingsrätten avvisat missnöjesanmälan eller ansökan om återvinning eller överklagande. Det fjärde undantaget gäller dock inte ärenden som handlagts av kronofogdemyndigheten och som sedan överklagats till tingsrätten.⁵⁰

9.4.2 Tillståndsgrunderna

Den svenska bestämmelsen om när prövningstillstånd ska beviljas finns i SvRB 49:14. Enligt bestämmelsen får prövningstillstånd beviljas endast om 1) det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt,

⁴⁷ Lindblom 1993, 52–53 och 31–32 och Fitger, 4:e avd, I:3–6. Närmare om problemet se Lindblom 1974, 246–247.

⁴⁸ Se NJA 1997, 825.

⁴⁹ Fitger, 49:44.

⁵⁰ NJA 2000, 575. Ärenden som gäller insolvensrättsliga frågor såsom skuldsanering handläggs först av kronofogdemyndigheten. Om någon borgenär motsätter sig en ansökan om skuldsanering hänskjuts målet till tingsrätten, vars beslut i vissa fall kan överklagas i hovrätten. Dock krävs prövningstillstånd enligt lagen om skuldsanering 31 § i hovrätten (Stangendahl 1999, 78 och 98–101).

- 2) anledning till ändring förekommer i det slut tingsrätten kommit till, eller
- 3) det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Prövningstillstånd kan alltså beviljas på tre olika grunder; prejudikatgrunden, ändringsgrunden, och den extraordinära grunden. Eftersom man tagit modell av bestämmelsen om prövningstillstånd i Högsta domstolen är bestämmelsen i SvRB missvisande. Dels borde ändringsgrunden stå först eftersom den är den i särklass vanligaste grunden för att bevilja prövningstillstånd. Dels är ordet ”får” missvisande. Ordet ”får” ska nämligen tolkas som ”skall” i det här fallet. Endast om målet inte uppfyller något av de tre krav som ställs får prövningstillstånd inte beviljas. Prövningstillstånd beviljas i praktiken alltid då någon av förutsättningarna uppfylls. I gränsfall beviljas prövningstillstånd i regel.⁵¹

Prejudikatgrunden ska enligt Welamson prövas på samma sätt som i Högsta domstolen.⁵² Det ska alltså vara fråga om en situation då det är av vikt för enhetlig rättstillämpning att målet prövas. På bedömningen av om prövningstillstånd ska beviljas enligt prejudikatgrunden inverkar först och främst det faktum att det saknas ett tidigare avgörande om saken i fråga men också att rättspraxisen inte varit enhetlig.⁵³ Däremot ska innehållet i underrättens avgörande inte spela någon roll. Det är ovanligt att prövningstillstånd beviljas på den här grunden, vilket delvis beror på att parterna vanligtvis överklagar om de anser att tingsrättens avgörande är felaktigt.⁵⁴ Den här grunden påminner i väsentlig grad om de möjligheter som givits inom ramarna för det tyska och det norska förfarandet.

Den andra grunden för att bevilja prövningstillstånd är ändringsgrunden. Ändringsdispens är den i särklass vanligaste formen av dispens i hovrätten. Kravet är att hovrätten ska betvivla riktigheten av tingsrättens dom.⁵⁵ Det kan vara fråga om både rätts- och bevisfrågor.⁵⁶ Hovrätten ska alltså jämföra det hypotetiska avgörande den skulle ge med tingsrättens dom. Om utslaget i domarna sannolikt skulle vara olika ska prövningstillstånd beviljas. Enligt Welamson ska rekvisitetet ”anledning förekommer till ändring” tolkas så att den ledamot som fattar beslut om tillstånd anser att det finns en övervägande sannolikhet för att hon eller han i den slutgiltiga handläggningen av målet kommer att rösta för en ändring av domen.⁵⁷ Ekelöf och Boman anser att det bör räcka med att hov-

⁵¹ Fitger, 49:54.

⁵² Welamson 1994, 138 och 164–166.

⁵³ Se t.ex. NJA 1995, 362; NJA 1995, 502; NJA 1997, 3 och NJA 1997, 281.

⁵⁴ Däremot är det inte särskilt ovanligt att HD anser att hovrätten borde ha beviljat prövningstillstånd på prejudikatgrunden i mål där hovrätten inte beviljat prövningstillstånd. Se t.ex. NJA 1993, 512.

⁵⁵ Från rättspraxis se NJA 1997, 520 och NJA 2003, 400.

⁵⁶ Lindell 2003, 356.

⁵⁷ Welamson 1994, 139.

rätten anser att det finns skäl att tvivla på att avgörandet är riktigt.⁵⁸ I propositionen talades dock om att prövningstillstånd ska beviljas om hovrätten är tveksam till om utgången i målet är riktig, om domen kan behöva ändras eller om hovrätten hyser tvivel.⁵⁹ Tillämpningen av bestämmelsen är inte fullt så liberal som propositionen förutsatte, men inte heller lika sträng som Welamson förespråkade.⁶⁰ Om klaganden har yrkat på ny bevisning ska hovrätten börja med att ta ställning till om bevisningen ska tillåtas, eftersom detta kan inverka på utgången i målet. Likaså ska frågan om förnyad bevisupptagning tas i beaktande.⁶¹

En extraordinär dispens till hovrätten kan beviljas på ungefär samma grunder som till Högsta domstolen. Den extraordinära grunden kan utgöras t.ex. av en sådan situation där extraordinära rättsmedel skulle kunna komma i fråga ifall hovrätten inte rättade till domen eller förfarandet.⁶² Prövningstillstånd enligt den extraordinära grunden kan också beviljas om det skett ett grovt misstag eller grovt förbiseende och detta har uppenbart lett till att utgången i målet blivit felaktig.⁶³ Det är med andra ord fråga om en säkerhetsventil. Behovet av en säkerhetsventil på hovrättsnivå är relativt liten eftersom prövningstillstånd kan beviljas enligt ändringsgrunden om tingsrättens domslut innehållit grova fel.⁶⁴ Den svenska lagstiftaren har dock inte velat ta bort den här dispensgrunden trots att den täcks av ändringsgrunden.⁶⁵

Då en part överklagar tingsrättens slutgiltiga avgörande ska hon eller han i överklagandet ange de omständigheter som hon eller han vill åberopa till stöd för ett prövningstillstånd (SvRB 50:4 1 stycket 4 punkten). Hovrätten är dock inte bunden till parternas yrkanden, utan kan även bevilja tillstånd på en annan grund än den som åberopats.⁶⁶ Däremot får endast sådant material som åberopats beaktas.⁶⁷ Vid tillståndsprövningen ska domstolen även beakta sådana nya omständigheter och bevis som den ska tillåta enligt 50:25 stycke 3. Parten måste alltså själv åberopa den eller de dispensgrunder hon eller han anser vara tillämpliga och framföra de omständigheter som stöder hans påstående. Därmed är det parterna som i sista hand ansvarar för att de framför tillräckligt med argument för att övertyga hovrätten om att prövningstillstånd bör beviljas.

Prövningstillståndet gäller tingsrättens dom eller slutgiltiga beslut i den utsträckning parten har överklagat, samt sådana beslut som tagits in i den dom

⁵⁸ Ekelöf – Boman 1992, 29.

⁵⁹ Proposition 1992/93:216, 45–46 och 57.

⁶⁰ SOU 1995:124, 168.

⁶¹ Fitger, 49:56.

⁶² Se NJA 1999, 92.

⁶³ Närmare om detta rekvisit se Ekelöf – Boman 1992, 114–115.

⁶⁴ Welamson 1994, 166–170, och Fitger – Renfors 1998, 338.

⁶⁵ Lindell 2003, 357.

⁶⁶ Ekelöf – Boman 1992, 50.

⁶⁷ Fitger, 49:60.

eller det beslut som överklagats. Prövningstillståndet gäller alla frågor som uppkommer i målet. Enligt svensk rätt kan partiellt prövningstillstånd *inte* beviljas. Prövningstillståndet kan begränsas till den ena partens talan om båda överklagat, likaså kan den begränsas till huvudklagan då motparten gjort anslutningsöverklagan. Om huvudklagan inte beviljas prövningstillstånd förfaller anslutningsöverklagan. Det är dock möjligt att begränsa prövningstillståndet till rättegångskostnaderna.⁶⁸

I samband med en genomgång av bestämmelserna om förfarandet i hovrätten i mitten av 1990-talet togs frågan om partiellt prövningstillstånd upp. Utredningen för ett reformerat hovrättsförfarande ansåg att en möjlighet att bevilja partiellt prövningstillstånd borde införas. Eftersom rättegången i hovrätten utgör en överprövning ska hovrätterna kunna begränsa tillståndet till den del av målet som behöver överprövning. Utredningen kom fram till att konsekvenserna av ett partiellt prövningstillstånd kan vara svåra att överblicka och att partiellt prövningstillstånd passar främst prejudikatinstansen där sakfrågorna har en mindre betydelse. Dock ansågs att sådana delar av domen som inte påverkar prövningen av andra delar kunde beviljas ett partiellt prövningstillstånd. Likaså kunde frågan om fullgörelse beviljas prövningstillstånd i mål där fastställelsen också är tvistig.⁶⁹ Dessa regler har dock inte ännu införts.

9.4.3 Beslut om prövningstillstånd

Beslut om prövningstillstånd fattas enligt huvudregeln efter att motparten givit sitt svaromål (SvRB 50:11). I praktiken fattas beslutet vanligen innan motparten hörts för att handläggningen av frågan ska vara så snabb och billig som möjligt. Om det är tveksamt om prövningstillstånd ska beviljas eller om klaganden åberopat nya bevis eller nya omständigheter är det befogat att skriftväxling sker innan hovrätten fattar beslut.⁷⁰ Prövningen av tillståndsfrågan är summarisk och helt skriftlig. Vid behov kan referenten eller föredraganden lyssna på de inspelningar som gjorts i tingsrätten.⁷¹ Det enda som prövas är om det finns någon orsak att ta upp målet till full prövning. Med andra ord ska hovrätten endast utreda det som är väsentligt för tillståndsfrågan. Om det är klart att prövningstillstånd ska beviljas kan målet handläggas snabbt. Om det däremot verkar klart att prövningstillstånd inte ska beviljas anser hovrättsprocessutredningen att de omständigheter som skulle kunna tala för ett tillstånd ska handläggas extra noga.⁷²

⁶⁸ Welamson 1994, 140–141 och SOU 1995:124, 188–189.

⁶⁹ SOU 1995:124, 188–190.

⁷⁰ Fitger, 50:62.

⁷¹ SOU 1995:124, 182. Om ingen muntlig förhandling hållits i tingsrätten kan det dock enligt Fitger (49:58–59) bli aktuellt med en muntlig förhandling för att uppfylla kraven i EMRK.

⁷² SOU 1995:124, 185.

Det verkar som om målen skulle handläggas mera ingående i Sverige än i Finland då frågan om prövningstillstånd respektive sällning avgörs.⁷³

Hovrätten är lagfaren att fatta beslut om prövningstillstånd med tre ledamöter (SvRB 2:4 3 st.). Prövningstillstånd beviljas om två ledamöter röstar för att bevilja tillstånd. Kravet är väsentligt strängare än i Finland, där det räcker med att en ledamot röstar för att prövning i sak ska ske. Ett beslut om prövningstillstånd motiveras inte och sätts upp i förenklad form. Ett avgörande i vilket prövningstillstånd nekas är ett slutligt beslut. Det är inte fråga om ett avgörande i sak. Ett beslut att bevilja prövningstillstånd är inte slutligt och får inte överklagas (SvRB 54:8 3 punkten). Ett beslut om att inte bevilja prövningstillstånd kan överklagas till Högsta domstolen.⁷⁴ Eftersom hovrätten inte tar ställning till själva saken då den fattat beslutet om att inte bevilja prövningstillstånd återförvisar Högsta domstolen målet till hovrätten om den anser att prövningstillstånd borde ha beviljats.

9.5 KOMMANDE REFORMER

Den svenska lagstiftaren har gått in för att modernisera domstolsförfarandet så att tekniska hjälpmedel utnyttjas i allt högre grad. Därtill vill man renodla domarnas och domstolarnas arbetsuppgifter.⁷⁵ För hovrätternas del innebär regeringspropositionen given i början av år 2005 kulmen av ett arbete som pågått under 12 års tid.⁷⁶ Avsikten har hela tiden varit att göra hovrätten till en kontrollinstans genom att undvika handläggningar som liknar handläggningarna i tingsrätterna.⁷⁷ Tanken är att handläggningen av målet ska anpassas till behovet.⁷⁸ Detta skulle enligt förslaget ske i första hand genom att införa generellt prövningstillstånd, som alltså skulle gälla alla tvistemål, utom mål om vårdnad av barn. Även överklagande av beslut skulle täckas av bestämmelsen även om detta tillägg knappast ger en särskilt stor inbesparning av resurser.⁷⁹ Även bevisupptagningen i hovrätterna ska ändras.

⁷³ Se t.ex. Fitger, 50:62–64, där han gör klart att hovrätten bör på många olika sätt undersöka målet noggrant. Bland annat har hovrätten en skyldighet att utreda bevisningen om klaganden påstår att tingsrätten avgjort bevisfrågan felaktigt och domen inte innehåller utförliga referat av den muntliga bevisningen. Se även NJA 2003, 400.

⁷⁴ Fitger, 50:65.

⁷⁵ Prop. 2004/05:131, 78.

⁷⁶ Propositionen bygger på SOU 1995:124, som blev ett lagförslag som dock drogs bort på grund av bristande understöd i riksdagen. Efter det fortsatte förberedandet av idéerna i Ds. 2001:36.

⁷⁷ Prop. 2004/05:131, 171.

⁷⁸ Ds. 2001:36, 71–74.

⁷⁹ Familjemålen utgör en mycket problematisk grupp eftersom betydelsen av målen är mycket stor för de inblandade, men målen kan vara belastande för domstolarna eftersom de är indispositiva till sin karaktär och ny bevisning kan framföras i hovrätten. Regeringen ville ändå göra ett separat ”paketbeslut” om familjerättsliga frågor. Prop. 2004/05:131, 181.

I propositionen föreslås en ändring av de grunder på vilka prövningstillstånd beviljas. För det första skulle det även enligt lagtexten bli obligatoriskt att bevilja prövningstillstånd om någon av dispensgrunderna uppfylls. Därtill skulle man utöver de gällande tre grunderna (ändringsfall, prejudikatfall och extraordinära fall) tillägga den så kallade granskningsgrunden. Ändringsgrunden skulle ändras så att redan en misstanke om att ett fel föreligger skulle leda till att prövningstillstånd ska beviljas. I praktiken skulle den här ändringen främst innebära att lagtexten motsvarade praxisen. I fråga om granskningsfallen skulle lagändringen innebära en nyhet eftersom prövningstillstånd skulle beviljas även i de fall det inte finns någon direkt orsak att tvivla på att avgörandet är riktigt, men att det inte i ett förenklat förfarande går att avgöra om det är det. Exempel på sådana fall är mål med komplicerade eller omfattande ekonomiska eller tekniska frågor. Granskningsgrunden utgör en slags säkerhetsventil.⁸⁰ Den andra nyheten i fråga om prövningstillstånd är att ett tillstånd kunde begränsas till en del av målet vars utgång inte påverkar övriga delar av målet. Hovrätten ska alltså inte kunna binda sina händer till övriga delar eller lämna delar av målet vilande trots partiellt prövningstillstånd.⁸¹

Bestämmelserna om prövningstillstånd skulle ändras så att de motsvarar praxis även i fråga om tidpunkten för när hovrätten bör ta ställning till prövningstillstånd. Enligt de nya bestämmelserna ska hovrätten i regel fatta beslut innan motparten delges överklagandet. Då hovrätten fattar beslut om prövningstillstånd kan den enligt de föreslagna bestämmelserna vid behov utnyttja inspelningar för att komplettera beslutsunderlaget. Tanken är att systemet ska utnyttjas endast om det är oklart hur frågan om prövningstillstånd ska lösas. På motsvarande sätt kan ett sammanträde hållas och skriftväxling ske mellan parterna. Hovrätten ska alltså ha en tillräcklig grund att fatta beslut om prövningstillstånd på. Möjligheten att utnyttja inspelningar gjorda i tingsrätten hänger ihop med förslaget om att muntlig bevisning i framtiden enligt huvudregeln ska läggas fram genom en uppspelning av den videospelning som gjorts i tingsrätten. Endast ifall man av någon orsak vill ställa bevispersonen nya frågor är det enligt lagförslaget möjligt att kalla bevispersonen till förhör i hovrätten. Då det gäller förhör av part är läget ett annat eftersom parten har rätt att delta i förfarandet. I t.ex. familjemål är det viktigt att parterna deltar i handläggningen av målet. Dessa regler skulle även innebära en modifiering av bestämmelsen om tilltro på så sätt att hovrätten kunde bedöma tilltron på ett annat sätt än tingsrätten även i de fall då en videoupptagning läggs fram.⁸²

⁸⁰ Prop. 2004/05:131, 184–187 och Ds 2001:36, 83–88. Se även prop. 1996/97:131, 56–60 om formuleringen av paragrafen och sidorna 187–188 för lagrådets kritik av bibehållandet av ”fär meddela” ”endast om.”

⁸¹ Prop. 2004/05:131, 188–189 och SOU 1995:124, 187–191.

⁸² Prop. 2004/05:131, 200–210.

Beslut om att bevilja prövningstillstånd skulle fattas i en vanlig sammansättning av tre domare. Ifall det är klart att prövningstillstånd ska beviljas skulle även en domare ensam kunna fatta beslut. Normala regler för omröstning skulle gälla även beslut om prövningstillstånd.⁸³

Som helhet kan man säga att de föreslagna bestämmelserna på många sätt påminner om den finska sällningen med undantag för de genomgripande inskränkningarna i omedelbarhetsprincipen som görs på ett sätt som saknar motstycke i andra länder. De föreslagna ändringarna skulle i praktiken betyda att bevisomedelbarhetsprincipen slopades i Sverige. Därmed skulle prövningen av sakfrågor i den andra instansen begränsas indirekt. Det är intressant att ändringarna främst skulle beröra civilprocessen, eftersom bestämmelserna om prövningstillstånd inte skulle gälla för många brottmål.

Samtidigt som bestämmelserna om prövningstillstånd utvidgas kommer även andra ändringar att göras. De viktigaste ändringarna görs i SvRB 35 kapitlet och handlar om förnyad bevisupptagning i hovrätten. I framtiden kommer en bildinspelning praktiskt taget alltid att göras av all framlagd muntlig bevisning. Bestämmelserna i SvRB 35:13 ändras så att bevisning får upptas på nytt i hovrätten endast till den del parterna yrkat på det. Denna utgångspunkt är i sig riktig. För det andra ändras bestämmelsen så att den förnyade bevisupptagningen i regel kommer att ske så att man spelar upp bildinspelningen. Härmed är skillnaden inte alltför stor mot dagens läge, då ljudinspelningar utnyttjas ofta. Men det intressanta är att huvudregeln är att bevispersonen inte får kallas in för nytt förhör. Endast ifall man vill ställa tillägsfrågor är det möjligt att kalla in personen på nytt.⁸⁴ Bestämmelserna om tilltro ändras så att det räcker med att bevisningen tas upp på nytt genom att spela upp bildinspelningen.

Denna reform visar i mitt tycke att den svenska lagstiftaren försöker ”fixera” bevismaterialet i tingsrätten. På sätt och vis vill man även inom ramen av lagtexten återgå till det gamla muntligt-protokollariska systemet där hovrätten avgör målet på exakt samma grunder som tingsrätten. Tidigare skrevs den muntliga bevisningen ner i protokollet, men efter moderniseringen år 1948 först i domen och sedan gjordes ljudinspelningar. Idag vill man officiellt övergå till det gamla systemet med den modifieringen att en videoinspelning ersätter protokollet. Det är i sig inte ett stort problem att bevismaterialet fixeras i underrätten, eftersom ett sådant förfarande förekommer i många rättssystem.

Det som däremot är problematiskt är att hovrätten blir en instans som tittar på videoinspelningar. Jag är nämligen inte övertygad om att detta är den rätta vägen att gå fram.⁸⁵ Om bevispersonerna är lätta att stämma in är det i mitt tycke

⁸³ Prop. 2004/05:131, 193–197.

⁸⁴ Prop. 2004/05:131, 203.

⁸⁵ Se bet. 2004/05:JuU29, 14 för en sammanställning av den svenska lagstiftarens argument för att införa systemet.

bättre att kalla in dem. I de fall det är fråga om en sakkunnig eller en person som kommit i kontakt med saken i samband med sin yrkesutövning, t.ex. en läkare eller en rörmokare som rättat till en felaktig konstruktion, kunde det vara möjligt att förrätta förhöret per telefon. Fördelen med nytt förhör är att det kan vara mycket snabbare. Man behöver inte lyssna på hela förhöret, utan kan koncentrera sig på det som visade sig vara relevant, och särskilt på det som var stridigt. Man behöver inte heller använda tid på att spola fram rätt ställe. Dessutom ger ett nytt förhör domstolen möjlighet att aktivt ställa frågor själv. Problemet är nämligen att små klarläggande frågor kan bli obesvarade om man har videoförhör eftersom det skulle kräva att personen i fråga kallas in, vilket i sin tur skulle avsevärt förlänga handläggningen av målet.

I ett direkt förhör tar kanske en sådan fråga 30 sekunder i anspråk och förlänger därför inte rättegången. Den andra aspekten är just problemet med att det ibland först under huvudförhandlingen kan bli klart att det är nödvändigt att ställa flera frågor. Då fördröjs rättegången oskäligt mycket. Visserligen är fördelen med videoförhör att minnesbilderna varken försämrats med tiden eller påverkats av tingsrättens avgörande. Jag skulle ändå anse att det är bättre med förnyat förhör som huvudregel i de mål där det är enkelt att stämma in bevispersonerna eller där telefonförhör är ett fullgott alternativ.

Tyvärr har lagstiftaren också ansett att det är möjligt att utnyttja referat av ett förhör nedskrivet i domen.⁸⁶ En uppläsning av ett sådant referat i domen betyder att hovrätten har ett avsevärt sämre bevismaterial till sitt förfogande än tingsrätten och att parternas rättsskydd i fråga om sakfrågan är relativt dålig. Detta är definitivt ett tecken på att den svenska rättkulturen inte än idag vuxit från det muntligt-protokollariska systemet och att förståelsen för vad muntlighet och omedelbarhet samt principen om bästa möjliga bevismaterial egentligen betyder.

⁸⁶ Se prop. 2004/05:131, 147.

10 Norsk rätt

10.1 DEN NYA NORSKA CIVILPROCESSEN

Den norska civilprocessen står inför en genomgripande reform, som träder i kraft antagligen år 2007.¹ Den gamla *tvistemålsloven* har ersatts av *tvisteloven*, i vilken lösningen av konflikter står i centrum. Detta tar sig först och främst uttryck i att man vill integrera även konfliktlösning i domstolssystemet. Man vill också sänka tröskeln för att föra mål till domstolen. Det handlar alltså om tvistlösning i domstol, småmålsprocess och skräddarsydd process.² Eftersom den nya norska civilprocessen inte ännu trätt ikraft pejar jag i viss mån i den här avhandlingen de nya bestämmelserna mot de äldre.

För att förstå den nya norska civilprocessen är det viktigt att känna till den nya civilprocessens bakgrund. Utgångspunkterna är att de resurser som läggs på rättegången ska stå i proportion till intresset i målet. Arbetsgruppen konstaterar följande: "Behandlingen savner i betydelig grad proporsjonalitet. Det blir lett et misforhold mellom behandlingen og omkostningene ved den og betydningen av tvisten. Den principielt viktige og økonomisk betydningsfulle tvist behandles på samme måte og med samme utgifter som en ordinær tvist uten prinsipielle implikasjoner og uten spesielt stor økonomisk betydning." Vidare konstateras det att: "Saksavviklingen generelt lider ved at saker behandles uten et rimeligt forhold till betydningen av tvisten og med mangel på konsentrasjon også i tid. Totalt sett medfører dette en unødig belastning på domstolsressurserne, som nødvendigvis vil være begrenset."³ Nyckelordet i hela reformen är proportionalitet, men också försvarlighet och snabbhet. I mitt tycke är begreppet försvarlig mycket centralt i samband med proportionalitet, eftersom det fungerar som en slags motvikt till de "ekonomiskt" laddade, enkelt kvantifierbara kraven på snabbhet och billighet. I en proportionell process bör handläggningen av målet vara försvarlig med tanke på målets betydelse både för den enskilda parten och i största allmänhet.

Som ett redskap för att uppnå en snabb och billig, men försvarlig, process som står i proportion till intresset i målet anser arbetsgruppen att rättens "*aktive sakstyrning*" ska fungera. Det betyder att domstolarna bör ha en skyldighet att aktivt främja handläggningen av målet både genom att se till att målet snabbt

¹ De gällande norska rätten är i ganska hög grad lik den danska rätten. Om dansk rätt se t.es. Lindencrone – Werlauff 2000, 298–309.

² NOU 2001:32, 90.

³ NOU 2001: 32, 114.

förs vidare från en fas i handläggningen till en annan, och genom att vid behov ge råd och utöva processledning.⁴

10.2 DOMSTOLSSYSTEMET OCH RÄTTSMEDLEN I NORGE

Det norska domstolssystemet bygger i princip på tre instanser. Den första instansen utgörs av *tingretter*.⁵ Handläggningen av många mål börjar dock först i *forliksrådet* som inte räknas som en instans eftersom handläggningen av målen är annorlunda och eftersom rådet inte har några yrkesdomare. Mellaninstansen utgörs av *lagmannsretter* och den översta instansen av *Høyesterett*.⁶

Forliksrådet är ett organ som finns i varje kommun och vars alla medlemmar är lekmän utsedda av kommunen.⁷ *Forliksrådets* viktigaste uppgifter anses vara att försöka få parterna att förlikas, att ge tredskodomar och att avgöra enkla mål.⁸ Familjemål och vissa immaterialrättsliga mål samt en del andra mål faller enligt tvisteloven (tvl.) 6–2 § utanför *forliksrådets* kompetens. Om medlingen misslyckas kan dom ges endast i de fall då båda kommer till förhandlingen och käranden ber om det och motparten samtycker eller medger huvudyrkandet. Om intresset i målet har ett ekonomiskt värde kan en dom ges om motparten medger yrkande, om någondera parten uteblir eller om parterna ger sitt samtycke (tvl. 6–10 §).⁹ Om målet genomgått utomrättslig medling eller värdet överskrider 125 000 NOK (cirka 15 000 euro) behöver handläggningen inte börja i *forliksrådet* (tvl. 6–2 §). Även vissa typer av mål är befriade. Om målet är komplicerat eller *forliksrådet* inte har tillräckligt med information ska den avstå från att avgöra målet, utan hänvisa det till *tingretten*. *Forliksrådets* dom kan överklagas till *tingretten*. Det är dock inte fråga om ett traditionellt överklagande, eftersom rättegångsförfarandet är detsamma som i de mål som inte handlagts av *forliksrådet*.¹⁰

Tingretterna motsvarar i stort sett våra tingsrätter. I dessa underrätter handläggs i princip alla tvistemål. Domstolen kan handlägga målen med en domare, dock så att den är domför i huvudförhandling med en domare och två lekmanadomare (*meddommere*) om en part ber om det eller om målet är så pass om-

⁴ NOU 2001:32, 134 ff.

⁵ Fram till 31.12.2001 fanns det två olika slags underrätter i Norge: *byretter* och *herredsretter*. Indelningen motsvarade det gamla finska systemet med rådstuvu- och häradsrätter. Observera termen *tingrett* i förhållande till termen *tingsrett* som avser sakrätt.

⁶ Skoghøy 2001, 51. Se även dstl. 9§.

⁷ *Forliksrådet* har ansetts vara problematisk ur mänskorättssynvinkel. Se NOU 1999:22, 31–32 och Skoghøy 2001, 57.

⁸ NOU 1999:22, 27–28.

⁹ Se närmare Lunde LoR 1992, 280 och Schei 1998a, 114–116.

¹⁰ Hov 1999, 389.

fattande eller komplicerat att domstolen själv anser det vara behövligt. Vissa typer av mål ska alltid handläggas av en domare och två lekmän. I vissa mål väljs lekmannadomarna bland personer som har sakkunskap om frågan.¹¹

Den andra instansen består av *lagmannsretten*. Det finns sex *lagmannsretter* i Norge: Hålogaland i Tromsø; Frostating i Trondheim; Gulating i Bergen; Agder i Skien; Eidsivating i Hamar och Borgarting i Oslo. *Lagmannsrettene* är domföra med tre domare eller med tre domare och två eller fyra lekmannadomare.¹² *Lagmannsrettens* viktigaste uppgift är att fungera som andra instans i mål där rättsmedlen *anke* används. I mål med ett ekonomiskt värde på under 125 000 NOK krävs *samtykke*, alltså prövningstillstånd.

Den tredje instansen i Norge är *Høyesterett*, som handlägger i princip alla de mål där *lagmannsrettens* avgörande överklagats. Dock krävs prövningstillstånd som beviljas av *ankeutvalget*.¹³

Tvistemål där värdet på intresset inte överskrider 125 000 NOK eller där parterna kommer överens om det handläggs i förenklat förfarande i *tingretten* (tv. 10-1 § 2 st). I och med att gränsen för småmål höjdes mer än sexfald försvann också begränsningarna om överklagande av dessa mål.¹⁴

I norsk civilprocessrätt finns efter den senaste reformen ett ordinärt, devolutivt och allmänt rättsmedel, nämligen *anke*, som motsvarar det svenska rättsmedlet överklagan. Precis som i Sverige beror handläggningen av målet på om en dom eller ett beslut överklagats. I Norge finns tre huvudsakliga typer av domstolsavgöranden; domar, *kjennelser* och *beslutninger*. *Kjennelse* är ett domstolsavgörande som används för att avvisa ett mål på processuella grunder. *Beslutninger* används i princip för alla andra typer av domstolsavgöranden och för att gallra bort mål i de högre instanserna.¹⁵ Då *tingretten* genom *kjennelse* avgör hur målet ska handläggas i sådana situationer där den kan välja mellan olika alternativ utgående från vad som anses vara mest lämpat för det enskilda målet i fråga, får avgörandet inte överklagas till den del det beror på *tingrettens* egen relativt fria prövning. I dessa situationer kan *kjennelsen* överklagas endast om den är oförsvarlig eller klart orimlig (tv. 29-3 § 2 st.). *Beslutninger* kan överklagas endast om domstolen tolkat den bestämmelse som tillämpats fel, eller om avgörandet är uppenbart oförsvarligt eller orimligt (tv. 29-3 § 3 st.). Endast domar kan överklagas i alla situationer enligt norsk rätt.

¹¹ Skoghøy 2001, 64–65. Se även Bøhn 2000, 64–65.

¹² Lekmannadomare utnyttjas i praktiken sällan annat än i sådana mål där de är obligatoriska, se NOU 2001:32, 148.

¹³ Tidigare gällde prövningstillstånd endast vissa mål, bland annat mål med ett relativt lågt ekonomiskt värde och mål där ett beslut överklagats.

¹⁴ Detta beror dels på att antalet mål där värdet på intresset är under 20 000 NOK är mycket litet, dels att parterna sällan går med på ett sådant rättegångsförfarande i andra mål, eftersom kostnaderna för rättegången inte blir så mycket lägre.

¹⁵ Skoghøy 2001, 723–726.

10.3 ÖVERBLICK ÖVER FÖRFARANDET I DEN ANDRA INSTANSEN

10.3.1 Förberedelsen i den första instansen

Rättegången i den andra instansen inleds med en *ankeerklæring* som kan vara antingen muntlig eller skriftlig (tv. 29-9 § 2 st.), men i praktiken är de nästan alltid skriftliga. Den lämnas alltid in till den domstol vars avgörande överklagas, d.v.s. *tingretten*. Fristen för att överklaga är i regel en månad, men domstolen kan sätta en frist på en vecka i fråga om beslut som fattats inom ramarna för rättegångsförfarandet.

I *ankeerklæringen* ska förutom *ankedomstolens* namn och det avgörande som överklagas också finnas information om huruvida man överklagar hela avgörandet eller bara en del; de fel i handläggningen eller avgörandet som *anken* grundar sig på; yrkanden som görs i den andra instansen och de omständigheter som åberopas som stöd för den. Därutöver bör naturligtvis parternas ställning i processen och deras kontaktuppgifter; vilken sammansättning överklaganden anser att målet ska handläggas i och när den muntliga förhandlingen kan äga rum anges. Om överklaganden åberopar nya bevis måste dessa klart läggas fram i *ankeerklæringen*.

Om *ankeerklæringen* inte är fullständig och felen kan rättas till ska *tingretten* utsätta en kort ny frist under vilken felen bör rättas. En sådan frist kan också utsättas av den andra instansen då målet kommit dit.¹⁶ Ifall felen i handläggningen eller avgörandet har beskrivits endast i korthet, så att säga slagordsmässigt, kan skriften inte anses vara felaktig. Orsaken är att den endast utgör ”*et forberedende innlegg* for en *senere* muntlig forhandling.”¹⁷ Däremot måste felen vara konkretiserade.¹⁸ Det räcker inte att allmänt konstatera att det finns felaktigheter.¹⁹ Om *ankesummen*, d.v.s. värdet på intresset i målet, inte överskrider 125 000 NOK krävs prövningstillstånd, men klaganden behöver inte ansöka om tillstånd. I praktiken är det dock skäl att argumentera för att *samtykke* ska beviljas.

Tingretten tar ställning till om *anken* lämnats in i tid och om den uppfyller processförutsättningarna. Om så inte är fallet ska *tingretten* informera den som överklagat om detta. *Tingretten* kan inte själv avvisa överklagandet i sådana situationer. Den kan endast informera överklaganden om bristerna och vid behov utsätta en frist för att rätta till felen. Underrätten ska vid behov även vägleda

¹⁶ Som en kuriositet kan nämnas att den andra instansen kan även välja att avvisa målet och i samband med avvisningen ge parten en ny frist att överklaga. Se Schei 1998b, 962 och Rt 1984, 1472.

¹⁷ Hov 1999, 410.

¹⁸ Schei 1998b, 971.

¹⁹ Se Rt 1992, 532. Det räcker inte att åberopa att *anken* gäller rättsanvändningen och bevisvärderingen.

överklaganden (tv. 29-10 § 1 st. och 16-5 § och 16-6 §).²⁰ Det här kan ses som en parallell till tysk rätt där domstolen har en långtgående skyldighet att informera parterna då det finns en risk för att målet avvisas. Då kan parten överväga situationen och i de fall det inte är möjligt att rätta till felen välja att återta överklagandet. Om så inte sker ska underrätten handlägga överklagandet helt vanligt eftersom den inte kan avgöra målet själv.

Om det inte finns några fel eller felen rättats delges motparten *anken* utan dröjsmål. Samtidigt sätter domstolen ut en frist inom vilken motparten ska ge sitt svar. Fristen bör enligt tv. 29-10 § 2 st. normalt vara tre veckor om en dom överklagats och en vecka i övriga fall. Fristen kan vid behov förlängas. Inom fristen är det också möjligt att i stället för svar inge en *motanke*.²¹ Svaret bör innehålla de bevis motparten vill lägga fram, vad hon eller han vill visa med dem, och hur bevisningen ska gå till. Om motparten vill åberopa sådant som hon eller han inte gjort gällande tidigare ska hon eller han nämna detta i svaret. Likaså ska svaret innehålla eventuella processinvändningar. Därtill ska hon eller han vid behov uttala sig om behovet av lekmannadomare och tidpunkten för den muntliga förhandlingen. Precis som i Finland kan motparten förhålla sig passiv i den andra instansen utan risk för tredsdom.²²

Svaret delges överklaganden. Om svaret innehåller en *motanke* ska överklaganden ges en frist att inge sitt svar, som i sin tur delges motparten. Samtidigt överförs målet till *lagmannsretten* som fortsätter handläggningen av målet.

10.3.2 Förberedelse i *lagmannsretten*

Då målet kommit in till *lagmannsretten* fortsätter handläggningen av målet. Målet delas ut till en domare som ansvarar för förberedelsen av huvudförhandlingen. *Lagmannsretten* börjar enligt tv. 29-12 § 1 st. med att ta ställning till om *anken* ska avvisas på grund av de fel den innehåller eller om det avgörande som överklagas ska upphävas på grund av ett fel som domstolen ska beakta på tjänstens vägnar. Därtill kan saken hävas om den inte kan handläggas i domstol eller om den redan är rättskraftligt avgjord. *Anken* kan avvisas om den är behäftad med sådana fel som gör att förutsättningarna att handlägga målet saknas. Det kan alltså vara fråga om en situation där en processförutsättning saknas eller där överklaganden yrkar på något som inte kan prövas i den andra instansen.

²⁰ Schei 1998b, 984–985.

²¹ Begreppet *motanke* används i de situationer då båda parterna överklagat inom den vanliga fristen. Då avses med *anke* det överklagande som kom in först och med *motanke* det senare överklagandet. Då är det fråga om två självständiga överklaganden. En *akcessorisk motanke* motsvarar motbesvär i finsk rätt och anslutningsöverklagande i svensk rätt. Se Schei 1998b, 964–967 och Skoghøy 2001, 895–899 om *motanke* i norsk rätt.

²² Schei 1998b, 988.

I sådana fall kan *lagmannsretten* avvisa målet utan att hålla en muntlig förhandling. Domstolen är dock inte förpliktad att avgöra målet utan muntlig förhandling och den kan välja att avgöra endast en del av målet skriftligt.²³ Ett avgörande om att målet ska handläggas normalt kan fattas av den domare som ansvarar för förberedningen. Om ett mål handlagts enligt bestämmelserna om småmål i *tingretten* kan målet återförvisas i det här skedet ifall det skett fel vid handläggningen av målet.

Om prövningstillstånd, alltså *samtykke*, behövs ska *lagmannsretten* ta ställning till frågan i det här skedet. Likaså kan domstolen avgöra ett mål genom *nektelse* om målet är utsiktslöst. Jag återkommer till gallringsmekanismerna senare.

Eftersom målen avgörs enligt huvudregeln muntligt i den andra instansen är förberedelsens främsta uppgift att se till att huvudförhandlingen kan ordnas. Följaktligen hänvisas till de bestämmelser som gäller förberedelsen i *tingretten*. Förberedelsen är i huvudsak skriftlig, men domstolen kan ordna ett muntligt förberedelsesammanträde vid behov. Under den skriftliga förberedelsen säkerställs framförandet av bevisningen i huvudförhandlingen. Den domare som ansvarar för förberedelsen ska alltså ta ställning till vilka bevis som ska läggas fram och vilka personer som ska höras, samt ta ställning till om parterna ska närvara personligen vid huvudförhandlingen. I vissa fall kan bevis tas emot utanför huvudförhandlingen.²⁴ Den förberedande domarens roll är dock en annan än i Finland och Sverige eftersom hon eller han ofta själv inte deltar i huvudförhandlingen. En kort tid före huvudförhandlingen delas målet ut till de domare som har en möjlighet att sitta målet, oberoende av om någon av dem förberett målet.²⁵

Vid den muntliga förberedande handläggningen tillämpas många av bestämmelserna som gäller huvudförhandlingen. Parterna ska kallas in vid hot om tredskodom och domstolen ska utsätta en frist efter vilken det inte är möjligt att ändra talan eller lägga till något. Målet kan alltså avgöras genom tredskodom eller så kan domstolen fastställa en förlikning. Vissa bestämmelser som gäller förberedelsen i underrätten tillämpas *mutatis mutandis*. Under vissa förutsättningar kan domstolen avgöra målet efter det muntliga förberedelsesammanträdet (tv. 19-14 § 3 st. och 9-5 § 4 st.).

Domstolen kan ålägga den part som överklagat att utarbeta en kortfattad, kronologisk redogörelse över fakta i målet. Redogörelsen ska ges in inom den frist domstolen satt ut. Redogörelsen delges sedan motparten som i sin tur kan framföra sina invändningar. Tanken är att överklaganden inte ska redogöra för

²³ Skoghøy 2001, 903–905.

²⁴ Schei 1998b, 888–890.

²⁵ I Gulating lagmannsrett deltar sällan den förberedande domaren eftersom domstolen är stor och ofta förrättar ting på annan ort än i Bergen.

bevis- och rättsfrågor i större utsträckning än nödvändigt. Redogörelsen är avsedd som hjälpmedel i mera omfattande mål där det är svårt hålla reda på alla fakta.²⁶ Detta kan vara nödvändigt eftersom domarna i regel bekantar sig endast med *tingrettens* dom, *ankeerklæringen* och svaret inför huvudförhandlingen. Genom att läsa redogörelsen får man snabbt en överblick över fakta i målet och vilka fakta som är stridiga. Om en part underlåter att göra redogörelsen eller framföra sin åsikt döms hon eller han inte med tredskodom. *Lagmannsretten* kan också kräva att den part som ska inleda huvudförhandlingen ska göra ett s.k. *dokumentutdrag*, som innehåller alla avgöranden, yrkanden och bevis som gäller i den instansen. Därtill ska de relevanta processkrifterna ingå. Alla dokument ska vara i kronologisk ordning om rätten inte av någon särskild orsak bestämmer annat. Dokumentutdraget skickas sedan till domstolen och till motpartens ombud.²⁷

Under förberedelsen planeras förloppet av huvudförhandlingen i samråd med parterna. Då förberedelsen lider mot sitt slut ska *lagmannsretten* i regel fastställa en frist för att framföra avslutande kommentarer (tv. 29-14 §). Denna frist tar slut två veckor innan huvudförhandlingen hålls. Samtidigt ska domstolen meddela parterna om att målet överförs till avgörande om parterna inte har något mera att tillägga. Beslutet om detta fattas av den domare som ansvarar för förberedelsen och avgörandet kan inte överklagas. Efter att fristen gått ut går det endast i undantagsfall att framställa nya yrkanden, omständigheter eller bevis. Parterna ska också framföra sina kommentarer om förloppet av den muntliga handläggningen innan fristen löpt ut. Efter det att fristen gått ur kan parterna inte längre yrka på att lekmän ska delta i handläggningen av målet.²⁸

Reglerna om nya yrkanden om själva tvisteföremålet, vilka gör att föremålet för tvisten ändras eller utvidgas, finns i tv. 29-4 § 3 och 4 st. Nya yrkanden får framföras i den andra instansen om det är sannolikt att detta beror på att omständigheterna har ändrats eller att parten fått kännedom om dem först efter att huvudförhandlingen i underrätten avslutats.²⁹ Därtill är det möjligt att framföra nya krav då motparten samtycker. Även om motparten vägrar sitt samtycke kan nya krav framföras om domstolen finner att motparten inte hade något rimligt skäl att motsätta sig utvidgningen.³⁰ Reglerna är strängare efter det att fristen att överklaga respektive fristen att inge svar tagit slut. Norge har med andra ord betydligt liberalare bestämmelser än Finland och Sverige om att ändra talan eller

²⁶ Skoghøy 2001, 496–497 och 913.

²⁷ Skoghøy 2001, 919–920. Reglerna om utdraget finns i *Lov om utdrag i tvistemål og straffesaker*.

²⁸ Schei 1998b, 1007–1008 och Skoghøy 2001, 917.

²⁹ Se närmare Schei 1998b, 977 ff. om när nya krav får framställas. Se även Rt 2003, 1150 och LB 2004–44371.

³⁰ Schei 1998b, 979–982.

tillägga nya bevis i den andra instansen och domstolen har en ganska bred prövning marginal.³¹

Enligt bestämmelserna i tvl. 29-14 § 3 st. och 9-10 § är det i viss mån möjligt att ändra på de grunder på vilka man överklagat (*ankegrunn*). Om en part ursprungligen yrkat på att bevisfrågan avgjorts fel kan hon eller han tills fristen gått ut även yrka att målet handlagts fel. Likaså kan överklaganden i de fall då hon eller han ursprungligen yrkat på att rättsfråga A avgjorts fel även inkludera rättsfråga B. Detta kan ske fram tills två veckorsfristen inför huvudförhandlingen.³² Efter att fristen gått ut är det möjligt att framföra nya detaljer och ännu ”finslipa” de grunder man lagt fram.³³ Ändringar kan dock vara möjliga om de beror på det som motparten framfört i slutet av fristen eller om det annars är skäl att tillåta det (9-16 §).

Efter fristen är det endast möjligt att framföra nya yrkanden, omständigheter och bevis med motpartens samtycke eller om *lagmannsretten* anser att motparten inte har någon rimlig grund att motsätta sig detta. Domstolen ska bland annat beakta hur snabbt det nya materialet framställs efter att fristen löpt ut; om parten kan klandras för att hon eller han inte framfört materialet tidigare; och följderna av att det nya materialet beaktas.³⁴

Bestämmelsen om preklusion gäller såväl dispositiva som indispositiva mål även om domstolen bör vara generösare med att tillåta nytt material i indispositiva mål. Frågan om ett yrkande, en omständighet eller ett bevis ska prekluderas avgörs vanligtvis av den domare som ansvarar för förberedelsen.³⁵

Då den muntliga förhandlingen är utsatt kallas parterna och de som ska höras. Därtill uppmanas parterna att ta med de skriftliga bevis och andra bevis som utgörs av konkreta föremål. I kallelsen nämns att målet kan avgöras med tredskodom om parten inte kommer till huvudförhandlingen.

Under förberedelsen kan den domare som ansvarar för förberedelsen enligt tv. 19-2 § 2 st. ensam fatta avgöranden som har med förberedelsen av målet att göra. En domare kan alltså avgöra frågor som har att göra med att sätta ut frister och förlänga dem, bestämma vilka bevis som ska tillåtas, om bevispersonerna som ska höras. Domaren kan ensam fatta beslut om preklusion. Däremot får

³¹ I samband med reformen av civilprocessen gjordes ett förslag om att betydligt skärpa reglerna om preklusion (NOU 2001:32, 754). Regeringen ansåg dock att det inte fanns någon orsak att ändra på bestämmelserna i någon större grad (Ot.prp. nr. 51/2004–2005, 175–176 och 395–396). En lite skärpning skedde trots allt.

³² Skoghøy 2001, 915–916.

³³ Schei 1998b, 1004–1005.

³⁴ Michelsen 1999, 122; Schei 1998b, 1005–1006; och Skoghøy 2001, 916–917.

³⁵ Schei 1998b, 1007. Om fristen utsätts långt innan det datum den muntliga huvudförhandlingen hålls förhåller sig domstolen dock i praktiken ofta mycket liberalt till att ta in ny bevisning i målet. I de fall den muntliga huvudförhandlingen hålls kort efter fristen är inställningen strängare. Det är inte ovanligt att parterna återoppar ny bevisning strax innan huvudförhandlingen inleds eller under den.

hon eller han inte avgöra interimistiska förordnanden och biyrkanden, inklusive yrkanden om ersättning för rättegångskostnader.³⁶

10.3.3 Huvudförhandlingen

Den muntliga huvudförhandlingen förlöper i stort sett som i Finland och Sverige. Precis som i dessa länder används reglerna om huvudförhandling i *tingretten* till tillämpliga delar i den andra instansen (tv. 29-18 §). Domstolen börjar med att kontrollera vem som är på plats, identifiera målet och ta upp frågan om domarnas habilitet.³⁷ *Lagmannsretten* tar också upp frågan om hur förhandlingen kommer att löpa i praktiken. Huvudförhandlingen inleds med en framställning av själva saken (*innledningsföredrag*), fortsätter med bevisning och avslutas med plädering (*prosedyren*). Det är viktigt att parterna tar upp alla relevanta frågor och all relevant skriftlig bevisning eftersom domarna endast bekantat sig med *tingrettens* dom, *ankeerklaringen* och svaret inför rättegången. Däremot har de inte bekantat sig med övrigt material även om ett utdrag har gjorts.³⁸ Därför läser parten oftast upp de delar av bevisningen som är relevanta ur hans eller hennes synvinkel.³⁹

Den stora skillnaden jämfört med Finland och Sverige är att parterna enligt allmän praxis får ordet endast en gång. Detta betyder att parterna genast presenterar målet i sin helhet. Därtill framställs den skriftliga bevisningen också redan då. I stället för att förhandlingen skulle börja med att parterna kort framför sina yrkanden och svarar på motpartens yrkanden för att sedan övergå till att utveckla sin talan är dessa två delar i norsk praxis sammanslagna till en del. Den här delen av den muntliga förhandlingen avslutas med att parterna framlägger sina yrkanden.⁴⁰ Detta är möjligt eftersom parterna har lagt fram sina yrkanden i slutet av förberedelsen av målet. Således står det helt klart vad de yrkar på och vilka omständigheter de åberopar till stöd för yrkanden.

Det följande skedet är upptagningen av muntlig bevisning. Om bevisfrågorna inte överklagats kan *tingrettens* avgörande om bevisfrågorna sättas till grund för *lagmannsrettens* avgörande. Efter att all bevisning mottagits är det dags för

³⁶ Schei 1998a, 534–538.

³⁷ Hov 1999, 151–152.

³⁸ Utdragets uppgift är att fungera som ett enhetligt kompendium med enhetlig sidnumrering så att det vid behov är lätt att hitta dokument.

³⁹ Se Skoghøy 2001, 503. Det kan finnas behov av att referera innehållet i de delar av dokumentet man inte direkt åberopar som stöd för sina yrkanden om dessa ger en bakgrund till de åberopade delarna. Utdraget med den skriftliga bevisningen är i praktiken till stor hjälp, eftersom den har en löpande sidnumrering. Då kan alla involverade snabbt hitta rätt dokument genom att man hänvisar till sidnumret.

⁴⁰ I Norge framläggs yrkanden på ett sätt som liknar det svenska systemet med ”att-satser”.

plädering (*prosedyren*). Om det är fråga om ett juridiskt sett komplicerat mål i vilket parterna hänvisar till annat material än själva lagtexten och reella argument bör parterna ha gjort ett så kallat *juridisk utdrag* i vilket de rättskällor som åberopats finns intagna. Huvudförhandlingen avslutas med att parterna får ordet ytterligare en gång för att ge en kort replik på motpartens plädering.⁴¹ Vid behov kan domstolen ge parterna en viss maximitid för pläderingen.

Enligt tvl. 29-18 § 3 st. kan domstolen sedan parterna framlagt sina yrkanden, eller processinvändningar, besluta att handläggningen av dessa inte ska fortsätta om den anser att de är utsiktslösa. Beslutet kan fattas separatt för varje enskilt yrkande och invändning. Ett sådant beslut behöver inte vara enhälligt och parterna måste varnas om beslutet.⁴² I praktiken utnyttjas den här möjligheten sällan av *lagmannsretterna*.⁴³

Om parterna påstår att både handläggningen och avgörandet i underrätten är felaktiga bör domstolen först handlägga frågan om eventuella rättegångsfel. Först sedan den frågan är avgjord ska eventuella fel i avgörandet tas upp (tvl. 29-22 §). Detta beror på att målet ska återförvisas till *tingretten* om handläggningen där är behäftad med fel. Då är det inte någon idé att ta ställning till själva saken.

Enligt tvl. 19-4 § 5 st. ska domstolen fatta sitt avgörande inom fyra veckor från huvudförhandlingen.⁴⁴

10.3.4 Påskyndad huvudförhandling

Gulating lagmannsrett har infört ett system för att snabba upp handläggningen av målen. Detta beror på att anhopningen av tvistemål varit oroande under de senaste åren. Det nya systemet kallas *hurtigbehandling av sivile saker* eller kort *tilskjering*. Tanken är att handlägga relativt enkla och överskådliga mål snabbt, att mål i vilka huvudförhandlingen normalt tar två dagar i anspråk ska klaras av på en dag. Om parterna går med på en förkortning av den muntliga huvudförhandlingen tas målet upp inom sex månader i stället för kanske ett år.

Avsikten är att den förkortade huvudförhandlingen inte ska innebära att parternas rättsskydd försvagas och att handläggningen av målet blir skönsmässig. Tvärtom är tanken att man ska koncentrera sig på det väsentliga, på en överprövning av målet i stället för att ompröva målet. Som *Gulating lagmannsrett* konstaterar: ”Det er viktig å understreka, som nemnt, at ei ankebehandling er ei overprøving av tingretten sin dom og ikkje ei ny prøving av heile saka. Det er

⁴¹ Hov 1999a, 155 och Skoghøy 2001, 505–506.

⁴² Se Rt 2004, 22 och 87.

⁴³ Schei 1998b, 1011–1012 och Skoghøy 2001, 921. Se RG 1994, 318 och Rt. 2003, 512.

⁴⁴ Skoghøy 2001, 507.

dei konkrete faktiske og/eller rettslege feila i tingrettens sin dom som skal behandlast. Opplegget for ankeforhandlinga bør derfor avgrensaast til desse.”⁴⁵

Det här betyder att parterna endast åberopar de fel de anser att *tingrettens* dom är behäftad med och att de sedan framför hur de anser att målet ska avgöras. Detta bör inte ta mer än 10 minuter per part i anspråk. Därefter koncentreras bevisningen på de punkter parterna är ense om. Meningen är att man alltid kan komma överens med ombuden om tidsplanen för rättegången och vara flexibel i dispositionen av tiden mellan de olika delarna av förhandlingen.

10.3.5 Skriftligt förfarande

I och med reformen av civilprocessen har möjligheterna att handlägga mål skriftligt ökat i Norge. För det första är det möjligt att handlägga målet helt eller delvis skriftligt om parterna samtycker till det och den skriftliga handläggningen kan anses vara försvarlig.

Domstolen kan bestämma att mål som bara gäller rättsfrågor eller frågor om rättegångsförfarandet ska handläggas skriftligt (tv. 29-5 § 5 st.). Det samma gäller om sakfrågor, där muntlig bevisning aktualiseras endast i en mycket begränsad mån. Enligt Schei är det dock möjligt att avgöra ett mål skriftligt även om bevisfrågan överklagats i de fall då parterna är ense om hur bevisfrågan borde lösas.⁴⁶ Den domare som ansvarar för förberedelsen kan fatta beslutet att överföra målet till uteslutande skriftlig handläggning. Då domaren avgör om ett mål ska handläggas skriftligt ska hon eller han ta ställning till om den skriftliga handläggningen förkortar handläggningstiden, om den är processekonomiskt lönsam och om domstolen kan få en tillräcklig grund för sitt avgörande även i skriftligt förfarande. Därtill bör parternas åsikter tas i beaktande även om parterna inte ens tillsammans kan hindra ett sådant avgörande. Avgörandet om att överföra målet till skriftlig handläggning kan ändras när som helst fram till dess att dom förkunnats i målet.⁴⁷ Ett avgörande om att överföra eller inte överföra ett mål till skriftlig handläggning kan inte överklagas.⁴⁸

Då handläggningen är skriftlig ser den domare som ansvarar för förberedelsen ensam till att handläggningen av målet framskrider. Båda parterna ska ge skriftliga inlagor. Domaren som ansvarar för förberedelsen bestämmer i vilken ordningsföljd inlagorna ska ges. Enligt lagen ska parterna ge in två inlagor var.

⁴⁵ Hurtigbehandling av sivile saker.

⁴⁶ Schei 1998b, 1014. Schei hänvisar till Rt 1997, 168 där överklagandet gällde bevisvärderingen, men där parterna var ense om fakta i målet. Eftersom parterna var ense om fakta i målet kunde det handläggas skriftligt på deras begäran.

⁴⁷ Schei 1998b, 1014–1015 och Skoghøy 2001, 921.

⁴⁸ Detta beror på att avgöranden som bygger på domstolens utövning av den prövningsmarginal den givits inte kan angripas.

I dessa inlagor ska de ge en klar bild av vad de yrkar på och grunderna för yrkandena. I särskilda fall kan parterna ges en möjlighet till fler än två inlagor. Om en part inte lämnar in sin inlaga inom den frist som satts ut kan domstolen ge en tredskodom. Detta kan dock endast ske om domstolen anmält om hotet då den satt ut fristen. Utöver detta kan *lagmannsretten* kräva att den part som överklagat gör ett dokumentutdrag på samma sätt som i vanliga mål. Då får parterna inte åberopa bevis som inte finns intagna i utdraget med mindre än att parten gör ett tilläggsutdrag.⁴⁹

Efter att skriftväxlingen är slut gör den domare som förberett målet ett utkast till dom och ser till att de två övriga domarna bekantar sig med målet. Domarna kan samlas till rådslagning. Då målet handläggs skriftligt kan domstolen endast bestå av juristdomare. I vissa fall är det möjligt att ordna en muntlig slutförhandling där parterna kan komma med rättslig argumentation. Alla domare som deltar i avgörandet av målet ska delta i slutförhandlingen. I slutförhandlingen ska endast de frågor som *lagmannsretten* beslutat om tas upp. Om det framkommer att målet inte kan utredas tillräckligt även om en muntlig slutförhandling ordnas ska en muntlig huvudförhandling ordnas.⁵⁰ I praktiken har skriftlig handläggning förekommit sällan eftersom överklaganden nästan alltid åberopar fel i såväl rättsfrågor som sakfrågor. I och med de förbättrade möjligheterna att handlägga målen skriftligt torde de skriftliga handläggningarna öka såväl i antal som betydelse.

10.3.6 Överklagande av beslut

I samband med moderniseringen av rättegången skedde vissa ändringar i fråga om överklagan av *kjennelser* och *beslutninger*. För det första avskaffades rättsmedlet *kjæremål* till förmån för det gemensamma rättsmedlet *anke*. Det finns trots allt vissa skillnader mellan bestämmelserna om domar och bestämmelserna om andra avgöranden. För det andra ökades möjligheterna att handlägga överklagande av beslut muntligt.

Skillnaderna mellan överklagande av beslut och dom är att fristen att överklaga är endast en vecka för beslut (tv. 29-5 § 2 st.). Fristen för motpartens svar är också endast en vecka. Domstolen avgör *anke* av beslut på basis av överklagandet och underrättens avgörande, vilket betyder att domstolen inte förbereder målet (tv. 29-14 § 2 st.). Bestämmelserna om preklusion gäller därför inte på samma sätt överklagan av beslut.⁵¹ Bestämmelserna om *samtykke* och *nektelse* gäller endast överklagande av dom.

⁴⁹ Schei 1998b, 1015–1016 och Skoghøy 2001, 921–922.

⁵⁰ Schei 1998b, 1016–1017 och Skoghøy 2001, 923.

⁵¹ Skoghøy 2001, 974.

Enligt huvudregeln handläggs *anke* av beslut skriftligt. Bevisningen är alltså medelbar, eftersom lagstiftaren räknar med att det är fråga om relativt enkla mål i vilka majoriteten av bevisningen är skriftlig. Handläggningen av målet är oftast sådan att domstolen försöker avgöra målet så fort som möjligt. Parterna får lämna in ytterligare en skrift, men domstolen utsätter ingen frist för det, inte heller väntar den på att parterna ska lämna en.⁵² Om nya omständigheter åberopas ska dock motparten ges en rimlig frist att kommentera dem.⁵³ En part kan också meddela att hon eller han kommer med tilläggsinformation varpå domstolen måste vänta en kortare tid på denna utredning. Däremot behöver den inte sätta ut någon frist.⁵⁴

Vid behov ska *lagmannsretten* hålla en muntlig förhandling. Ett avgörande om att hålla ett muntligt sammanträde kan i princip inte överklagas. Om det dock leder till att handläggningen av ärendet inte kan anses som godtagbart eller om domstolen inte har tagit ställning till en begäran om muntlig handläggning kan avgörandet överklagas.⁵⁵

10.4 PRÖVNINGSTILLSTÅND FÖR SMÅMÅL

Fri rätt att överklaga gäller endast mål där ett annat avgörande än en dom överklagas och mål som saknar ett direkt ekonomiskt intresse eller där intresset i huvudsak är ideellt. I mål där en dom överklagas måste det ekonomiska värdet på tvisteföremålet överskrida 125 000 NOK (cirka 15 000 euro) för att målet ska få överklagas fritt.⁵⁶ Regeln tillämpas endast på mål med ett förmögenhetsrättsligt värde (tv. 29-13 § 1 st.). Det här betyder att man inte behöver konstruera ett värde för sådana mål som inte har ett förmögenhetsrättsligt värde. Om tvisteföremålet är förknippat med ett ideellt intresse av väsentlig betydelse ska regeln inte tillämpas på målet.⁵⁷ Om det huvudsakliga intresset är ideellt, och det finns ett biyrkande med förmögenhetsrättsligt värde ska regeln inte tillämpas.⁵⁸ Gränsen gäller oberoende av vilken grund som åberopas.

⁵² Se Rt 1990, 137.

⁵³ Schei 1998b, 1068 och Rt 1992, 1666.

⁵⁴ Schei 1998b, 1068.

⁵⁵ NOU 2001:32, 781. Se även Skoghøy 2001, 980–981 och Schei 1998b, 1072–1074.

⁵⁶ Eftersom summan fram till 1.1.2004 var endast 20 000 NOK fanns det endast ett litet behov av att bevilja samtycke. Därefter höjdes summan till 50 000 NOK. Eftersom det ekonomiska intresset var litet beviljades samtycke närmast då det var fråga om en principiellt viktig fråga. Nu då gränsen är högre finns det ett större behov av att bevilja samtycke.

⁵⁷ Skoghøy 2001, 868–869. Schei (1998b, 953) påpekar dock att det för den ena parten kan vara fråga om ett ekonomiskt värde, men inte för den andra. Detta är t.ex. möjligt i arbetsrättsliga tvister om uppsägning i vilka arbetstagaren vill rentvå sig, medan det för arbetsgivaren endast är ett ekonomiskt intresse att säga upp någon. Enligt Schei ska man endast beakta intresset ur överklagandens intressen, inte ur motpartens. Se Rt 1995, 1607 och Rt 1998, 482.

⁵⁸ Hov 1994, 559. Se Rt 2005, 1036, där det ansågs att ett mål där en trampolin ställts på annans mark saknade ideellt värde.

Värdet på tvisteföremålet beräknas enligt det värde tvisteföremålet hade då *anken* kom in till *lagmannsretten*. Värdet räknas endast till de delar som *tingretten* har tagit ställning till i sitt avgörande. Rättegångskostnader och andra dylika kostnader ska inte beaktas. Däremot ska övriga biyrkanden, såsom yrkande på ränta och ersättning för kostnader som uppkommit t.ex. på grund av fel på vara, beaktas. Det räcker inte att själva tvisteföremålets värde överskrider gränsen, det är differensen mellan det parten ursprungligen yrkade på och det hon eller han tilldömdes i underrätten som räknas. Det är alltså skillnaden mellan det parten yrkar på i den andra instansen och det underrätten medgett honom som är avgörande. Precis som i tysk rätt beräknas *ankesummen* separat för båda parterna.⁵⁹

Parterna behöver inte ”ansöka” om att *samtykke* ska beviljas i småmål. Det är i varje fall precis som tidigare skäl att argumentera för att prövningstillstånd ska beviljas och vid behov för att värdet på intresset överskrider gränsen. Det är nämligen vanligt att en viss osäkerhet råder om värdet på intresset i målet. Enligt kommittén är det inte ett formellt kriterium för att överklaga att värdet på intresset är tillräckligt stort, utan en fråga om målet efter en snabb prövning kan tas upp till närmare handläggning.⁶⁰

Samtykket kan som regel ges om målets art eller parternas behov av överprövning påkallar det, eller då det finns en misstanke om fel i handläggningen av målet eller i själva avgörandet. Om principiella frågor eller frågor med prejudikatvärde aktualiseras i målet bör prövningstillstånd beviljas. Parternas behov av överprövning kan vara stort t.ex. om målet har en stor indirekt ekonomisk betydelse för en part. Om det däremot är sannolikt att *lagmannsretten* inte kommer att ändra *tingrettens* avgörande ska *samtykke* inte beviljas.⁶¹ Det kan vara skäl för domstolen att beakta hur stort värdet på tvisteföremålet är. Ju närmare gränsen, desto större orsak har *lagmannsretten* att bevilja *samtykke*. Möjligheterna att överklaga underrättens avgörande är begränsade i sådana fall där värdet på tvisteföremålet är relativt litet. Fel tillämpning av lag eller fel i bevisvärderingen är inte grunder för att bevilja *samtykke*.

Beslutet om att bevilja *samtykke* ska fattas så fort som möjligt. Ibland är det dock svårt att avgöra hur stort värdet på intresset är, därför ska domstolen ändå fram till huvudförhandlingen ha möjlighet att neka *samtykke* om det visar sig att värdet på intresset trots allt är för litet. Tanken bakom bestämmelsen är ju att spara på både parternas och samhällets resurser. Därför är det viktigt att beslutet kan fattas så fort som möjligt. Samtidigt ska parterna sedan *samtykke* beviljats kunna förbereda rättegången i den andra instansen, utan att vara rädda för att *samtykket* återtas. Det är naturligt att ge domstolen en viss prövningsmargi-

⁵⁹ Schei 1998b, 956–957. Se även RG 2002, 977.

⁶⁰ NOU 2001:32, 777.

⁶¹ Schei 1998b, 958.

nal i de fall för vilka det senare visar sig att värdet på intresset underskrider gränsen. Då kan domstolen beakta orsakerna till att värdet antogs vara för högt och de kostnader som redan uppkommit i målet i förhållande till parternas rätts-skyddsintresse.

Beslutet om att bevilja *samtykke* handläggs uteslutande skriftligt. Ett beslut om att bevilja eller inte bevilja tillstånd är ett processuellt beslut, inte ett avgö-rande om själva huvudsaken.⁶² Beslutet behöver inte vara enhälligt. Det finns ingen bestämmelse som säger att man kunde begränsa *samtykket* till en del av målet, därför gäller *samtykke* hela målet. Denna brist korrigeras av att det finns andra sätt att koncentrera handläggningen till vissa delar av målet. Ett beslut om att inte bevilja *samtykke* kan överklagas endast på grund av felaktig handlägg-ning av målet. Detta motsvarar gällande regler i straffprocessen.⁶³

Ifall det under handläggningen av målet visar sig att värdet på tvisteföremå-let trots allt underskrider 125 000 kronor, kan *lagmannsretten* avsluta hand-läggningen av målet genom att neka prövningstillstånd. Beslutet att avsluta handläggningen genom att neka prövningstillstånd sker på samma sätt som i början av rättegången, men vid det här skedet bör domstolen också fästa upp-märksamhet vid den tid och de kostnader som redan satts ned på målet samt hur långt ifrån 125 000 kronor värdet på intresset är.⁶⁴

Skoghøy och Schei menar att reglerna om *samtykke* inte ska beaktas om för-farandet i underrätten varit så bristfälligt att målet saknar rättskraft eller att por-ten till extraordinära rättsmedel skulle öppna sig.⁶⁵ För mindre rättegångsfel som trots allt är betydelsefulla kan den extraordinära grunden gälla. I praktiken har det varit mycket svårt att få tillstånd.⁶⁶

I samband med reformen av rättsmedlen fördes några intressanta diskussio-ner om *samtykke* som ett medel att begränsa tillgången till den andra instansen. Eftersom dessa diskussioner är intressanta tar jag upp dem i det här samman-hanget.

En av de rättspolitiskt mest intressanta frågorna var hur högt gränsen för småmål ska sättas. *Tvistemålsutvalget* konstaterar att den dåvarande gränsen på 20 000 NOK (2 400 euro) innebar ett stort ekonomiskt värde för många enskil-da personer. Men samtidigt måste man komma ihåg att för dem som detta be-lopp är stort är även kostnaderna för rättegången i övrigt av stor betydelse. Ju mindre det ekonomiska intresset i målet är desto snabbare stiger de samman-lagda rättegångskostnaderna till ett belopp som överskrider intresset i målet. Då har man dessutom inte räknat in kostnaderna för samhället för att tillhandahålla den andra instansen. Den norska argumenteringen går egentligen ut på att man

⁶² Schei 1998b, 958–9.

⁶³ NOU 2001:32, 777 och Bjerke – Keiserud 2001, 1079 ff.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 51/2004–2005, 475.

⁶⁵ Schei 1998b, 954 och Skoghøy 2001, 869.

⁶⁶ Hov 1999, 415.

i stället för att benhårt klamra fast sig vid retoriken ”att överklaga innebär rätts-skydd”, tar fasta på de verkliga konsekvenserna av fri tillgång till den andra instansen. För privatpersoner och i många fall även för små företag kan det vara svårt att egentligen uppfatta konsekvenserna av att målet tas upp till handläggning i den andra instansen. Tvisten har kanske blivit en principalsak, eller så är man säker på att man ska vinna, men samtidigt glömmar man att rättegångskostnaderna blir mycket höga särskilt i förhållande till det ekonomiska intresset och att räntorna löper hela tiden. Tvisten blir dessutom ”hängande” kvar i stället för att man skulle kunna lägga den bakom sig. Därmed är det egentligen i många fall bättre för en part att inte få prövningstillstånd, eftersom rättegångskostnaderna då inte blir så höga, och eftersom kostnader för räntor och motsvarande blir lägre. Därtill får man ett snabbare slut på tvisten.

Tvistemålutvalget⁶⁷ konstaterar följande:

”For saker som ikke har betydning ut over den konkrete avgjørelsen av den økonomiske tvisten, må det kreves en betydelig omtvistet verdi for at parten skal ha krav på å få dem overprøvd. Dagens krav til ankesum er etter utvalgets mening alt for lavt og ikke på noen måte tilpasset det proportionalitets-henysn som må ivaretas i prosessen.” Och:

”Domstolsvehandlingen er ikke bare dyrt for partene, men også for samfunket. Det må være et rimelig forhold mellom de ressurser parterne og samfunnet bruker og betydningen av de tvistene ressursene brukes på.”

Departementet anser i sin tur att ”en ubegrenset eller svært utstrakt rett til overprøving kan også motvirke rettssikkerheten og en effektiv retspleie. Det er uheldig om en part på grunn av reglene om overprøving må vente lenge på å få sin klare rett.”⁶⁸

Den andra intressanta frågan som aktualiserades var att det kom fram miss-tankar om att handläggningen av prövningstillstånd kan kräva relativt mycket resurser. I kombination med att ett väsentligt höjt krav på *ankesummen* och bevilja tillstånd betydligt oftare än tidigare kunde detta leda till att inbesparningen av arbete är ganska liten.⁶⁹ Av dessa orsaker måste regeln om *samtykke* tillämpas mera liberalt än tidigare och så att man beaktar olika typer av mål. Då *lagmannsretten* fattar beslut om *samtykke* bör den koncentrera sig på det som står i *anken* och i svaromålet för att handläggningen ska vara så smidig som möjligt.

⁶⁷ NOU 2001:32, 354 och 776.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 51/2004–2005.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 51/2004–2005, 295.

10.5 BESLUT ATT FÖRKASTA MÅL

I samband med reformen av civilprocessen infördes även *nektelse* som ett sätt att begränsa tillgången till den andra instansen. *Nektelse* hade redan tidigare tagits i bruk i straffmål. I korthet är *nektelse* ett sätt att i ett skriftligt förfarande avgöra utsiktslösa mål.⁷⁰ *Nektelse* går ut på att *lagmannsretten* kan gallra bort mål eller delar av mål där en dom överklagats ifall målet är klart utsiktslöst. *Nektelse* innebär alltså att större möjligheter att handlägga mål skriftligt öppnas. Därför gäller *nektelse* endast mål där en dom överklagas, eftersom andra typer av överklaganden i regel handläggs skriftligt.⁷¹ *Nektelse* innebär inte ett eget förfarande, eftersom bestämmelsen kan tillämpas i de fall då en domare under förberedelsen av målet märker att det helt eller delvis är klart utsiktslöst. I sådana fall då målet är klart utsiktslöst (*ikke vil føre fram*) kan domaren ta upp målet eller delar av det till en vanlig tredomarsammansättning som kan fatta ett beslut om att gallra målet eller delar av det. Beslutet, som är alltså processuellt, måste vara enhälligt.

Det är viktigt att notera två saker: för det första kan beslutet fattas endast om klaganden blivit varnad om att målet eller delar av det eventuellt nekas tillgång till full prövning. För det andra kan beslutet fattas endast i början av handläggningen av målet i *lagmannsretten*. Enligt tvl. 29-13 § 4 st. måste nämligen parten varnas om att domstolen överväger att genom beslut förkasta målet. Därmed har klaganden möjlighet att framföra ytterligare grunder eller omständigheter som talar för att överklagandet ska tas upp till full prövning. Orsaken är att den som överklagar kan inte väntas automatiskt ta ställning mot en eventuell *nektelse*. Därför måste överklaganden beredas tillfället att uttryckligen argumentera mot *nektelse* senare. Varningen bidrar alltså till förbättrad rättssäkerhet.

Domstolen måste besluta om *nektelse* inom en månad från det att överklagan mottagits. Efter det att förberedelsen av målet inletts kan det inte gallras längre. Det här betyder att parterna kan börja förberedelserna inför huvudförhandlingen senast inom en månad. Samtidigt kan de lita på att målet tas upp till normal prövning efter samma tid och att då ett mål en gång tagits upp till normal handläggning framskrider handläggningen i normal ordning. Denna regel bidrar även till att endast klart utsiktslösa mål kan gallras.⁷²

Det är möjligt att begränsa *nektelse* till en del av målet, alltså antingen ett ursprungligt yrkande eller ett yrkanden om ändring i *tingrettens* dom. Eftersom

⁷⁰ Ordet *silning* förekommer alltså inte i lagtexten, utan kan närmast uppfattas som en slags mera allmän benämning på gallringsmekanismer, medan *nektelse* är namnet på det specifika institut som finns intaget i lagen.

⁷¹ NOU 2001:32, 779.

⁷² Ot.prop. 51/2004–2005, 475–476.

en motsvarande bestämmelse tillämpas enligt gällande rätt i *Høyesterett* finns det visserligen redan praxis och teori kring bestämmelsen.⁷³

Ett överklagande av *nektelse* kan endast grundas på att frågan handlagts i fel ordning. Dels ansåg *tvistemålsutvalget* att det inte finns någon orsak att införa en vidare rätt att överklaga beslut om *nektelse* än i straffprocessen, dels ansåg *utvalget* att en vid rätt att överklaga skulle motarbeta målet med *nektelse*. Om det är tillåtet att överklaga ett sådant beslut på materiella grunder betyder det att man inte når till målsättningen med *nektelse*. Om man alltså vill bli kvitt utsiktslösa överklaganden så fort som möjligt betyder en omfattande rätt att överklaga ett sådant beslut att domstolsväsendet inte slipper målet; tvärtom blir det ännu dyrare och mera tidskrävande än tidigare. Man befärar att *Høyesterett* skulle överflödas av dylika mål. Däremot går det inte att grunda ett överklagande på att målet främjats, alltså inte nekats tillgång till den andra instansen.

Tvistemålsutvalgets förslag var till den här delen oenigt, eftersom flera medlemmar ansåg att *nektelse* var förknippat med flera, stora problem. Jag tar upp den här diskussionen eftersom jag anser den vara intressant, och eftersom den visar att *nektelse* på många sätt är allt annat än problemfritt. Med tanke på hur nyligen bestämmelserna trätt ikraft finns det ingen information tillgänglig om hur farhågorna eller fördelarna med *nektelse* förverkligats.

Tvistemålsutvalget var alltså oenigt i fråga om *nektelse*: minoriteten ansåg att det fanns alltför många skäl som talar emot att mål gallras. Majoriteten (5 medlemmar) ansåg att man inte bör handlägga utsiktslösa mål muntligt eftersom det förorsakar parterna betydande tilläggskostnader. Därtill belastar sådana mål domstolsväsendet i "onödan" och innebär att parterna väntar länge på ett slutligt avgörande som är identiskt med *tingrettens* avgörande. Orsaken till att *nektelse* behövs är alltså att det i praktiken finns få andra möjligheter till förenklad och skriftlig handläggning. Alternativet är alltså full prövning i en muntlig handläggning. Flertalet talade också för att det är orimligt att man kan spärra relativt allvarliga brottmål från att nå fram till full prövning, alltså en muntlig huvudförhandling, men man kan inte spärra tvistemål. De menar att i de fall då det är möjligt för *lagmannsretten* att mycket snabbt försäkra sig om att målet är utsiktslöst, alltså "at anken klart ikke vil føre frem" så borde den kunna avgöra målet snabbt.⁷⁴ Eftersom småmål med ekonomiskt värde gallras i samband med att domstolen tar ställning till prövningstillstånd kan de inte bli föremål för *nektelse*.

Kriterierna för när bestämmelsen om *nektelse* ska tillämpas måste vara stränga för att missbruk ska undvikas. Man måste alltså helt klart och entydigt på basis av främst *ankeerklæringen* och *tingrettens* dom, kunna säga att målet

⁷³ Schei 1998, 996–997.

⁷⁴ NOU 2001:32, 778.

inte kan nå fram. Det här betyder att om utgången i målet i hög grad beror på värderingen av muntlig bevisning kan målet inte gallras bort.⁷⁵

Minoriteten (2 medlemmar) ansåg att det inte finns någon orsak att tumma på rättssäkerheten genom att införa *nektelse*, särskilt med tanke på att varken Sverige eller Danmark har någon motsvarande ordning.⁷⁶ Enligt minoriteten har *lagmannsretterna* gallrat bort komplicerade och omfattande straffmål, vilket tyder på att de kunde göra lika med motsvarande tvistemål. Då ett avgörande om att sälla ett mål dessutom endast kan överklagas på begränsade grunder är risken för att bestämmelsen missbrukas stor. Vidare tog minoriteten upp följande synpunkter: *lagmannsretterna* fattar sitt avgörande på basis av ett begränsat, ibland bristfälligt, material varvid risken för ett felaktigt avgörande är stort.

Osäkerheten om målet blir prövat en andra gång är stor om bestämmelsen om *nektelse* gäller alla andra mål än småmål, denna osäkerhet betyder i sin tur att parterna försöker se till att rättegången i underrätten blir så fullständig som möjligt, vilket fördröjer handläggningen och innebär ökade kostnader. Därtill innebär *nektelse* att tilliten till domstolsväsendet minskar särskilt i de fall där målet prövats av en notarie (*dommerfullmektig*) i *tingretten*. Slutligen påpekar minoriteten att sällningen knappast sparar särskilt mycket på domstolens resurser med tanke på att endast ett fåtal mål uppfyller kriterierna för *nektelse* och att en ”normal” sammansättning av tre domare avgör om målet ska sällas. En snabb och effektiv muntlig handläggning kan vara lika effektiv som en skriftlig handläggning av målet. Då de gällande bestämmelserna möjliggör en flexibel handläggning finns det enligt minoriteten inte någon orsak att införa *nektelse*.⁷⁷

10.6 SÄRSKILDA FRÅGOR

I Norge finns det klara regler om tredskodom (*uteblivelsesdom*) i den andra instansen. Det är möjligt att avgöra målet med tredskodom om den ena parten inte kommer till huvudförhandlingen. I mål som endast gäller rättsfrågor är det inte möjligt att ge en tredskodom, eftersom det skulle strida mot principen om *jura novit curia*.⁷⁸ Det är också möjligt att ge en tredskodom i mål som handläggs skriftligt, men då endast om parten inte kommer in i tid med den inlägga rätten begärt sedan den fattat beslut om att handläggningen sker skriftligt.⁷⁹ Om den

⁷⁵ NOU 2001:32, 778. En motsvarande regel finns i tvl. 373 § 1 st. som gäller *Høyesterett*. Enligt Skoghøy (2001, 907) är det i sådana fall fråga om en prövning av saken.

⁷⁶ Se även Ot.prp. nr 51/2004–2005, 295–297.

⁷⁷ Se NOU 2001:32, 779–780.

⁷⁸ Skoghøy 2001, 530.

⁷⁹ Om överklagandet gäller handläggningen ska den avgöras med *kjennelse* i stället för dom. Trots det är det möjligt att i den andra instansen ge en *uteblivelse kjennelse* i stället för *uteblivelses dom* i dessa fall. Se Skoghøy 2001, 555–556 och Hov 2000, 325–326.

part som överklagat har uteblivit ska underrättens dom fastställas. Om motparten uteblir sätts den överklagandes framställning till grund för avgörandet om den har delgivits motparten och till den del den har betydelse för utgången. I övrigt läggs det som den överklagande framfört till grund för tredskodomen. I fråga om påståenden om rättegångsfel i underrätten måste den andra instansen pröva dessa på tjänstens vägnar.⁸⁰ Orsaken till att man har en regelrätt tredskodom i den andra instansen i Norge är att handläggningen av överklagandet bygger på den muntliga huvudförhandlingen och det som framläggs där. Om en part inte deltar i den muntliga huvudförhandlingen är det inte möjligt att pröva målet. Till skillnad från underrätten kan en part dock inte tvingas att delta i handläggningen av målet i *lagmannsretten*. Men när hon eller han en gång ingivit ett svar på *anken* är hon eller han tvungen att delta i hela rättegången för att undvika tredskodom.

⁸⁰ Schei 1998b, 1018–1019.

11 Tysk rätt

11.1 DET TYSKA DOMSTOLSVÄSENDET

För att kunna förstå det tyska rättegångssystemet måste man känna till huvudragen i det tyska domstolsväsendet. Reglerna om domstolsväsendet, domstolarnas behörighet och sammansättning finns i *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG). Normer som berör själva förfarandet finns i *Zivilprozeßordnung* (ZPO). Jag inleder behandlingen med att presentera reglerna som finns i GVG. Det tyska domstolssystemet kan beskrivas med följande schema:

	Vanliga mål	Småmål
1. Instans	Landgericht	Amtsgericht
2. Instans	Oberlandesgericht	Landgericht
3. Instans	Bundesgerichtshof	Bundesgerichtshof

Landgericht är alltså den huvudsakliga första instansen. Dess avgöranden kan överklagas till *Oberlandesgericht* och sedan till *Bundesgerichtshof*.¹ I mål där värdet på intresset är lågt, högst 5 000 euro, är *Amtsgericht* den första instansen, medan *Landgericht* är den andra instansen. Vissa typer av mål handläggs alltid antingen i småmålsordningen oberoende av värdet på intresset enligt GVG 23 §. Andra mål handläggs alltid enligt ordningen för vanliga mål oberoende av värde (GVG 71 §). I familjerättsliga mål och vissa andra typer av mål ser schemat ut enligt följande:

1. Instans	Amtsgericht
2. Instans	Oberlandesgericht
3. Instans	Bundesgerichtshof

Trots att *Amtsgericht* är den första instansen i alla familjerättsliga mål är *Oberlandesgericht* den andra instansen. Den praktiska betydelsen av i vilka domstolar målet handläggs är domstolarnas sammansättning. Antalet domare varierar från normalt en i *Amtsgericht* till tre i *Landgericht* och *Oberlandesgericht*. Domstolarna indelas i kammare som handlägger en viss typ av mål. Det finns skilda kammare för tvistemål och brottmål. För tvistemål finns förutom allmän-

¹ Förutom dessa instanser finns i Bayern en domstol som heter *Oberste Landesgericht*, och som är tredje instans efter *Oberlandesgericht* och före *Bundesgerichtshof*. Man har länge eftersträvat att skapa ett system som endast skulle bestå av tre instanser, vilket i praktiken skulle betyda att *Landgericht* förlorade sin dubbelstatus som både första och andra instans och bli endast första instans. Se Schnauder JuS 2002a, 72. Delstaterna har emellertid inte utnyttjat denna möjlighet.

na kammare även kammare för handelsmål och familjemål. Tanken är att koncentrera sakkunskapen till vissa kammare för att erbjuda bästa möjliga kompetens. *Landgericht* och *Oberlandesgericht* skiljer sig från varandra genom att den förra även handlägger ett stort antal mål i första instans, medan den senare kan i praktiken uteslutande koncentrera sig på mål i andra instans. I underrätten finns det vissa skillnader mellan *Amtsgericht* och *Landgericht* i rättegångsförfarandet.² I *Amtsgericht* råder inget tvång att ha ombud och vissa typer av processhandlingar, såsom att väcka talan eller ändra den, kan göras muntligt hos domstolen i stället för skriftligt (ZPO 496 §). Utöver allmänna domstolar finns det arbetsdomstolar som handlägger arbetsrättsliga mål mellan arbetstagare och arbetsgivare samt mellan arbetsgivare.³

Ur kategorin småmål kan man ytterligare urskilja gruppen bagatellmål. Bagatellmål är mål där värdet på intresset inte överskrider 600 euro. I sådana mål kan domstolen av första instans, i praktiken alltså *Amtsgericht*, forma förfarandet fritt så länge det inte bryter mot de grundläggande civilprocessuella principerna. Om parterna yrkar på att en muntlig förhandling ska hållas är domstolen skyldig att ordna en. Tanken är att snabba upp förfarandet genom att göra det så flexibelt som möjligt.⁴ I dessa mål är tillgången till den andra instansen dessutom mera begränsad än för kategorin småmål i allmänhet.

För tillfället pågår också ett försök som gör det möjligt att överklaga mål från *Amtsgericht* direkt till *Oberlandesgericht*. Orsaken är att man planerar en förenkling av domstolssystemet så att det ska bestå av endast tre olika domstolstyper, varvid antingen *Amtsgericht* eller *Landgericht* försvinner. På det sättet kunde man förenkla snårskogen av olika instanser något.

11.2 RÄTTSMEDLEN OCH RÄTTEGÅNGSFÖRFARANDET

I tysk rätt finns två olika typer av rättsmedel, *Berufung* och *Beschwerde*. *Berufung* motsvarar rättsmedlet vad i tidigare finska och svensk rätt, man kan alltså överklaga domar som en domstol av första instans givit. *Beschwerde* är rättsmedlet mot beslut och motsvarar alltså det tidigare svenska rättsmedlet besvär.⁵ Skiljelinjen mellan domar och beslut är annorlunda i tysk rätt än i finsk rätt.

² Se Uecker LoR 2001, 358 ff. om hur rättegången i tyska domstolar löpte fram till reformen 2002. Reformen har inte påverkat de stora linjerna.

³ Även sådana arbetsrättsliga mål där det inte är fråga om en relation mellan arbetsgivare och arbetstagare, men där parternas förhållande till varandra påminner om ett sådant förhållande handläggs i arbetsdomstolarna. Pantle – Kreissl 2002, 86.

⁴ Hartmann 2002c, 1526–1531.

⁵ Därtill finns rättsmedlet *Revision* som gäller överklagan till den tredje instansen. Den tredje instansen prövar endast rättsfrågor.

Därför är också användningsområdet för rättsmedlen *Berufung* och *Beschwerde* annorlunda. I tysk rätt är nämligen processuella avgöranden med vilka handläggningen av målet avslutas domar.⁶ Tanken är att endast mindre viktiga avgöranden är beslut.⁷

Förutom ordinära rättsmedel som är devolutiva och suspensiva finns det en hel mängd icke-devolutiva medel att angripa domstolsavgöranden med. Det är inte fråga om rättsmedel i ordets egentliga bemärkelse, utan hjälpmedel för att avhjälpa brister av olika slag (*Rechtsbehelf*). Tanken är att så många fel som möjligt rättas till av den instans som handlägger eller senast har handlagt målet. Den domstolen känner bäst till målet och kan snabbt och effektivt rätta till eventuella fel. Bland dessa finns *Erinnerung*, *Gehörsrüge* och *Gegenvorstellung*.

Erinnerung är medlet mot avgöranden som en enskild domare fattar under förberedelsen av målet. Då är det naturligt att ett domarkollegium som ”gett” den enskilde domaren möjlighet att ensam fatta beslut även tar konsekvenserna och rättar till eventuella fel i ett sådant beslut (ZPO 573 § 1 st). *Gehörsrüge* används i sin tur då domstolen brutit mot partens rätt att bli hörd av domstolen (*rechtliches Gehör*) (ZPO 321a §). Eftersom *Gehörsrüge* infördes i samband med den senaste reformen för att komplettera de egentliga rättsmedlen tar jag upp den senare i det här sammanhanget. Det tredje hjälpmedlet, *Gegenvorstellung*, bygger inte på lagstiftning utan på en princip om att så länge domstolen kan rätta sina egna fel utan att bryta mot laga kraft bör även parterna ha rätt att yrka på en sådan ändring. Trots att hjälpmedlet inte bygger på lagstiftning förekommer det relativt ofta i praktiken. Det har också godkänts i rättslitteraturen.⁸ Den tyska lagstiftaren försöker i så hög grad som möjligt uppmuntra till användning av lättare medel att angripa felaktiga avgöranden med än rättsmedel om det bara är möjligt. Dessa hjälpmedel är ofta snabbare och billigare än riktiga rättsmedel, men det förekommer dock en del problem.

11.3 ÖVERBLICK ÖVER FÖRFARANDET

11.3.1 Målets väg till den andra instansen

Underrättens domar får överklagas inom en månad från det parten fått den slutgiltiga versionen av domen (ZPO 517 §). Om förlustvärdet (*Wert des Beschwerdegegenstandes*), alltså skillnaden mellan det parten yrkade vid slutet av hu-

⁶ Musielak 1998, 272–274.

⁷ Förutom *Beschwerde* finns även rättsmedlet *Rechtsbeschwerde* som motsvarar *Revision*. Tidigare fanns flera typer av *Beschwerde*.

⁸ Närmare om dessa hjälpmedel se Jauernig 2001, 241 ff., Lipp 2002, 605–609 och Rosenberg – Schwab – Gottwald 2004, 1035–1036.

vudförhandlingen i underrätten och det underrätten dömde honom, inte överskrider 600 euro behövs tillstånd för att överklaga.⁹ Den här bestämmelsen utesluter förutom bagatellmål även mål i vilka skillnaden mellan det parten yrkat på och det hon eller han blivit tilldömd är liten. Behovet av tillstånd bedöms skilt för alla inblandade.

Till skillnad från svensk rätt är det alltså inte fråga om värdet på intresset i målet, utan på skillnaden mellan det parten yrkar på i den andra instansen och det som hon eller han blivit tilldömd i den första instansen. Om käranden alltså yrkat på en ersättning på 1 500 euro i den första instansen men underrätten dömt svaranden att betala en ersättning på 1 000 euro behöver käranden tillstånd för att överklaga. Svaranden behöver däremot inget tillstånd om hon eller han påstått att hon eller han inte är ersättningsskyldig, eftersom besvärshintresset för honom är 1 000 euro. Har hon eller han däremot medgivit att hon eller han är ersättningsskyldig men ansett att ersättningen borde vara 800 euro behöver även hon eller han tillstånd. Om parterna delvis ingår en förlikning eller om en part delvis medger den andra partens yrkanden i underrätten påverkas möjligheterna att överklaga. Om käranden yrkar på 1 000 euro och svaranden medger ett yrkande på 500 euro är förlustvärdet 500 euro. Förlustvärdet räknas alltså enligt hur mycket som var tvistigt då underrätten fattade sitt avgörande.¹⁰

Därmed vet inte parterna om de behöver prövningstillstånd innan underrätten avgjort målet. Endast i fråga om bagatellmål, alltså mål där värdet på intresset inte överskrider 600 euro i underrätten, behövs alltid ett tillstånd att överklaga. Tillståndet att överklaga beviljas av underrätten, inte av den andra instansen. Först då tillstånd beviljats kan den part vars förlustvärde inte överstiger 600 euro överklaga.

Överlag är bestämmelserna om hur förlustvärdet ska räknas ut invecklade. Till exempel ska värdet på deldomar inte räknas ihop, utan gränsen måste uppfyllas separat för varje deldom. I vissa fall ska genkärörets värde adderas till värdet på det ursprungliga käröret.¹¹ Reglerna är många och mycket komplicerade, därför behandlar jag dem inte närmare här.¹²

Problemet med förlustvärdet är att det per definition betyder skillnaden mellan det parten yrkar på i överrätten och det hon eller han vunnit i underrätten. Då underrätten tar ställning till om värdet överskrider jämför den det parten

⁹ Schumann – Kramer 2002, 112.

¹⁰ Meyer-Seitz 2002, 132.

¹¹ Albers 2002, 1557, Schumann – Kramer 2002, 112 ff, Meyer-Seitz 2002, 130–131.

¹² Egentligen utgör *Kostenrecht*, d.v.s. reglerna om hur domstolavgifter och advokatarvoden räknas ut, ett eget, mycket betydelsefullt område inom den tyska processrätten. En viktig del av *Kostenrecht* är reglerna för hur värdet på intresset ska räknas ut, eftersom kostnaderna beror på detta värde. För sådana mål där intresset saknar ekonomiskt värde, t.ex. äktenskapsskillnadsmål och vårdnad om barn, har lagstiftaren fastställt ett fast värde. Se mitt opublicerade examensarbete för närmare information Nylund 2001 *passim*. Se dessutom t.ex. Schumann NJW 1982, 2800–2803 och Lappe NJW 1998, 1112–1119.

yrkat på och det den själv dömt med varandra. I överrätten utgörs skillnaden däremot av det parten yrkar på i överrätten och det parten vunnit i underrätten. Alltid behöver inte parten yrka på samma sak i överrätten som i underrätten, ofta avstår man från vissa yrkanden eller sänker dem. Därmed kan det uppkomma situationer där värdet på intresset överskred 600 euro då underrätten bedömde saken, men skillnaden mellan värdet på det som parten yrkar på i överrätten och det hon eller han vann i underrätten inte överskrider 600 euro.¹³ Problemet är då hur man ska förhålla sig till sådana situationer där parten yrkar på något mindre i den andra instansen än i den första så att förlustvärdet underskrider 600 euro i den andra instansen.

Av denna orsak pågår en tvist inom den tyska rättsvetenskapen om hur värdet på intresset ska beräknas i den andra instansen. Vissa anser att man inte ska tala om förlustvärdet, utan värdet på överklagandet, d.v.s. skillnaden mellan yrkandet och det man vunnit i underrätten, och frånse senare inskränkningar. Majoriteten verkar dock anse att man ska tillämpa bestämmelsen så att det är förbjudet att överklaga om skillnaden mellan det man yrkar på i den andra instansen och det man vunnit i den första instansen inte överskrider 600 euro. Problemet med den senare tolkningen är att den leder till att det inte finns någon möjlighet att överklaga i de fall då värdet på överklagandet överskrider 600 euro, men förlustvärdet inte gör det.¹⁴

Till skillnad från många andra länder har den första instansen enligt tysk rätt ingen plikt att ge fullföljdsanvisning.¹⁵ Har man däremot gett fullföljdsanvisning och den varit felaktigt kan detta inte innebära en nackdel för parterna. I praktiken ges sällan information om hur man ska överklaga.¹⁶

I tysk rätt finns också möjligheten att överklaga anslutningsvis.¹⁷

11.3.2 Överklagandet

I Tyskland har parterna en månad på sig att överklaga och ytterligare en månad till att ange grunderna för överklagandet. Överklagandet skickas direkt till den andra instansen. Överklagandet ska innehålla diarienumret på avgörandet som

¹³ Om klaganden yrkat på 3 000 euro i underrätten men vunnit endast 2 000 euro överstiger förlustvärdet gränsen i underrätten. Om klaganden bestämmer sig för att överklaga men avstår från en del av yrkandet så att han yrkar på 2500 euro i den andra instansen överstiger inte förlustvärdet 600 euro i den andra instansen.

¹⁴ Se Gummer – Heßler 2004, 1199. Jämför dock med Gerken 2004, 40–41, Rimmelspacher 2002b, 269.

¹⁵ Rimmelspacher 2002a, 234.

¹⁶ BVerfG NJW 1995, 3173 och BGH NJW 1993, 3206.

¹⁷ Det intressanta är att också den som inte har något *Beschwer*, alltså inte ”förlorat” något, kan lämna in en anslutningsöverklagan. Även den part som inte får överklaga på grund av att förlustvärdet är för lågt kan överklaga anslutningsvis om motparten överklagar (Ball 2004a, 1331).

överklagas samt datum då avgörandet förkunnats och namnet på domstolen som fattat avgörandet. Dessutom ska avgörandet eller en kopia av det fogas till överklagandet.¹⁸ Vidare ska den part som överklagar ange vilken advokat som anlitats, eftersom det råder advokattvång i den andra instansen.¹⁹

Den som överklagar har ytterligare en månad på sig att ange grunderna för yrkandet från det att fristen att överklaga gått ut. I praktiken vet man alltså endast att en part har överklagat inom en månad från det underrätten givit sin dom, däremot behöver överklagandet inte ännu motiveras. Inom två månader från det datum underrätten gav domen ska den som överklagat ange sina yrkanden och grunderna för dem.²⁰ Detta sker vanligen i en separat skrift, men kan också inkluderas i själva överklagandet. Man skiljer alltså mellan själva överklagandet och grunderna för det. Fristen för grunderna kan vid behov förlängas med ytterligare en månad om rättens ordförande godkänner det, eller ännu mera om även motparten godkänner det. Parternas yrkanden anger gränserna för vad den andra instansen prövar.

Ett överklagande kan enligt ZPO 513 § endast stödas på att underrätten tillämpat lagen fel (*Rechtsverletzung*), eller på att underrätten värderat bevisningen fel. Därtill kan talan grundas på att utgången i målet kommer att bli en annan när den andra instansen beaktar sådana omständigheter som är nya, men inte prekluderade. Termen *Rechtsverletzung* definieras i ZPO 546 § enligt följande: ”Das Recht ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.” Rätten kränks alltså av att en norm inte tillämpas eller att den tillämpas felaktigt.

Tanken bakom normen är att den andra instansen handlägger målet endast i den utsträckning utgången i underrätten påstås vara felaktigt. Den felaktiga utgången kan bero antingen på att underrätten brutit mot processuella normer eller på att den tillämpat materiellrättsliga bestämmelser fel. Om det är fråga om processuella fel måste man dessutom pröva om felet har kunnat påverka utgången i målet. Om utgången inte påverkats av felet ska avgörandet anses vara riktigt. Om det är fråga om fel i sakfrågor kan endast sådana fel som kan åtgärdas i den andra instansen beaktas. Av detta följer att prekluderad bevisning inte kan beaktas då man tar ställning till om avgörandet är felaktigt.²¹ Man kan inte grunda talan på att underrätten felaktigt ansett att den är behörig att handlägga

¹⁸ Se Schumann – Kramer 2002, 67–71 och Doukoff 2002, 84–101, närmare om överklagandets innehåll.

¹⁹ Kravet på att man anger advokatens namn följer är inte taget ur bestämmelserna om rättegången i den andra instansen, utan ur ZPO 78 §. Parterna kan företa endast mycket begränsade processhandlingar på egen hand. Därför är det viktigt att ombudet undertecknar inlagorna.

²⁰ Skillnaden mellan fristerna innebär ofta problem. Problemen uppkommer då parten missat den första fristen, men domstolen återsätter fatalien på grund av att parten haft laga förfall. Frågan är då om fristen att lämna in yrkanden och grunderna för dem löper oberoende av fristen att överklaga eller inte. Systemet med två frister är på många sätt problematisk.

²¹ Rimmelspacher 2002b, 282–284.

målet.²² Med ZPO 513 § vill lagstiftaren markera att den andra instansen inte prövar målen fullständigt, utan koncentrerar sig på sådana fel som underrätten gjort och som påverkar utgången i målet.

I den skrift där yrkandena framställs ska parten ange till vilken del underrättens dom överklagas och vilka ändringar hon eller han yrkar på (ZPO 520 §). Parten ska ange de omständigheter ur vilka det framgår att underrätten tillämpat lagen fel och ur vilka betydelsen för utgången i målet framgår. Därtill ska hon eller han ge konkreta belägg för att det råder tvivel om att bedömningen av fakta i målet avgjorts på ett riktigt eller fullständigt sätt. På grund av bestämmelserna om preklusion ska parten också ange de nya omständigheterna hon eller han vill stöda sig på, och de fakta parten vill åberopa som stöd för att omständigheterna inte ska anses vara prekluderade.

Den som överklagar måste ange exakt på vilka punkter hon eller han anser att domstolen tolkat eller tillämpat, eller låtit bli att tillämpa, rätten på ett felaktigt sätt. Därtill måste parten visa att felet inte är betydelselöst. Bestämmelsen gäller både fel i tillämpningen av materiell rätt och processuell rätt. Endast sådana processuella normer som domstolen ska pröva *ex officio* är undantagna. Kriteriet att parten ska kunna visa konkreta belägg för att avgörandet inte utan tvivel kan anses vara riktigt betyder att hon eller han måste ange exakt till vilken del hon eller han anser att bevisprövningen är felaktig, t.ex. att en viss utsaga är bedömd på ett felaktigt sätt, och varför bevisprövningen är felaktig, t.ex. att domstolen felaktigt ansett att bevispersonen är trovärdig. Det räcker inte att parten skriver att domstolen har värderat bevisningen fel. Hon eller han måste föra fram konkreta punkter.

Kravet på konkreta belägg för antingen fel i förfarandet eller i avgörandet av målet är nytt. Det räcker att en punkt är uppfylld. Utöver grunderna för varför underrättens dom är felaktig ska parterna argumentera för varför domstolen ska ändra domen på det sätt de yrkar på.²³ Om klaganden framför yrkandena eller omständigheterna senare kan de godkännas endast om det inte fördröjer handläggningen av målet eller om klaganden har en giltig orsak för det (ZPO 530 och 296 §§).

Utöver yrkandena och grunderna för dem ska den som överklagar ange värdet på intresset då det inte är fråga om en bestämd summa pengar (ZPO 520 4 st. 1 punkten). Om parten blivit beviljad prövningstillstånd av underrätten behövs det inte. Detta beror på att den andra instansen ska kunna fastställa att förlustvärdet överstiger 600 euro. I de fall då målet avgjorts av en domare i underrätten ska parten ange om hon eller han motsätter sig att målet handläggs av en domare i den andra instansen. Enligt ZPO 526 § får ett mål avgöras av en domare om målet inte är särskilt komplicerat och det inte är av principiell

²² Reichold 2004b, 834.

²³ Schumann – Kramer 2002, 80–90 och Doukoff 2002, 118–122.

betydelse och det handlagts av en domare i underrätten. Eftersom överföringen av målet till en domare är frivillig bör parten även uttala sig om andra omständigheter som talar emot att målet överförs.²⁴

11.3.3 Förberedelsen och avgörandet av målet

Handläggningen av målet i den andra instansen inleds med att målet tilldelas en kammare eller en senat beroende på domstol.²⁵ Kammaren eller senaten består av tre domare varav en sköter förberedelsen av målet. Innan domstolen börjar handlägga målet ska den ta ställning till om överklagandet uppfyller alla förutsättningar för en rättegång. I tysk rätt skiljer man mellan *Zulässigkeit*, d.v.s. att målet uppfyller förutsättningarna för att det ska tas upp till prövning, och *Begründetheit*, d.v.s. att partens yrkanden i teorin kan nå fram.²⁶ Med termen *Zulässigkeit* avses dock betydligt mer än att processförutsättningarna är uppfyllda. Domstolen ska alltid börja med att pröva om målet kan tas upp till prövning. I den andra instansen består *Zulässigkeit* av följande delar:²⁷

- *Statthaftigkeit* som avser att parten valt rättsmedel mot rätt typ av avgörande, med tanke på vem som överklagar och i vilken instans avgörandet angräps. ("Die Statthaftigkeit bestimmt in abstrakter Weise, welches Rechtsmittel gegen welche Art von Entscheidung von wem gegen wen ergriffen werden kann").²⁸
- *Beschwer* som betyder att den som överklagar på något sätt måste ha lidit till följd av underrättens avgörande.²⁹ Förlustvärdet måste överstiga 600 euro.³⁰ I annat fall måste hon eller han ha tillstånd av underrätten att överklaga.
- Parten måste göra gällande att hon eller han på något sätt lidit av till följd av underrättens avgörande. Hon eller han måste alltså yrka på något mer än

²⁴ Schumann – Kramer 2002, 91–92.

²⁵ I tysk rätt är det mycket viktigt att varje domstol årligen fastställer en plan över hur målen tilldelas kamrarna. Man ska på förhand kunna veta vilka domare som avgör målet. På detta sätt försöker man undvika att utgången i målet manipuleras genom val av domare.

²⁶ Domstolen prövar alltså om de påståenden och omständigheter som parten lagt fram skulle kunna leda till den rättsföljd han yrkat på om påståendena höll streck. Domstolen tar inte ställning till bevisningen, utan gör en helt teoretisk bedömning.

²⁷ Närmare om dessa se Grunsky 1994, 4–12, och för civilprocessen i allmänhet Brehm 2003, 241 ff.

²⁸ Rimmelspacher 2002a, 235. Om underrätten har avgjort målet med fel sorts avgörande eller med fel slutsats (förkasta i stället för avvisa eller tvärtom) kan den som vill överklaga målet använda det rättsmedel som står till förfogande enligt det felaktiga avgörandet eller det som skulle stå till förfogande om avgörandet hade gjorts på rätt sätt. Detta beror på doktrinen om s.k. *Meistbegünstigung*. Se Grunsky 1994, 13.

²⁹ Frågan om *Beschwer* är mycket komplicerad och har behandlats av bl.a. Schumann – Kramer 2002, 98 ff. och Rimmelspacher 2002a, 235–248.

³⁰ Gerken 2004, 40.

det underrätten dömt, d.v.s. på att underrättens dom undanröjs åtminstone delvis. Det är viktigt att parten klart och tydligt pekar på de punkter där domen inte motsvarar det hon eller han yrkat på och yrkar på.³¹ Parten måste ha ett behov av rättsskydd. Man kan alltså inte överklaga om man vunnit ett mål, trots att man så att säga vunnit på fel grund, ifall grunden saknar betydelse i övriga rättsförhållanden. Parten måste yrka på att underrättens avgörande är felaktigt, antingen i fråga om rättstillämpning eller bevisvärdering.

- Formföreskrifterna måste vara uppfyllda och överklagandet ska vara gjord i rätt tid.

Om förutsättningarna inte uppfylls avvisar domstolen talan genom ett beslut eller en dom (ZPO 522 § 1 st.). Detta är möjligt endast om det inte går att rätta till felet eller om överklagandet inte kan beaktas som anslutningsklagan, t.ex. på grund av att motparten inte överklagat.³² Valet mellan beslut och dom beror på om man ordnat en muntlig förhandling där frågan om att avvisa målet handlagts. Detta i sin tur beror på omständigheterna. Domstolen måste kommunicera avgörandet till parten innan den fattar sitt avgörande.³³

Domstolen ska delge motparten överklagandet. Överklagandet delges så fort det kommit in. Sedan den överklagande lämnat in sina yrkanden och grunderna för dem delges dessa. Vid behov ber domstolen då motparten svara inom en viss frist (ZPO 521 §). Man behöver inte sätta ut en frist, men det är önskvärt för att påskynda rättegången. Domstolen avstår från att sätta ut en frist i sådana fall den avvisar eller förkastar överklagandet som ogrundat. I sådana fall kommer överklagandet motparten närmast till kännedom, men inga motåtgärder förväntas. Då kommer nämligen den överklagandes eventuella åtgärder mot avvisandet eller förkastandet inte som en överraskning för motparten.³⁴ Normalt får fristen inte vara kortare än två veckor, men ofta är den längre på grund av att motparten ska ha lika lång tid som den överklagande till sitt förfogande.³⁵

Svaromålets innehåll är inte detaljerat reglerad, i paragrafen hänvisas till motsvarande bestämmelser om svaromålet i underrätten (ZPO 277 §). Enligt nämnda bestämmelse ska svaret innehålla sådana yrkanden och synpunkter som en omsorgsfull processföring som befrämjar framskridandet av förfarandet förutsätter.³⁶ Ytterligare bör parten ta ställning till om målet kan avgöras av en domare. Ifall motparten inte har några nya argument att komma med kan hon eller han kort ta upp det hon eller han framfört i underrätten och återopa sam-

³¹ Pentle – Kreissl 2002, 258.

³² Se BGH NJW 1996, 2659.

³³ Rimmelspacher 2002a, 355–357. Se även BGH NJW 1994, 392.

³⁴ Rimmelspacher 2002b, 353 och Ball 2004a, 1322–1323.

³⁵ Gerken 2004, 184.

³⁶ ”In der Klageerwiderung hat der Beklagte seine Verteidigungsmittel vorzubringen, soweit es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht” (ZPO 277 §).

ma bevis.³⁷ Motparten ska också informeras om följderna ifall hon eller han försummar fristen. Därtill kan den överklagande ges en frist att ge en så kallad *Replik* på svaret.³⁸ I vissa fall då förutsättningarna för att pröva talan saknas behöver domstolen inte delge överklagandet.³⁹

Efter att domstolen konstaterat att målet kan tas upp till prövning ska den ta ställning till om målet ska förkastas genom beslut eftersom det är uppenbart att överklagandet inte kommer att vara framgångsrikt. Ett sådant avgörande får inte fattas om saken är av principiell eller prejudiciell betydelse. Jag återkommer till den här spärren senare.

Om målet varken avvisats på grund av bristande förutsättningar att ta upp det till prövning eller på grund av att det är uppenbart ogrundat ska det tas upp till normal prövning. Om det är fråga om ett komplicerat mål kan man överföra det för förberedelse till en domare för att trygga en sammanhängande muntlig handläggning (ZPO 527 § 1st.). Annars ska domstolen utan dröjsmål fastställa ett datum för den muntliga förhandlingen.

Under förberedelsen kan en domare försöka medla och ta emot bevisning i begränsad form. Viktigt är att domaren endast tar emot enskilda bevis och att det faktum att bevisningen till den här delen inte är omedelbar för de övriga domarna inte leder till att bevisvärderingen blir sämre.⁴⁰ Domaren får ensam avgöra följande frågor: själva målet om talan eller överklagandet återkallas eller medges eller om någon part uteblir; frågor som har med rättegångskostnader att göra; och förlustvärdet i målet. Ytterligare kan en domare avgöra målet om båda parterna uttryckligen samtycker till det.⁴¹ Domarkollegiet kan när som helst överta målet igen och därefter återigen överföra det på en enskild domare.⁴²

Enligt ZPO 525 § tillämpas reglerna för förfarandet i den första instansen *mutatis mutandis* på förfarandet i den andra instansen.⁴³ Det betyder att det vid behov är möjligt att ordna ett muntligt förberedelsesammanträde.⁴⁴

³⁷ Gerken 2004, 185.

³⁸ Ball 2004a, 1323.

³⁹ Schumann – Kramer 2002, 21 och 128. Exempel på sådana situationer är att klaganden inte har anlitat en advokat, d.v.s. att han själv undertecknat överklagan eller att klagan annars är sådan att det är klart att den ska avvisas genast.

⁴⁰ Albers 2002, 1593.

⁴¹ Schumann – Kramer 2002, 172–179.

⁴² Rimmelspacher 2002b, 390 och Ball 2004a, 1340.

⁴³ Hänvisningen till förfarandet i *Landgericht* i lagrummet betyder bara att man håller sig till huvudregeln för förfarandet i underrätten och alltså inte tillämpar specialreglerna som gäller *Amtsgericht*.

⁴⁴ Gerken 2004, 243–235.

11.3.4 Avgörandet av målet

När målet är färdigt för att avgöras i en muntlig förhandling överför domaren målet till kollegiet. Domarkollegiet avgör målet efter en muntlig förhandling. Avgörandet ska fattas på basis av de yrkanden som gjorts i den andra instansen. I cirka 25–30 % av alla mål kommer man aldrig så här långt på grund av att överklagandet återtas.⁴⁵ Eftersom domstolen kommunicerar sin syn på olika frågor innan den fattar sitt avgörande kan den som överklagat återta överklagandet innan den andra instansen fattar ett för honom negativt beslut. Domstolskostnaderna och advokatarvodena är också uppbyggda så att det lönar sig att återta överklagandet hellre än att invänta ett dåligt avgörande.

Innan den muntliga huvudförhandlingen hålls ska den andra instansen vidta samma förberedande åtgärder som den första instansen.⁴⁶ Förloppet av huvudförhandlingen är i stort sett detsamma som hos oss. I praktiken är dock den muntliga bevisningens roll mycket mindre i den tyska rättegången, eftersom rättegången ses mera som ett tillfälle där jurister diskuterar och där lekmän har en mycket liten roll. Bevisningen tas sällan upp på nytt.⁴⁷ Domstolen börjar med att fastställa tekniska data, sedan klargörs parternas ställning till varandras yrkanden, varefter själva målet presenteras kort. Domstolen ska ta upp de frågor som fortfarande är oklara (ZPO 139 §). De tyska domstolarna har en rätt långtgående skyldighet till processledning, så domstolen inte kan grunda sitt avgörande på omständigheter som överraskar parterna. Domstolen ska alltså berätta vad den anser vara av betydelse i målet och hur den bedömer de betydelsefulla elementen. Parternas ombud kan sedan försöka påverka domstolens åsikt genom att ta upp och argumentera för synpunkter som stöder huvudmannens talan. Därefter tas den muntliga bevisningen upp. Den muntliga förhandlingen avslutas med plädering.⁴⁸

Om målet är enkelt kan domstolen besluta att en domare ensam avgör målet. Förutsättningen är att målet avgjorts i underrätten av en domare, saken är till sin art enkel och inte har någon principiell betydelse (ZPO 526 §). Det är fråga om en fakultativ regel. Eftersom domaren handlägger målet skriftligt kan målet inte överföras till endomarsammansättning sedan en muntlig förhandling hållits, om inte förhandlingen hållits för att pröva t.ex. processförutsättningarna. Ett

⁴⁵ Rosenberg – Schwab – Gottwald 2004, 961

⁴⁶ Se även Uecker LoR 2001, 358 ff. om den muntliga förhandlingen i underrätten. Trots att förloppet i princip är detsamma finns det ändå vissa skillnader i betoningen mellan de olika delarna.

⁴⁷ Koch 1999, 158—159. Kuusimäki och Kuusimäki (1994, 13 och 42) kontaterar att den muntliga huvudförhandlingen är först och främst ett tillfälle där parterna och domstolen framför sin syn på saken och parterna framför argument till stöd för sina ståndpunkter. De högre instanserna anser sig inte ha bättre möjligheter att värdera bevisningen och tar därför sällan upp den på nytt.

⁴⁸ Schumann – Kramer 2002, 234–236.

beslut att överföra målet till endomarsammansättning kan inte överklagas. Om rättsläget förändras, d.v.s. om det visar sig att målet trots allt är komplicerat eller att det har en principiell betydelse eller parterna gemensamt ber om det, ska det överföras till en normal handläggning. En sådan överföring kan ske endast en gång under rättegången. Då kan kammaren eller senaten besluta att handlägga målet i vanlig sammansättning då den hört parterna. Beslutet kan inte överklagas.⁴⁹

11.3.5 Överklagande av beslut

Förfarandet då rättsmedlet *Beschwerde* lagts in är lite annorlunda. Besväret ska riktas antingen till underrätten eller till den andra instansen. Eftersom underrätten har rätt att göra själv rättelse om den anser besväret vara befogat är det naturligt att man riktar besväret till underrätten. I annat fall skickas besväret till den andra instansen. Det är möjligt att lägga in *Beschwerde* muntligt om det är fråga om en rättegång där parten inte använt advokat eller om en person som inte är part för besväret (ZPO 569 §). Fristen för att lämna in *Beschwerde* är två veckor. Besvärsskriften ska se ungefär lika ut som överklagandet, men den måste inte nödvändigtvis innehålla yrkanden och grunderna för dem. Dock kan domstolen ifall yrkandena eller grunderna för dem saknas be parten ange yrkandena och grunderna för dem inom en viss tid (ZPO 571 § 1 st.).⁵⁰ Om ingen frist utsätts får yrkanden och grunderna för dem lämnas in när som helst fram tills domstolen avgjort besväret.⁵¹

Preklusion gäller inte *Beschwerde*. Det här beror på att man inte ändrade så mycket på reglerna om *Beschwerde* i samband med den stora reformen av rättsmedlen i tysk rätt. Därmed är inte heller syftet med *Beschwerde* att kontrollera om underrättens avgörande är riktigt och sedan rätta till eventuella fel. Advokattvång råder inte i skriftligt förfarande, däremot nog om en muntlig förhandling hålls (ZPO 571 § 4 st.). En domare är behörig att avgöra målet ensam om frågan avgjorts av en domare i underrätten och frågan inte är särskilt svår eller av principiell betydelse. Om besväret är bristfälligt avvisas det. Därefter handläggs ärendet skriftligt. Endast undantagsvis ordnas en muntlig förhandling, trots att man på basis av lagtexten skulle kunna tro motsatsen. Själva ärendet avgörs alltid med beslut.⁵²

⁴⁹ Albers 2002, 1591–1592, Reichold 2004c, 880–883, och Ball 2004a, 1337–1338.

⁵⁰ Rosenberg – Schwab – Gottwald 2004, 1036–1037.

⁵¹ Schnauder JuS 2002b, 167.

⁵² Reichold 2004d, 953–956 och Rosenberg – Schwab – Gottwald 2004, 1038–1042.

11.3.6 Begränsningar av rättegångsmaterialet

Enligt ZPO 531 § 2 stycket får parterna inte framföra nya omständigheter (*Angriffs- und Verteidigungsmittel*) i den andra instansen.⁵³ Med nya omständigheter menas sådana omständigheter som inte framförts i underrätten. Det finns dock tre undantag från den här regeln som leder till att det är tillåtet att framföra dem:

- underrätten har förbisett omständigheten eller ansett den vara betydelselös;
- omständigheten har inte tagits upp i underrätten på grund av ett fel i rättegångsförfarandet; eller
- det faktum att omständigheten inte förts fram i underrätten beror inte på partens slarv (Nachlässigkeit).

Den första punkten är en konsekvens av bestämmelsen i ZPO 139 § 3 stycket. Enligt bestämmelsen får domstolen inte lägga en omständighet som en part förbisett eller som den ansett vara betydelselös till grund för sitt avgörande om den inte gör parterna uppmärksamma på omständigheten. Detsamma gäller omständigheter som parterna tolkat på ett annat sätt än domstolen. Då domstolen kommunicerar parterna vad den anser vara av betydelse i målet kan parterna koncentrera sig på de betydelsefulla omständigheterna och lämna bort synpunkter som gäller betydelselösa omständigheter ur rättegångsmaterialet. Om underrätten då gjort en felbedömning i fråga om vad som ska anses vara betydelsefullt leder det till att vissa omständigheter prekluderas trots att de i verkligheten är betydelsefulla.⁵⁴

Den tredje punkten motsvarar vår bestämmelse om preklusion mellan instanserna. Enligt ZPO 531 § 3 stycket måste parten vid behov göra det trovärdigt att hon eller han haft en ursäkt för sin försummelse.⁵⁵ I praktiken har dock bestämmelsen tolkats mycket olika i domstolarna. En del domare har varit mycket liberala i frågan om vad som ska anses vara en giltig orsak, och många tillåter nytt material om det inte är stridigt.⁵⁶

Den andra instansen måste enligt huvudregeln lägga underrättens avgörande om bevisfrågorna till grund för sitt avgörande (ZPO 529 § 1 st.). Den andra instansen får ta upp bevisning på nytt endast om det finns konkreta belägg för att

⁵³ I lagrummets första stycke finns bestämmelser om att det som prekluderats redan i underrätten inte får tas upp i den andra instansen. Orsaken till att det finns en uttrycklig bestämmelse om detta är att det tidigare var möjligt att undgå preklusion i underrätten genom att "fly" till den andra instansen, där omständigheten inte var prekluderad.

⁵⁴ Schumann – Kramer 2002, 200–201. Mera om betydelsen av ZPO 139 §, se Reichold 2004a, 332–339.

⁵⁵ Schumann – Kramer 2002, 202–203.

⁵⁶ Se Bormann JZ 2005, 179.

tvivla på att underrätten avgjort frågan felaktigt eller bristfälligt eller om ny bevisning är tillåten. Med andra ord måste det för det första finnas någon orsak att tvivla på att sakfrågorna är avgjorda rätt och fullständigt. Med fullständigt avses att domstolen ska ha beaktat alla delar av bevisningen och t.ex. eventuella medgivanden. Tvivel kan uppstå t.ex. om något bevis inte alls kommenterats i domstolsprotokollen eller domen. Enligt lagen måste det finnas konkreta belägg för att tvivla på sakfrågorna. I praktiken räcker det dock att det uppstår rimligt tvivel om riktigheten.⁵⁷

Det räcker inte att påstå att en bevisperson inte är trovärdig, man måste kunna framföra sådana orsaker som gör det sannolikt att domstolen borde ha tvivlat på trovärdigheten.⁵⁸ Felet i bevisvärderingen kan bero på fel i förfarandet; på att bevisvärderingen bryter mot vissa grundprinciper om värderingen av bevis; eller på att bevisvärderingen strider mot vissa erfarenhetssatser eller tankemönster. Om felet är grovt är det fråga om *Rechtsverletzung* i den betydelse som avses i ZPO 513 §. Om felet däremot är mindre grovt passar det in under bestämmelsen om förnyad bevisupptagning i ZPO 529 § 1 st. Tanken bakom den senare normen är att domstolen av den andra instansen alltid ska lägga underrättens bevisvärdering till grund för sitt avgörande då bevisvärderingen är felfri. Den andra instansen kan inte bestämma fritt om bevisningen ska tas upp på nytt eller inte. Däremot behöver domstolen inte vara övertygad om att bevisvärderingen är felaktig. Detta beror på att det kan vara svårt att ta ställning till hur muntlig bevisning ska värderas på basis av domstolsprotokoll.⁵⁹

Ifall tvivel uppkommer bör domstolen fastställa ett nytt bevisvärde. Detta kan inte ske utan att man tar upp bevisningen på nytt om man vill förstå det bevispersonen sagt på ett annat sätt eller om man vill ge det ett annat bevisvärde. Detsamma gäller om man vill att utsagan preciseras eller att något läggs till. Om underrätten förfarit fel vid bevisupptagningen ska bevisen tas upp på nytt. Då det gäller trovärdigheten av en bevisperson ska bevispersonen alltid höras om. Om den första instansen inte beaktat en bevispersons berättelse behöver personen inte höras på nytt. Den andra instansen får då fritt ge beviset den betydelse den vill.⁶⁰

Precis som i Finland och Sverige finns det en doktrin om tilltrosbevisning. Frågan om tilltro har dock inte reglerats i lag, utan bygger på rättspraxisen i *Bundesgerichtshof*. Om domstolen alltså anser att en bevisperson som underrät-

⁵⁷ BGH NJW 2005, 680 och Manteufel NJW 2005, 294–295.

⁵⁸ Ball 2004a, 1345–1346.

⁵⁹ Schumann – Kramer 2002, 185–187. Övergången till strängare regler ansågs inte innebära någon större förändring i praktiken eftersom tyska domstolar redan tidigare har varit restriktiva med att förrätta förnyat förhör. Se även Rimmelspacher NJW 2002, 1900–1901.

⁶⁰ Det motsatta gäller om underrätten inte beaktat två motstridiga utsagor. Bara den ena av dem kan vara trovärdig. För att ta ställning till vilkendera som är mera trovärdig måste domstolen höra bevispersonerna på nytt. Ball 2004a, 1347–1348.

ten ansett vara trovärdig inte är det eller vice versa måste bevispersonen höras på nytt. Domstolen får inte heller tolka eller ge berättelsen en annan vikt än i underrätten utan att höra om bevispersonen.⁶¹ Däremot är det möjligt att värdera beviset på ett annat sätt om berättelsen har ett annat objektivt bevisvärde än det underrätten givit det. Enligt nyare rättspraxis är det möjligt att låta bli att höra bevispersonen ”wenn sich das Rechtsmittelgericht auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilmöglichkeit, das Erinnerungsvermögen, oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen.”⁶² Med andra ord är doktrinen om vad som ska anses vara tilltrosbevisning i hög grad densamma eftersom man också i Tyskland fäster uppmärksamhet vid bevispersonens förmåga att bedöma och minnas det hon eller han observerat, om hon eller han talat sanning, och om utsagan varit fullständig och motsägelsefri. Detsamma gäller sakkunnigutlåtanden.⁶³

Problemet är i dag att domstolarna inte verkar hålla sig till den här strikta regeln. I stället har *Bundesgerichtshof* (BGH) konstaterat att den andra instansen måste beakta även sådana delar av sakfrågorna där det finns konkreta belägg för att frågan är felaktigt avgjord trots att parterna inte skulle yrka på det.⁶⁴ Tolkningen av reglerna om preklusion och särskilt tolkningen av reglerna om ny bevisupptagning verkar vara i högsta grad oklar i dagens läge. Inom familjerättsliga mål gäller inte preklusion i samma utsträckning, utan nytt material är tillåtet på ett mycket friare sätt.

Tillsammans med bestämmelsen om vilka omständigheter som får läggas till grund för talan i den andra instansen i ZPO 513 § utgör ZPO 529 § kärnan i den nya synen på den andra instansens uppgift.⁶⁵ Enligt den här synen kan man överklaga till den andra instansen endast om man grundar talan på en eller flera av följande omständigheter:

- domstolen har förfarit fel vid handläggningen av målet, och felet har påverkat utgången i målet;
- domstolen har tillämpat materiell lagstiftning felaktigt antingen genom att tolka eller tillämpa en norm felaktigt, eller genom att tillämpa fel norm; och
- domstolen har avgjort sakfrågan på ett felaktigt sätt.

⁶¹ ”Das Berufungsgericht darf die protokollierte Aussage eines in erster Instanz vernommenen Zeugen nicht anders oder ihr ein andres Gewicht beimessen, ohne den Zeugen erneut zu vernehmen.” Schumann – Kramer 2002, 188.

⁶² BGH NJW 1998, 2222.

⁶³ Schumann – Kramer 2002, 190–191.

⁶⁴ Advokatkåren och domarkåren tycker att det är fel att domstolen använder mycket resurser på att ta ställning till vilka omständigheter och bevis som kan beaktas vid avgörandet av målet. Domstolarna måste ofta ta ställning till om någon omständighet eller något bevis är prekluderat, i stället för att ta ställning till vilken betydelse omständigheten eller beviset har för avgörandet i fallet. Se Bormann JZ 2005, 179.

⁶⁵ Ball 2004a, 1344.

Därtill får alltså bara sådan bevisning för vilken det framförts konkret tvivel om riktigheten beaktas.

Inom familjerättsliga mål är situationen en annan; nya omständigheter och ny bevisning får framföras betydligt friare. Delvis beror detta på att man inte förnyat bestämmelserna om familjerättsliga mål. Bestämmelserna om preklusion i familjerättsliga mål beror på vilken typ av mål det är fråga om. Däremot gäller bestämmelsen om vilka bevis som ska tas upp på nytt även familjerättsliga mål.⁶⁶

I fråga om *Beschwerde* är bestämmelserna om preklusion annorlunda. Enligt huvudregeln är nya omständigheter tillåtna (ZPO 571 § 2 st.). Enligt tredje stycket ska nya omständigheter dock åberopas i besvärsskriften. Om omständigheterna åberopats efter att besvärstiden löpt ut får domstolen godkänna dem endast om de nya omständigheterna inte leder till att handläggningen av ärendet fördröjs eller om parten har en tillräcklig orsak till dröjsmålet. Om underrätten förkastat en omständighet på laglig grund får omständigheten inte åberopas i den andra instansen.⁶⁷ Orsaken till att reglerna är generösare i fråga om *Beschwerde* beror på att underrätten oftast fattat sitt beslut efter en begränsad bevisupptagning, varvid det är möjligt att bevisupptagningen är bristfällig.⁶⁸

Enligt huvudregeln är det förbjudet att ändra på talan, väcka genkäromål och göra ett kvittningsyrkande först i den andra instansen. I ZPO 533 § finns undantagen från regeln upptagna. Det är möjligt endast om motparten eller domstolen godkänner det *och* det nya yrkandet grundar sig på samma omständigheter som de ursprungliga yrkandena. I praktiken betyder det faktum att motparten inte reagerar på en sådan ändring att hon eller han godkänner den. Domstolen bör ta ställning till om handläggningen skulle fördröjas eller försvåras alltför mycket⁶⁹. Däremot är det möjligt att begränsa talan.

Grundregeln i tysk rätt är att den andra instansen beaktar *ex officio* allt det rättegångsmaterial som kommit till dess kännedom. Grunden för den andra instansens prövning utgörs dock av vad som yrkats i underrätten och yrkandena i den andra instansen. Den andra instansen prövar underrättens avgörande endast till den del parterna yrkat på det (ZPO 528 §). Ur den här bestämmelsen framgår reglerna om *ne ultra petita* och *reformatio in peius*.

⁶⁶ Rimmelspacher 2002b, 410 och 431.

⁶⁷ Reichold 2004d, 952–953.

⁶⁸ Pantle – Kreissl 2002, 19–20.

⁶⁹ Schumann – Kramer 2002, 204–206.

11.4 SPÄRRAR TILL DEN ANDRA INSTANSEN

Det finns två olika begränsningar som båda gäller endast överklagande av dom. Den ena gäller mål där förlustvärdet underskrider 600 euro, den andra gäller övriga mål. Jag börjar med att diskutera prövningstillståndet för mål med lågt förlustvärde och tar därefter upp möjligheten att genast förkasta överklaganden som inte kan nå fram. I fråga om *Beschwer* finns inte motsvarande generella bestämmelser. Däremot finns det särskilda bestämmelser om när vissa typer av beslut inte får överklagas. Till exempel får inte ett beslut om rättegångskostnader överklagas om förlustvärdet inte överstiger 100 euro (ZPO 567 § 2 st.).

11.4.1 Tillstånd att överklaga

Enligt tysk rätt får parterna inte överklaga domar ifall förlustvärdet inte överskrider 600 euro (ZPO 511 § 2 st. 1 punkten). Summan motsvarar gränsen för s.k. bagatellmål. Enligt ZPO 495a§ får domstolen handlägga mål i vilka intresset inte överskrider 600 euro i stort sett enligt egen bedömning av vad som är ändamålsenligt.

Ett system där man inte får överklaga om värdet på intresset eller förlustvärdet är för litet kan leda till oskäligen resultat inte bara för parterna, utan för hela rättssystemet. Därför har man velat införa olika ventiler, genom vilka man kommer ut ur den återvändsgränd ett förbud mot att överklaga kan utgöra. Den tyska lagstiftaren har utvecklat ett system där underrätten kan ge sitt samtycke till att ett mål får överklagas i sådana fall där värdet på intresset underskrider gränsen för tillgången till den andra instansen. Därtill kan en part som anser att underrätten brutit mot grundläggande rättsprinciper be underrätten återuppta handläggningen av målet. För det tredje kan man tillgripa extraordinära rättsmedel och talan om att domstolen brutit mot grundlagens bestämmelser. Jag tar upp bara de två första möjligheterna att reagera på en sådan dom.⁷⁰

Den tyska lagstiftaren har alltså infört ventiler för att möjliggöra att prejudikatfrågor som aktualiseras i bagatellmål kan prövas i den högsta instansen. (ZPO 511 § 2-4 st). Parterna kan därför få tillstånd att överklaga på prejudikatgrunder. Tanken bakom ventilen är att även bagatellmål kan vara viktiga för rättssystemet som helhet eftersom de kan innehålla frågor som är av större be-

⁷⁰ Bestämmelsen i ZPO 511 § kom till som en kompromiss mellan dem som ansåg att det var dags att slopa gränserna till den andra instansen och dem som ansåg att bagatellmål inte borde släppas fram p.g.a. att kostnaderna för målen blir mycket höga i förhållande till intresset särskilt för samhället. Å ena sidan ville man slopa konstgjorda gränser för tillgången till den andra instansen, men å andra sidan ville man inte släppa fram bagatellmål i onödan. Se t.ex. Rimmelspacher 2002b, 271.

tydelse.⁷¹ Till skillnad från de flesta typer av system där tillstånd behövs för att överklaga målet är det underrätten som är den domstol som beviljar tillståndet. Det här är en mycket central skillnad. Underrätten bedömer om det är fråga om ett prejudikatmål.

Följden blir att appellationsdomstolen inte behöver handlägga målet ifall tillstånd inte beviljas. Eftersom underrätten handlagt målet känner den redan till alla detaljer, och behöver därmed inte lägga ner extra energi på att reda ut frågorna. Beslutet att tillåta överklagande fattas *ex officio* av underrätten alltid då någon av dem som får överklaga drabbas av regeln om förlustvärdet. Om underrätten beviljat tillstånd ska det framgå av domen. Om parterna inte yrkat på tillstånd och underrätten inte beviljar tillstånd behöver den inte nämna något om det i domen. Har någon däremot yrkat på tillstånd så ska domstolen ta ställning till yrkandet i domen. Om det inte är klart om målet kan överklagas fritt eller inte ska underrätten ta ställning till det i sin dom.⁷²

Enligt ZPO 511 § 4 st. ska underrätten bevilja tillstånd att överklaga om saken är av principiell betydelse; eller om det är viktigt för rättsutvecklingen och en enhetlig tillämpning av rätten och ett domstolsavgörande kunde påverka läget. Det är svårt att skilja mellan dessa två fall och betydelsen av skillnaden är inte så viktig.⁷³

Kraven motsvarar de som ställs på tillgången till den tredje instansen. Med den första punkten avses att det ska vara fråga om en rättsfråga som kan och bör klarläggas. Det går alltså inte att överklaga sakfrågor. Rättsfrågan ska dessutom ha betydelse utöver målet i fråga. Betydelsen av målet för parten har ingen betydelse för bedömningen. Med ett behov av klarläggning avses att det är oklart hur en viss bestämmelse ska tolkas och vilken utsträckning den har, eller så ska det vara fråga om att klarlägga förhållandet mellan flera bestämmelser som kunde tillämpas på samma fall. Med termen *klärungsfähig* (går att klarlägga) menas att normen måste vara sådan att den hör till de allmänna domstolarnas kompetens. Ytterligare krävs att rättsfrågan har betydelse för utgången i målet.⁷⁴ Det kan också vara fråga om en situation där rättsläget i och för sig är klart, men den gällande tolkningen anses vara obsolet eller förlegad. Det centrala är att det ska handla om en situation där rättsläget är oklart och frågan har betydelse utöver det ifrågavarande rättsförhållandet.⁷⁵ Med kriteriet enhetlig rättstillämpning avses fall där det finns en risk för stora skillnader i rättstillämpningen mellan olika domstolar. Även här kan endast rättsfrågor av allmän bety-

⁷¹ Rimmelspacher 2002b, 260.

⁷² Rimmelspacher 2002b, 275–276. Avgörandet om tillstånd att överklaga får inte fattas i ett separat beslut. Det måste ingå i domen. Om underrätten rättar sin dom i efterskott får tillståndet ges i den rättade domen.

⁷³ Rimmelspacher 2002b, 274.

⁷⁴ Rimmelspacher 2002b, 272–274 och Ball 2004b, 1379–1380.

⁷⁵ Meyer-Seitz 2002, 135, och Doukoff 2002, s. 26–27.

delse tas upp. Vanligtvis ska det vara fråga om en situation där domstolen avvikit från praxisen i en högre instans.⁷⁶

Om någon av dessa förutsättningar uppfylls måste underrätten bevilja tillstånd att överklaga. Den andra instansen är bunden av underrättens avgörande och måste ta upp målet till prövning. Det är oklart om det är möjligt att begränsa tillståndet till vissa delar av målet eller om tillståndet gäller hela målet.⁷⁷ Det går inte att överklaga beslutet att bevilja eller inte bevilja prövningstillstånd.⁷⁸

Fördelen med det här systemet är att det går minimalt med tid och resurser åt till att bestämma vilka mål som ska beviljas tillstånd. Detta beror på att underrätten fattar beslutet *ex officio* i samband med att den fattar sitt avgörande i målet och på att ingen ansökan om tillstånd behövs. Däremot är den problematisk ur den synvinkeln att det inte är möjligt att använda det här rättsmedlet i mål där underrätten begått grova fel eller avgjort målet fel.

11.4.2 Hjälpmedel för bagatellmål

Om förlustvärdet inte överskrider 600 euro finns inga ordinära rättsmedel till förfogande. Därför har lagstiftaren skapat en ventil. Även om tanken är att det inte ska vara möjligt att överklaga, är det i de fall då underrätten klart brutit mot grundläggande processrättsliga principer (*Verfahrensgrundsätze*) viktigt att det finns något hjälpmedel. Eftersom de grundläggande processrättsliga principerna har en mycket central roll i tysk processrätts- och författningsrättsdoktrin, anses brott mot dessa vara ett betydelsefullt fel. Normalt kan den vars rättigheter blivit kränkta antingen använda extraordinära rättsmedel⁷⁹ eller klaga hos *Bundesverfassungsgericht*.

Eftersom dessa två sätt att reagera på fel blir betungande för rättssystemet ville den tyska lagstiftaren införa ett hjälpmedel som skulle avlasta de övriga instanserna. Följaktligen infördes en ny bestämmelse om ett snabbt hjälpmedel i de fall domstolen brutit mot en parts *Anspruch auf rechtliches Gehör* i ZPO 321a §.⁸⁰ Hjälpmedlet som kallas *Gehörsrüge* är inte ett rättsmedel i ordets egentliga bemärkelse, eftersom den inte leder till att målet överförs till en högre instans. Tvärtom fortsätter handläggningen i samma domstol som tidigare.

⁷⁶ Rimmelspacher 2002b, 274–275 och Gerken 2004, 57–58.

⁷⁷ Treber 2002, 318, anser att hela målet ska prövas, medan Gerken (2004, 58) anser att endast den del som beviljats tillstånd ska prövas.

⁷⁸ Rimmelspacher 2002b, 276–277.

⁷⁹ Om extraordinära medel mot kränkningar av *Anspruch auf rechtliches Gehör* se Jauernig 2001, 253–258.

⁸⁰ År 2003 konstaterade *Bundesverfassungsgericht* (BverfG NJW 2003, 1924) att bestämmelsen var i strid med grundlagen eftersom den var för vagt formulerad och eftersom tillämpningsområdet var för snävt. Därför ändrades bestämmelsen 1.1.2005. Se Treber NJW 2005, 98 ff. om de ändringar som gjordes.

Bestämmelsen i ZPO 321a § kom till som ett tillägg till otaliga andra hjälpmedel där man ber den instans där målet handlagts (eller i vissa fall fortfarande handläggs) rätta ett avgörande eller ta målet upp till fortsatt handläggning. Det är inte fråga om en ny process utan om att handläggningen fortsätter, vilket gör att det inte är fråga om ett rättsmedel trots att bestämmelsen är mycket lik bestämmelserna om rättsmedel.⁸¹

Enligt ZPO 321a § kan den part som förlorat ett mål helt eller delvis i underrätten, men som enligt ZPO 511 § inte kan överklaga, använda sig av hjälpmedlet. Hjälpmedlet kommer alltså i fråga endast mot den första instansens avgöranden i sådana fall då värdet på intresset inte överskrider 600 euro och den första instansen inte gett tillstånd att överklaga.⁸² Därtill krävs att den första instansen brutit mot partens *Anspruch auf rechtliches Gehör* på ett sätt som påverkat utgången i målet (ZPO 321 a § 1 st.). Med rekvisitet *entscheidungserhebliche Weise* avses att det inte kan uteslutas att felet i förfarandet har påverkat utgången. Termen *Anspruch auf rechtliches Gehör* ska ges en vid tolkning.⁸³ Vidare ska inget annat hjälpmedel som leder till att domstolen rättar domen finnas till hands.⁸⁴

Enligt bestämmelsens andra stycke ska en anmärkningsskrift inlämnas till underrätten inom två veckor från den dag parten delgivits domen. Förutom en individualisering av den rättegång som ärendet gäller ska skriften innehålla en beskrivning av hur partens *Anspruch auf rechtliches Gehör* har blivit kränkt och hur detta påverkat utgången i målet.⁸⁵ Det krävs inte att parten ska bevisa att målet handlagts på ett felaktigt sätt, men det räcker inte heller att helt generellt hänvisa till att man blivit orättvist behandlad. I bestämmelsen talas om ”*die Darlegung der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör*.” Ordet *Darlegung* ska tolkas enligt följande:

... bestimmte Umstände tatsächlicher und/oder rechtlicher Art benennen, aus denen zumindest eine nicht ganz hergesuchte Möglichkeit einer Gehörsverletzung vernünftigerweise abgeleitet werden kann.⁸⁶

Det måste alltså finnas något mera konkret än bara ett allmänt konstaterande om att fel begåtts. Tanken är alltså att inlagan ska rikta domstolens uppmärksamhet

⁸¹ Se t.ex. Jauernig 2002, 117–118 och Hartmann 2002b, 1252–1259.

⁸² Den kan inte användas mot den andra instansens avgöranden ens på basis av en analog tolkning (Musielak 2002, 187).

⁸³ Vollkommer 2001, 516 och Musielak 2002, 188.

⁸⁴ I ZPO 319–321 §§ finns bestämmelser om när domstolen kan ändra på domen eller protokollet i efterskott. De tyska domstolarna har mer långtgående befogenheter på det här området än de finska domstolarna. Se Musielak 2004b, 994–1007 och Rosenberg – Schwab – Gottwald 2003, 379–383.

⁸⁵ För exempel på fall där domstolen brutit mot *Anspruch auf rechtliches Gehör* se Vollkommer 2001, 520–533.

⁸⁶ Hartmann 2002b, 1255. Parten måste alltså ”nämna rättsliga och/eller faktiska omständigheter, ur vilka det åtminstone finns en långsökt möjlighet att härleda en kränkning”.

mot felet. Parten måste kunna övertyga domstolen om att det är sannolikt att ett fel begåtts.

Domstolen prövar *ex officio* om skriften uppfyller minimikraven och om den är inlämnad i tid. Om skriften inte uppfyller minimikraven ska domstolen avvisa hjälpmedlet. Därefter tar domstolen ställning till om yrkandet är grundat. Är yrkandet ogrundat ska domstolen förkasta det. Vid behov kan ett muntligt sammanträde ordnas för handläggningen av frågan. Hjälpmedlet avvisas genom ett beslut, i vilket domstolen kort redogör för de grunder på vilka den fattat beslutet. Om hjälpmedlet inte avvisas ska motparten vid behov ger möjlighet att yttra sig om saken. Motparten kan även höras i ett tidigare skede. Vid behov kan den part som besvärat sig höras ännu kort efter det att motparten hörts. Om hjälpmedlet är grundat fortsätter handläggningen av målet i domstolen. Rättegången fortsätter från den punkt där den muntliga förhandlingen avslutades. Om hjälpmedlet är ogrundat förkastas det med beslut.⁸⁷ Det är alltså fråga om en liknande situation som vid återvinning av tredskodom.⁸⁸ Hjälpmedlet är suspensivt, vilket betyder att ett avgörande som inte får överklagas inte blir rättskraftigt förrän fristen gått ut och yrkandet om hjälpmedlet avgjorts.⁸⁹

Syftet med bestämmelsen är att uppnå större rättvisa på ett processekonomiskt sätt. Tanken är att avlasta de högre domstolarna, men eftersom mål där grova brott mot parternas rätt till rättvis behandling är sällsynta och gäller endast bagatellmål, kommer bestämmelsen knappast att ha särskilt stor betydelse.⁹⁰ Det finns alltid en risk att parterna missbrukar förfarandet eftersom det är billigare än regelrätta rättsmedel.

Hjälpmedlet är dock i hög grad problematiskt. Dels är det mycket betänkligt att man kan avhjälpa endast en typ av grova kränkelse med hjälpmedlet, vilket betyder att avlastningen inte är särskilt stor och att parterna fortfarande i många andra fall endast har extraordinära rättsmedel till sitt förfogande. Dels är det problematiskt med icke-devolutiva hjälpmedel, eftersom de inte leder till att målet handläggs av en annan domstol. Den första delen av kritiken avslöjar hur viktigt det är med ventiler då det inte finns fri tillgång till den andra instansen.

Det är ingen idé att belasta de översta instanserna med mål som kunde ha lösts med mycket enklare medel. Den andra delen av kritiken visar hur viktigt det är med devolutiva rättsmedel. Att fela är mänskligt, och ofta vill vi inte bli vidkända våra fel. Därmed finns det alltid en risk att domstolen inte känner igen sina egna fel. Den skulle ju antagligen ha handlat på ett annat sätt om den hade

⁸⁷ Enligt lagen ska domstolen kort redogöra till grunderna för beslutet att förkasta hjälpmedlet. I praktiken är motiveringen dock längre på grund av att alltför korta motiveringar kan leda till förfätningsklagan (Huber JuS 2002, 489).

⁸⁸ Musielak 2004b, 1010–1011, Rosenberg – Schwab – Gottwald 2003, 384–385 och Vollkommer 2001, 509.

⁸⁹ Vollkommer 2001, 509.

⁹⁰ Jauernig 2002, 118. Jfr. Hartmann 2002b, 1253.

ansett att det sätt den handlade på var fel. I den tyska diskussionen talar man till och med om att domstolar ibland av olika orsaker medvetet bryter mot reglerna. I sådana fall hjälper det inte att klaga till samma domstol, till samma instans. *Gehörsrüge* är alltså en klen hjälp mot felaktigheter i förfarandet.

11.4.3 Beslut att förkasta målet

I samband med reformen av rättegången i den andra instansen år 2002 infördes en möjlighet för den andra instansen att begränsa tillgången till full prövning. Tanken bakom reformerna har varit att effektivisera de högre instansernas arbete genom att höja tröskeln för en full prövning i överrätten. Samtidigt ville man undvika att parterna överklagar endast för att kunna fördröja verkställandet av domen.⁹¹ Tanken var att man snabbt kunde bli kvitt utsiktslösa mål.⁹² Bestämmelsen i ZPO 522 § 2 st. om att domstolen kan förkasta ett utsiktslöst överklagande utan att hålla muntlig förhandling har väckt mycket kritik i Tyskland och är mycket omstritt.⁹³

Enligt ZPO 522 § 2 st. ska domstolen enhälligt besluta om förkasta talan om den är övertygad om att överklagandet är utsiktslöst; saken inte har någon principiell betydelse; och varken vidareutvecklingen av rätten eller enhetligheten av rättsskipningen kräver att målet tas upp till handläggning. Enligt den andra meningen i lagrummet ska ordföranden innan beslutet fattas meddela parterna om att domstolen tänker fatta beslutet och ange grunderna för beslutet. Därtill ska domstolen ställa en frist inom vilken parterna får ta ställning till frågan.

Beslutet är obligatoriskt, domstolen måste alltså förkasta ett mål om det uppfyller kriterierna.⁹⁴ Beslutet kan fattas endast om målet i sig har klarat av de spärar som finns och det uppfyller processförutsättningarna. Därefter prövar domstolen om målet är utsiktslöst. Rekvisitet uppfylls om domstolen konstaterar att den inte skulle komma till en annan slutsats än underrätten på basis av det som framkommer av överklagandet, svaret och den eventuella repliken. Däremot behöver det inte vara fråga om ett uppenbart utsiktslöst överklagande.⁹⁵

Den andra instansen ska göra en prognos för vilken slutsatsen skulle vara. Det är alltså en rättsfråga om överklagandet är utsiktslöst.⁹⁶ I fråga om bevisfrågor är tröskeln för att förkasta överklagandet lägre, eftersom den andra instansen får ifrågasätta den första instansens avgörande av bevisfrågor endast om det finns konkret tvivel om att avgörandet är riktigt. Det måste finnas konkreta

⁹¹ BT–Drs. 14/4722, 62–64.

⁹² Rimmelspacher 2002b, 354–355.

⁹³ Schnauder JuS 2002b, 163.

⁹⁴ Meyer-Seitz 2002, 172–173.

⁹⁵ OLG Celle NJW 2002, 2400 och 2800. BVerfG NJW 2003, 281.

⁹⁶ Schnauder JuS 2002b, 163.

belägg för att tvivla på riktigheten, det räcker inte med allmänna påståenden. Dock krävs inte att parterna visar att ett fel faktiskt begåtts.⁹⁷ Då det finns två möjliga lösningar för en rättsfråga måste alla tre domare anse att underrätten valt samma lösning som de skulle ha valt för att överklagandet ska vara utsiktslöst.⁹⁸ Om rättsläget är oklart på något sätt kan målet inte förkastas.⁹⁹

Om det första kriteriet uppfylls ska de två övriga prövas. Med ”keine grundsätzliche Bedeutung” och kravet på rättsutveckling och enhetlig rättstillämpning menas detsamma som i ZPO 511 § 4 st. där det stadgas om när underrätten ska ge tillstånd att överklaga. Bestämmelsen ska tolkas i samklang med bestämmelserna om grunderna för att överklaga till *Bundesgerichtshof*. Den andra instansen får inte spärra tillgången till den tredje instansen. Den andra instansen är inte bunden av den första instansens tolkning av om målet är av principiell betydelse. Tvärtom kan den fritt besluta att förkasta talan.¹⁰⁰

Då domstolen kommit fram till att den sannolikt kommer att förkasta målet ska den informera parterna om det. Den ska ange på vilka grunder den kommer att förkasta målet och ge dem en möjlighet att inom en viss frist uttala sig om saken. Normalt sker det så att den överklagande får skriften, medan motparten får en kopia till kännedom. Tanken är att förfarandet i den andra instansen ska vara så transparent som möjligt och att beslutet att förkasta talan inte ska komma som en överraskning för den överklagande. Därmed bryter domstolen inte mot parternas *Anspruch auf rechtliches Gehör*. Man hoppas också på att den överklagande ska återta överklagandet eftersom det blir billigare för honom.¹⁰¹ Detta beror på att både domstolsavgifterna och de lagstadgade advokatarvoden är sådana att de utgår separat för de olika delarna av rättegångsförfarandet. Om den överklagande i sitt svar lyckas övertyga domstolen att det trots allt finns orsaker att fortsätta rättegången fortsätter handläggningen av målet helt normalt.

Det är lite oklart i vilket skede av rättegången beslutet ska fattas. Ett snabbt avgörande skulle betyda att man inte begär ett svar av motparten innan man fattar beslut om att förkasta målet. Därmed skulle det förefalla naturligt att domstolen tar ställning till frågan genast då målet kommit in. Eftersom lagen inte tydligt anger när beslutet ska fattas kan det också ske sedan motparten delgivits överklagandet och svarat på det.¹⁰²

Domstolen måste fatta beslutet att avvisa målet enhälligt av ett domarkollegium. Lagstiftaren har velat förhindra att beslutet fattas alltför lättvindigt ge-

⁹⁷ Gerken 2004, 201–203 och Schumann – Kramer 2002, 163.

⁹⁸ Rimmelspacher 2002b, 358.

⁹⁹ BGH NJW 2005, 1931.

¹⁰⁰ Gerken 2004, 203–204.

¹⁰¹ Gerken 2004, 203–204.

¹⁰² Gerken 2004, 203–204. OLG Koblenz NJW 2003, 2100. Svaret har ingen inverkan om domstolen beslutar att förkasta överklagan.

nom att kräva att beslutet måste vara enhälligt och fattat av tre domare tillsammans.¹⁰³ Handläggningen är uteslutande skriftlig, trots att lagen inte uttryckligen säger så. Enligt Meyer-Seitz har lagstiftarens avsikt uttryckligen varit att domstolarna förkastar målen i ett så enkelt och billigt förfarande som möjligt.¹⁰⁴ Om en muntlig förhandling krävs uppfylls inte de förutsättningar som nämns i lagrummet om att det ska vara klart att överklagandet är utsiktslöst.

Till skillnad från finsk rätt går det endast att förkasta hela målet, inte delar av det. Om parterna delvis ingår förlikning, eller den överklagande återtar en del av överklagandet kan återstoden förkastas med stöd av 522 § 2 st. Om fler än en part har överklagat går det inte att förkasta en talan med hjälp av det här förfarandet. Orsaken är att syftet med förfarandet är att undvika en muntlig förhandling. Om endast en del förkastas måste ett muntligt sammanträde ordnas, varmed syftet omintetgörs.¹⁰⁵

Beslutet att förkasta målet sker i normal sammansättning, alltså med tre domare. Domarna måste vara ense om att målet ska förkastas. Beslutet ska motiveras ifall domstolen grundar beslutet helt eller delvis på andra omständigheter än de som angivits då parterna informerades om att domstolen sannolikt kommer att förkasta överklagan. Om den klagande har påtalat brister i förfarandet i underrätten bör domstolen extranoggrant ta ställning till dessa påståenden. Enligt tysk rätt (ZPO § 540) behöver de högre domstolarna inte motivera sina avgöranden lika ingående som underrätterna, vilket gäller särskilt sådana beslut som detta. Om en part påstått att underrätten gjort grova rättegångsfel bör dock beslutet motiveras mera ingående. Mellaninstansen bör då förklara varför den anser att inget rättegångsfel begåtts eller varför felet saknar betydelse.¹⁰⁶

Ett beslut enligt ZPO § 522 2 st. kan inte överklagas. Detta har lett till en hel del problem. För det första bryter det delvis mot principen att domstolarnas avgöranden inte ska vara godtyckliga. Den grund på vilken målet avgörs inverkar på möjligheterna att överklaga, vilket inte är bra om man ser på saken ur ett grundrättsperspektiv. Det enda rättsmedlet är att klaga till *Bundesverfassungsgericht*. I samband med att ZPO 321a § ändrades utvidgades tillämpningsområdet för *Gehörsrüge* att omfatta även förkastande beslut.¹⁰⁷ Samtidigt strider det mot lagstiftarens vilja att öppna vägen till den tredje instansen för alla mål.¹⁰⁸ Därutöver går det att tillgripa ZPO 321a § analogt.¹⁰⁹

¹⁰³ BT-Drs. 14/4722, 97.

¹⁰⁴ Meyer-Seitz 2002, 173. Se även Schumann – Kramer 2002, 166.

¹⁰⁵ Rimmelspacher 2002b, 359–360.

¹⁰⁶ Schumann – Kramer 2002, 167, Meyer-Seitz 2002, 175–176 och Rimmelspacher 2002b, 360.

¹⁰⁷ Treber NJW 2005, 99.

¹⁰⁸ BGH NJW 2003, 906 och BGH NJW 2003, 2105. Se även Rimmelspacher 2002b, 360–361.

¹⁰⁹ Innan ZPO 321a § ändrades var det oklart om bestämmelsen kunde tillämpas på förkastande beslut.

För det andra har bestämmelsen om att ett sådant beslut inte kan överklagas lett till att praxisen i de olika domstolarna skiljer sig kraftigt från varandra. Vissa domstolar använder bestämmelsen för att minska på arbetsbördan, andra i sin tur för att dess avgöranden ska vara slutliga. I vissa domstolar har upp till 60 % av målen avgjorts med stöd av ZPO 522 § 2 st.¹¹⁰ Följaktligen leder det till ett minskat förtroende för domstolarna. Redan innan lagen trädde ikraft gjordes förslag till att ändra rekvisitet från utsiktslös till uppenbart ogrundad.¹¹¹ Dels skulle det leda till att tröskeln för att förkasta mål direkt skulle bli högre, dels är rekvisitet ogrundad bättre än utsiktslös. Det är nämligen lättare att komma underfund med att överklagandet är ogrundat än att det är utsiktslöst. Redan ordet utsiktslöst i sig betyder att man gör en prognos för hur domstolen kommer att döma, medan ogrundad tar sikte på om underrättens dom är riktig.

Ytterligare ett problem är att bestämmelsen inte leder till att domstolens arbetsbörda minskar ifall domstolen förfar rätt.¹¹² I stället för muntliga förhandlingar går domarnas tid åt till att skriva beslut och att bereda beslutet och diskutera med domarkollegerna. Det går nästan lika lätt att ordna en kort muntlig förhandling.¹¹³ Därtill måste de i värsta fall läsa in målet tre gånger i stället för en gång enligt gammal rätt. Den första gången då de tar ställning till om det är fråga om ett mål som ZPO 522 § 2 st. kan tillämpas på, den andra gången då de tar ställning till klagandens skrift, och om de därefter konstaterar att bestämmelsen inte ska tillämpas, ytterligare en gång inför den muntliga förhandlingen. I värsta fall kan det hända att domaren först då hon eller han läst in sig på målet en längre tid (upp till några dagar) konstaterar att överklagandet är utsiktslöst.¹¹⁴

11.5 UTVÄRDERING AV DEN TYSKA REFORMEN

Den tyska reformen har utsatts för mycket kritik. Dess utgångspunkter var dels att avlasta rättssystemet genom att erbjuda möjligheter att snabbt och enkelt avgöra enkla eller utsiktslösa mål, dels var utgångspunkten att rättvisa alltid bör uppnås i det enskilda fallet.¹¹⁵ Dessa två strävanden är ofta motstridiga. I fråga om möjligheterna att överklaga förkastande beslut, måste lagstiftaren ge sig nästan genast, eftersom Bundesverfassungsgericht ansåg den ursprungliga snäva tolkningen vara grundlagsvidrig. Institutet *Zurückweisungsbeschluss* har

¹¹⁰ Bormann JZ 2005, 179.

¹¹¹ Se Strohn 2000, 163 och Prütting 2000, 108–109.

¹¹² Bormann JZ 2005, 179.

¹¹³ Bormann JZ 2005, 179.

¹¹⁴ Strohn 2000, 163.

¹¹⁵ Roth JZ 2006, 10.

väkt mycket kritik och är idag mycket omstritt.¹¹⁶ Begränsningen av den andra instansen möjligheter att ta upp bevisning på nytt har också kritiserats hårt.¹¹⁷ Det har inte ansetts vara bra att redan den andra instansen fokuserar främst på rättsfrågor. Av allt att döma blir även de kommande åren turbulenta för den andra instansen i tysk rätt.

¹¹⁶ Roth JZ 2006, 14–15, Bormann JZ 2005, 179 och Debusman Beilage zu NJW Heft 27/2004, 6, Hirtz Beilage zu NJW Heft 27/2004, 7, och Gottwald Beilage zu NJW Heft 27/2004, 10.

¹¹⁷ Se t.ex. Hirtz Beilage zu NJW Heft 27/2004, 7 och Roth JZ 2006, 11–14.

12 Rättsjämförande analys och mellanboks slut

12.1 RÄTTSJÄMFÖRANDE ANALYS

För att underlätta den rättsjämförande analysen börjar jag med att sinsemellan jämföra de utländska rättssystemen som diskuterats i föregående kapitel. På det här sättet kan såväl likheter som skillnader lättare tas fram. Detta innebär att olika bakgrunder, idéer och alternativ slutligen kan ställas fram i en överskådlig form. Genom att inte blanda in Finland i det här skedet tror jag att jag bättre kan abstrahera väsenliga skillnader och de mest lovande möjligheterna i de utländska rättssystemen. Först därefter lönar det sig att se på det finska rättssystemet i förhållande till de utländska systemen.

Eftersom det allmänna förfarandet i den andra instansen utgör den grund mot vilken de flesta spärrar borde ses börjar jag med att ta upp vad en full prövning av ett mål innebär. Sedan övergår jag till själva spärrarna och vissa till dem relaterade synpunkter om parternas rättsskydd. Slutligen går jag in för att se vilka element som är typiska för olika spärrar och sedan renodla modeller för spärrar på basis av dessa observationer.

12.1.1 Full prövning av målet

En full prövning av beslut framskrider i princip på samma sätt i Sverige, Norge och Tyskland. I alla länder sker handläggningen av mål i vilka ett beslut överklagats enligt huvudregeln skriftlig. Domstolen kan dock vid behov ta emot bevisningen under ett muntligt sammanträde. Det eventuella muntliga sammanträdet är egentligen inte någon muntlig huvudförhandling där parterna kan argumentera för sina synpunkter, utan främst ett tillfälle där en eller flera personer hörs i bevisningssyfte och där kommentarerna främst gäller den aktuella bevisningen.

Den norska lagstiftaren har dock gått inför att öka möjligheterna till muntlig handläggning av dessa mål då kravet på en försvarlig handläggning av målet och en rättvis rättegång kräver det. Den norska lagstiftaren visar tydligt att trenden att se på muntliga förhandlingar som ett redskap håller på att stärkas. Samtidigt ökar även flexibiliteten.

Då ett slutligt avgörande i själva saken, alltså en dom, överklagats är situationen en helt annan. I Tyskland och Norge framskrider handläggningarna ganska lika, även om själva förloppen av de muntliga förhandlingarna är olika. Sverige skiljer sig däremot på många sätt från dessa två länder. Huvudregeln i både

Norge och Tyskland är att målet avgörs efter en muntlig förhandling. I Sverige är avgörs målen i regel efter en uteslutande skriftlig handläggning, även om lagtexten i sig tyder på annat.

I Tyskland är möjligheterna till en muntlig handläggning mycket begränsade, medan de i Norge är bra. I Norge har parterna ett relativt stort inflytande över handläggningen och bestämmelserna karakteriseras av kraven på ändamålsenlighet och flexibilitet.

I svensk rätt ser vi en rättskultur där de muntliga förhandlingarnas samband med fri bevisning och fri bevisprövning är starkare och där muntliga förhandlingar inte är lika vanliga. Parterna måste alltså själva se till att de ber hovrätten ordna en muntlig förhandling. Detta förklarar även varför behovet av att gallra mål är mindre i Sverige än i Norge och Tyskland; domstolarna har en större möjlighet att med andra medel nå en snabb, skriftlig handläggning.

Skillnaderna i den muntliga förhandlingens roll syns också på andra sätt. Eftersom den muntliga förhandlingen uppfattas som kärnan i själva rättegången i Norge behövs inte en bestämmelse om tilltrobevisning på samma sätt som i Sverige och i viss mån även Tyskland. I Norge betonas även att alla avgöranden som leder till att ett mål eller en del av ett mål inte förs till en normal, full muntlig handläggning baserar sig på att begränsningen är försvarlig och att rättegången och det material domstolen bygger sitt avgörande på är försvarliga. Rätten till en rättvis, försvarlig och ändamålsenlig rättegång står överst. I Tyskland har den muntliga förhandlingen en så grundläggande betydelse att dess ställning inte kan rubbas.

Kärnan i muntligheten är dock diskussionen mellan juristerna, domarna och ombuden. Därför får den muntliga bevisningen en mindre framträdande roll, men möjligheterna att avvika från en muntlig förhandling är mindre. I tysk rätt kompenseras i viss mån de strikta kraven på en muntlig handläggning med bestämmelsen om att ett mål under vissa förutsättningar kan avgöras av bara en domare. Därmed minskar domstolarnas arbetsbörda lite.

I Sverige har muntligheten inte en lika framträdande roll. Där har man även petat mest på bestämmelserna om bästa möjliga bevismaterial och bevisomedelbarheten i och med att man använder inspelningar av utsagor från underrätterna i en betydande grad. Överraskande nog är Sverige alltså det land där rättegången i den andra instansen är allra mest ”hemlighetsfull” ur medborgarnas synvinkel. I Sverige är handläggningen av målet på sätt och vis mera byråkratisk i och med att det finns unga föredraganden som föredrar målet och att det därmed inte är domarna själva som har gjort allt jobb. I Norge och Tyskland arbetar domarna utan stöd av en föredragande. I stället ställs högre krav på parternas ombud, som måste se till att rättegångsmaterialet är lätt att förstå.

12.1.2 Olika typer av spärrar

12.1.2.1 *Prövningstillstånd för småmål*

Någon typ av prövningstillstånd för småmål finns i såväl Sverige och Norge som i Tyskland. Det finns dock en mycket betydelsefull skillnad mellan den skandinaviska typen av prövningstillstånd och den tyska typen.

Den tyska typen av prövningstillstånd innebär ett villkor för att överklaga; utan prövningstillstånd har parten inte rätt att överklaga. Detta i sin tur leder till att mål som omfattas av kravet på prövningstillstånd inte prövas överhuvudtaget i den andra instansen. Prövningstillståndet är egentligen en dispens från förbudet att överklaga och beviljas av underrätten. Endast om prövningstillstånd beviljas överförs målet till prövning i den andra instansen. Det tyska prövningstillståndet gäller endast bagatellmål, alltså mål där intresset är mycket litet, och gäller därför en bråkdel av målen.

I norsk och svensk rätt är läget det motsatta. De norska och svenska modellerna innebär inget formellt hinder för att överklaga.¹ Kravet på prövningstillstånd är endast en möjlighet för domstolarna att välja vilka mål som tas upp till full prövning. Den andra instansen prövar alla mål, men i mål som omfattas av prövningstillståndet kan tillgången till en full prövning begränsas. I dessa två länder beviljar den andra instansen tillståndet, vilket betyder att målet alltid kommer upp till en viss, om än mycket begränsad, prövning. I Norge och Sverige berörs en större del av målen av kravet på prövningstillstånd än i Tyskland.

Enligt tysk rätt beviljas prövningstillstånd i mål med prejudikatintresse. I de skandinaviska systemen beviljas prövningstillstånd även på grund av fel i tillämpning av rättsnormer eller fel i bevisvärderingen. Trots detta har det i praktiken varit svårt att få tillstånd. Detta kommer att ändra i de båda länderna ifall reformerna träder ikraft. I framtiden ser vi allt fler prövningstillstånd som beviljats på grund av att underrättens avgörande eller förfarandet i underrätten antingen är felaktigt eller så finns det en grundad misstanke om fel.

Orsaken till att prövningstillstånd krävs uttryckligen för småmål är främst att målen inte "bär" kostnaderna för dem. Man tänker främst att domstolarna inte ska belastas av mål där såväl det ekonomiska intresset som målets betydelse för samhället och rättssystemet som helhet är försumbar. Samtidigt har lagstiftarna också beaktat det faktum att det i vissa fall kan finnas ett intresse för att småmål tas upp i den andra instansen. I vissa typer av mål, såsom konsumenträttsliga mål, är värdet på intresset nästan alltid mycket lågt, vilket betyder att rätts-

¹ Den norska lagstiftaren (Ot.prp. Nr. 51/2004–2005, 475) konstaterar att "[a]nkegjenstandens verdi er ikke noe vilkår for å inngi anke, slik at det ikke skal treffes noen avgjørelse om avvisning når samtykke ikke blir gitt".

utvecklingen lider ifall det inte finns någon möjlighet att överklaga. Det är också problematiskt om grova rättegångsfel endast kan rättas till genom att man lägger in ett extraordinärt rättsmedel i brist på ordinära rättsmedel. Dessutom finns det ett behov av att rätta eventuella felaktiga avgöranden. Ibland kan det även finnas andra orsaker som talar för att ett mål borde prövas i den andra instansen trots att det ekonomiska värdet är lågt. Ju ”större” mål som omfattas av prövningstillstånd, desto liberalare måste tillämpningen av bestämmelserna om att bevilja tillstånd vara.

Ett av de stora problemen med prövningstillstånd för småmål är att långtifrån alla mål har ett klart ekonomiskt värde. Hela familjerätten är ett område där intresset i målen i första hand är annat än ekonomiskt. I många mål där intresset är klart ekonomiskt kan det vara svårt att räkna värdet på intresset. Det här problemet har lösts så att man i Sverige och Norge inte tillämpar bestämmelserna om prövningstillstånd på mål där intresset i första hand är ideellt. I Tyskland har man valt en annan väg, men där bygger såväl domstolsavgifter som advokataryoden på det verkliga ekonomiska värdet på intresset eller på ett konstruerat värde för de mål där det saknas ett ekonomiskt värde. Dessa lösningar är inte helt problemfria, eftersom familjerättsliga mål i den svensk-norska modellen kan överklagas fritt, trots att rättskraften i dem är svagare än i andra mål.

I såväl Norge som Sverige har det tydligt kommit fram att ju högre gränsen för småmål är desto oftare beviljas prövningstillstånd och desto oftare är grunden eventuella felaktigheter i underrättens avgörande eller i handläggningen av målet. I de skandinaviska länderna inverkar målets betydelse för parterna på om prövningstillstånd beviljas eller inte, detta betyder att ju större värdet på intresset är, desto större är sannolikheten att prövningstillstånd beviljas.

12.1.2.2 Generellt prövningstillstånd

I fråga om generellt prövningstillstånd, som ännu inte trätt ikraft i Sverige, är läget i hög grad detsamma som med prövningstillstånd för småmål. Generellt prövningstillstånd skiljer sig i varje fall på några viktiga punkter från prövningstillstånd för småmål. För det första är kriterierna för att bevilja prövningstillstånd mycket generösare, utgångspunkten är att tillstånd beviljas. För det andra måste man ta betydligt större hänsyn till att mål med stor betydelse för parterna inte gallras bort. Eftersom en stor del av målen berörs av tillståndet behövs mera byråkrati för att avgöra frågan om prövningstillstånd. Det svenska generella prövningstillståndet skulle ändå gälla främst vanliga dispositiva mål.

12.1.2.3 Förkastande beslut

I tysk rätt finns sedan början av år 2002 en möjlighet att förkasta utsiktslösa mål ganska snart efter att målet kommit in till den andra instansen. I Norge har en motsvarande bestämmelse nyligen införts. Kännetecknande för ett förkastande beslut i dessa länder är för det första att det berör endast överklagande av domar. Orsaken är att överklaganden av andra avgöranden enligt huvudregeln handläggs skriftligt, varför det finns nästan lika bra möjligheter till snabb och enkel handläggning inom den vanliga skriftliga handläggningen. Kännetecknande för båda dessa länder är nämligen att överklagande av domar handläggs i muntligt förfarande och att möjligheterna till en skriftlig handläggning av överklagan av domar är mycket begränsade. För det andra innebär ett förkastande beslut att man begränsar tillgången till en muntlig handläggning i den andra instansen. För det tredje sker beslut om att förkasta målet inom en kort tid från det att målet kommit in till den andra instansen. För det fjärde kan endast mål som är klart eller uppenbart utsiktslösa förkastas genom beslut. Även då har domstolarna en viss prövningssmarginal, eftersom mål med prejudikatvärde och mål som har en stor betydelse för parterna inte får avgöras på detta sätt. Prövningen sker på basis av överklagan och underrättens dom. För det femte föregås ett beslut om att förkasta målet alltid av att klaganden informeras om det förestående beslutet. Därmed ger man klaganden en tillräcklig möjlighet att driva sin talan och undvika överraskande beslut. Klaganden kan också överväga att dra bort målet eller föra fram nya synpunkter. För det sjätte behöver ett beslut att *inte* förkasta ett mål inte fattas skilt. Ett sådant beslut kan fattas av referenten ensam. Ett beslut att inte förkasta målet kan inte överklagas.

I Norge är det möjligt att domstolen beslutar att förkasta endast en del av ett mål, medan rättsläget i Tyskland är oklart i den här frågan.

I Sverige finns ingen möjlighet att förkasta mål genom beslut, men eftersom handläggningen kan vara antingen skriftlig eller muntlig, eller blandad, finns det inte lika stora behov av det.

12.1.2.4 Beslut att gallra mål

Frågan om rätten att överklaga ett beslut att gallra målet har varit ett hett diskussionsämne i många länder. Man kan skilja mellan prövningstillstånd och förkastande beslut, eftersom reglerna är olika för dessa två kategorier. En orsak är att prövningstillstånd endast gäller småmål och därmed vet man redan från början att de faller in under denna bestämmelse. Utgångspunkten är alltså att prövningstillstånd inte beviljas. Därför kan ett avgörande om att inte bevilja prövningstillstånd inte överklagas med ordinära rättsmedel enligt svensk, tysk och norsk rätt. Skillnaden mellan svensk och norsk rätt är att ett beslut om att inte

bevilja prövningstillstånd enligt svensk rätt inte behöver motiveras. I tysk rätt aktualiseras inte frågan eftersom underrätten avgör frågan i sin dom.

I fråga om ett förkastande beslut är situationen en annan eftersom ett sådant beslut kan fattas i alla typer av mål. Skillnaderna mellan den tyska bestämmelsen och den norska bestämmelsen är att det inte finns några ordinära rättsmedel mot beslut att förkasta ett mål i tysk rätt. Endast om kriterierna för andra än ordinära rättsmedel, däribland *Gehörsrüge*, uppfylls är det möjligt att överklaga ett sådant beslut. Enligt den norska lagen är det däremot möjligt att överklaga på processuella grunder.

Det faktum att besluten i många fall måste motiveras betyder inte att skillnaden i praktiken skulle vara särskilt stor eftersom en kort standardmotivering i praktiken inte innebär mycket mera än ett beslut som inte motiverats alls.

Orsaken till att beslut att gallra bort mål inte kan överklagas är att det inte annars skulle vara någon större idé med gallringen. I fråga om förkastande beslut är behovet av rättsmedel inte lika stort eftersom tanken på att målen avgörs efter en muntlig huvudförhandling är så djupt rotad i dessa två länder. Lagstiftaren har tänkt att man bör lita på domstolarnas eget omdöme och att det bör finnas andra sätt att styra domstolarnas beteende än genom att överklaga ett dylikt beslut.

I Tyskland finns dessutom en uppsjö av andra än ordinära rättsmedel mot ett sådant beslut, varmed kränkningar av parternas grundläggande processuella rättigheter kan åtgärdas. I Sverige finns inget rättsmedel eftersom idén med prövningstillstånd är att gallra bort mål och prövningstillståndet endast gäller småmål. I Norge finns bara begränsade möjligheter att överklaga eftersom man försökt att inte underminera fördelarna med gallringen genom en omfattande rätt att få avgöranden kullkastade.

12.1.2.5 Kommunikation

Kommunikationen mellan domstolen och parterna i de fall ett mål gallras bort är viktig. Det gemensamma för prövningstillstånd är att domstolen ofta fattar sitt beslut efter att den bett motparten om ett utlåtande. På det sättet har domstolen ett bättre underlag för sitt beslut. Samtidigt har motparten en möjlighet att påverka utgången. Detta är särskilt viktigt eftersom tanken med prövningstillstånd för småmål delvis är att minska antalet överklaganden. Därför kan det vara en större överraskning för motparten att målet överklagats. Eftersom prövningstillstånd beviljas främst på grund av målets allmänna betydelse kan motpartens utlåtande ge mera information även på den här punkten. Då småmål dessutom sällan lyckas bära sina kostnader borde motparten ha ett större intresse av att hindra en fortsatt handläggning av målet. I tysk rätt är situationen en annan i och med att underrätten fattar beslutet, men den har en möjlighet att höra parterna frågan innan den beslutar om prövningstillstånd.

I fråga om förkastande beslut är situationen en annan eftersom det kan komma som en överraskning för parterna. Eftersom ett beslut att förkasta målet inverkar positivt på motparten så vitt hon eller han inte överklagat finns det inget särskilt behov av att höra honom eller henne. Däremot är det mycket viktigare att klaganden inte utsätts för ett överraskande beslut att neka tillgång till en full prövning i den andra instansen. Rätten till en juste rättegång och rätten att kunna driva sin talan på ett effektivt sätt förutsätter att klaganden varnas för att målet sannolikt förkastas genom beslut. Endast genom att informera parten är det möjligt att förhindra honom eller henne att vidta eventuella åtgärder för att motarbeta avgörandet. Här ser man tydligt hur mycket starkare diskussionen om rätten till en förutsägbar rättegång är i såväl Norge som Tyskland i jämförelse med Sverige.

Överlag betonas domstolens plikt att informera parterna om handläggningen av målet och om en eventuell gallring. Domstolarna av andra instans bör aktivt kommunicera med parterna och aktivt styra och främja handläggningen av målet. I dag strävar man efter ett samarbete mellan domstolen och parterna, bland annat genom aktiv processledning. Utformningen av rättegången bör ske i samarbete mellan domstolen och parterna så att den blir så smidig som möjligt och så att alla inblandade känner sig väl bemötta. Målen får inte försvinna i domstolens byråkrati, utan en plan för handläggningen av målet bör göras. Likaså är det viktigt att handläggningen inte kommer som en överraskning för parterna och att målet är väl förberett då domstolen avgör det. En effektiv kommunikation leder inte bara till att rättegången blir snabbare och billigare och att domstolen når ett bättre avgörande, utan även att parterna uppfattar att rättegången är juste.

12.1.3 Renodling av modeller för spärrar

För att kunna granska de olika alternativen för att spärra tillgången till den andra instansen renodlar jag de två dominanta spärrarna prövningstillstånd och förkastande beslut. I fråga om prövningstillstånd har jag inte tagit med den tyska modellen där underrätten beviljar prövningstillstånd. Orsaken är att det är fråga om ett rättsinstitut av en annan karaktär, och att det är enklare att hålla sig till två modeller. Jag lämnar även bort det svenska förslaget eftersom det i mitt tycke inte innebär någon märkbar förbättring jämfört med nuläget och saknar motstycke i andra länder. Jag renodlar alltså en modell för prövningstillstånd på basis av de svenska och norska prövningstillstånden, och en modell för förkastande beslut på basis av tysk och norsk rätt. Skillnaden mellan dessa två modeller för gallringsmekanismer är stora. En analys ger bättre möjligheter att förklara varför länderna valt just den kombinationen av gallringsmekanismer. Skillnaderna kunde klassas enligt följande schema, som jag förklarar nedan:

	Förkastande beslut	Prövningstillstånd
Placering av bestämmelsen	Finns intagen i en paragraf före bestämmelserna om huvudförhandling	Finns en eller flera paragrafer i början av kapitlet om förfarandet i andra instansen
Huvudregel	Huvudregeln är att målen inte berörs	Huvudregeln är att målen gallras
Förutsägbarhet	Ofta svårt att veta om bestämmelsen tillämpas på ett mål	Nästan alltid möjligt på förhand veta om bestämmelsen tillämpas på ett mål
Kriterier	Kriteriet bygger på utsikten för målet, undantag görs dock för principiellt viktiga mål	Klara kriterier som bygger på målets betydelse och behov av ändring av utgången i målet
Underlag för beslutet	Beslutet fattas på basis av endast överklagande	Beslutet fattas på basis av både överklagande och svar
Kommunikation	Kommande beslutet kommuniceras innan det fattas	Beslutet kommuniceras inte
Funktion	Sätt att undvika muntlig handläggning av målet; sparar domstolarnas arbete	Sätt att gallra bort mål av mindre betydelse; sparar på parternas och domstolarnas resurser

”Utseendemässigt” kunde man säga att prövningstillstånd och förkastande beslut skiljer sig från varandra på det sättet att bestämmelserna om prövningstillstånd finns i skilda paragrafer i början av det eller de kapitel som berör den andra instansen. Bestämmelsen om förkastande beslut finns däremot någons ”längre in” i kapitlet. Orsaken är att lagstiftaren då ger en klar bild av att småmål måste passera en spärr för att bli upptagna till regelrätt prövning i den andra instansen. Förkastande beslut passar däremot bättre in bland bestämmelserna om handläggningen av målet och där främst bland bestämmelser om att avgöra målet innan huvudförhandlingen hållits. Den norska bestämmelsen följer visserligen inte det här mönstret, men eftersom den tyska lagstiftaren följer mönstret följer mönstret kan man gott tala om en modell i varje fall.

Orsaken till att huvudregeln i fråga om prövningstillstånd är att målen gallras är att prövningstillstånd berör endast småmål. Idén med kravet på prövningstillstånd för småmål är att de i princip ska handläggas i endast en instans. Prövningstillstånd är en ventil för mål med prejudikatfrågor; mål där underrätten gjort ett betydelsefullt fel; och mål där någon annan (vägande) orsak talar för att målet ska tas upp till handläggning. Därför beviljas bara en del av målen prövningstillstånd. Andelen kan variera kraftigt beroende på gränsen för vad

som anses vara småmål och beroende på domstolspraxis. I fråga om förkastande beslut är huvudregeln den motsatta, nämligen att målen handläggs i normal ordning, men att utsiktslösa mål kan vägras rätt till full prövning. Därmed är utgångspunkten en helt annan för prognosen om målet kommer att nå full handläggning eller inte.

I småmål där prövningstillstånd krävs vet man vanligtvis redan på förhand att värdet på intresset är så lågt att prövningstillstånd behövs. Endast i sådana fall där det av någon anledning är svårt att beräkna det ekonomiska värdet på tvisteföremålet är det svårt att på förhand bedöma om prövningstillstånd behövs. Dessutom kan det i mål där parterna ömsom vinner ömsom förlorar hända att prövningstillstånd blir aktuellt trots att det gemensamma värdet på intresset överstiger gränsen. I fråga om förkastande beslut är utgångspunkten den motsatta. Där är det svårt att på förhand avgöra om ett mål sällas. Visserligen borde ombudet eller biträdet vid det skedet överklagan inlämnas kunna se om målet är utsiktslöst. Om parten genast såg att det är ett hopplöst företag att överklaga skulle hon eller han väl knappast göra det med tanke på de ekonomiska följderna. Trots detta är det alltså mera överraskande för en part att målet kommer att sällas än att prövningstillstånd inte beviljas.

I fråga om prövningstillstånd är utgångspunkten alltså att målen inte tas upp till full prövning. Mål som är intressanta för rättssystemet som helhet; mål som har handlagts eller avgjorts felaktigt tas upp till handläggning; och mål i vilka en full prövning av andra grunder är nödvändig får alltså dispens och tas upp till full prövning. I fråga om förkastande beslut är huvudregeln den motsatta, alltså full prövning. Endast om domstolen i en preliminär bedömning kommer fram till att det är klart att målet är utsiktslöst kan målet avgöras genom ett förkastande beslut. Det finns ett undantag från undantaget att ett mål förkastas genom beslut. Om målet är av betydelse för rättsordningen och rättstillämpningen eller om det är av en mycket stor betydelse för parterna får det trots allt inte avgöras genom ett förkastande beslut. I fråga om prövningstillstånd riktas uppmärksamheten alltså på om vissa kriterier uppfylls, medan man i fråga om förkastande beslut tar fasta på målets utsikter. För de förkastande beslutens del finns därtill en säkerhetsventil för prejudikatmål.

Eftersom domstolen vid förkastande beslut endast får gallra bort mål som uppenbart är utsiktslösa kan den fatta sitt beslut på basis av endast överklagan. Om det alltså står klart att de yrkanden och påståenden som gjorts i överklagandet inte kan nå fram med stöd av de omständigheter och bevis som åberopats i överklagandet kan målet förkastas. Domstolen ska försöka komma undan med lite arbete, varför materialet ska vara begränsat. Om det på basis av det begränsade materialet inte går att få klarhet i målets utsikter får målet inte förkastas genom beslut. Eftersom endast uppenbart utsiktslösa mål får gallras är betydelsen av att höra motparten ganska liten; hon eller han förorsakas ju ingen skada. I fråga om prövningstillstånd är läget ett annat. Då utgångspunkten är att pröva

om vissa kriterier uppfylls kan såväl underrättens dom som motpartens eventuella synpunkter vara av betydelse. För motparten betyder ett prövningstillstånd ökade kostnader, varför det också är skäl att höra honom. Därtill är risken att småmål handlagts i ett förenklat förfarande eller av en mindre erfaren domare större, varför risken för fel och ”oupptäckta” principiella frågor är större.

Med tanke på att beslutet att inte bevilja prövningstillstånd är väntat och att klaganden uttryckligen redan i underrätten blivit upplyst om att hon eller han måste ”ansöka” om prövningstillstånd är det inte nödvändigt att förvarna klaganden om att målet kommer att gallras. Däremot kommer ett beslut att förkasta ett mål genom beslut kanske som en överraskning, eftersom utgångspunkten är att målen tas upp till full prövning. Gruppen mål som ligger i ”riskzonen” är mycket diffusare och svårare att förutse. Därför har klaganden inte samma möjligheter att förutse möjligheten att just hans mål förkastas och att därmed argumentera mot ett eventuellt förkastande beslut. Då grundtanken bakom besluten är att spara resurser är det naturligt att utgångspunkten är att man inte behöver argumentera mot förkastande beslut.

Tanken med prövningstillstånd är att den skyddar såväl parternas som domstolarnas resurser. I Norge har det förhöjda värdet motiverats med att målet inte klarar av att bära sina kostnader, d.v.s. att kostnaderna för rättegången mycket ofta överskrider värdet på intresset. Naturligtvis är det också fråga om att det inte lönar sig för samhället att domstolarna sätter mycket resurser på små och lätta mål. Om prövningstillstånd beviljas fortsätter handläggningen i normal ordning, vilket betyder att målet handläggs i ett muntligt, skriftligt eller blandat förfarande beroende på bestämmelserna om förfarandet i den andra instansen och på målets art. I fråga om förkastande beslut är utgångspunkten att vi bör spara på domstolens resurser och eftersom muntliga handläggningar är resurskrävande är förkastande beslut först och främst ett sätt att handlägga klara fall i ett förenklat skriftligt förfarande. Förkastande beslut är alltså ett sätt att spärra tillgången till en muntlig handläggning i sådana fall där handläggningen är nästan uteslutande muntlig. Utsiktslösa mål är inget man bör satsa mycket resurser på.

Förutom dessa olikheter finns det också vissa likheter mellan prövningstillstånd och förkastande beslut. För det första beslutar domstolen om dessa genast då målet kommit in. Ett beslut fattas vanligtvis inom en eller två månader från det den andra instansen mottagit målet. Besluten att inte främja handläggningen av ett mål fattas alltid i en kollegial sammansättning, medan ett motsatt beslut kan fattas av den domare som ansvarar för förberedelsen av målet. På detta sätt förstärker man parternas rättsskydd.

Det finns också vissa egenskaper som skiljer sig mera mellan länder än mellan förkastande beslut och prövningstillstånd. Dessa egenskaper är motivering av beslutet att inte främja handläggningen och möjligheten att överklaga ett sådant beslut. I fråga om motiveringen av ett beslut att inte främja handlägg-

ningen skiljer sig Sverige på det sättet att man där inte behöver motivera ett beslut, medan vanliga regler om motivering gäller i Tyskland och Norge. I praktiken är det dock inte sagt att skillnaden är så stor eftersom en standardmotive-ring kan användas. Dessutom är det möjligt att det egentligen inte finns något tilläggsvärde med motiveringar utöver det att domstolen konstaterar att det inte finns några skäl att fortsätta handläggningen av målet.

Beslut att inte främja handläggningen av målen kan antingen överklagas normalt, eller så kan rätten att överklaga vara begränsad i fråga om grunderna för att överklaga och rättsmedlen som finns till förfogande. Här beror skillnaderna främst på rättskulturen i landet och på de synpunkter som vägt tyngst i bedömningen.

Trots att det finns några drag som kan vara gemensamma för både förkastande beslut och prövningstillstånd och drag i båda dessa typer som är olika i olika länder kan man klart se att det finns en modell för prövningstillstånd och en för förkastande beslut. Dessa modeller skiljer sig klart och tydligt från varandra och utgör två olika rättsinstitut med delvis gemensamma, delvis skilda syften.

12.2 SÅLLNING I ETT RÄTTSJÄMFÖRANDE PERSPEKTIV

I föregående avsnitt gjorde jag en rättsjämförande analys av valda rättssystem-avsnitt. Sverige befinner sig i en process för att genomföra vissa reformer som påverkar tillgången till den andra instansen. Norge har nyligen genomfört en omfattande reform och Tyskland har redan några års erfarenhet av de reformer som införts. Ur den analysen framgick att Sverige på många sätt skiljer sig från Norge och Tyskland. Utgående från den här analysen försöker jag placera in Finland i det här sammanhanget. Därefter ser jag särskilt på bestämmelserna om sällning² och hur de ser ut i ljuset av den rättsjämförande analysen.

12.2.1 Finland i ett komparativt perspektiv

När vi granskar Finland i förhållande till Sverige, Norge och Tyskland märker vi att Finland föga överraskande på många sätt liknar främst Sverige. Framför allt är utformningen och förloppet av handläggningen av målen i stor utsträckning densamma i Finland och Sverige. I såväl Finland som Sverige handläggs

² Sällning är ett problematiskt begrepp i det här sammanhanget. Orsaken är att termen i Finland och Norge betyder olika saker. I Norge avses med *siling* (sällning) såväl krav på *samtykke* (eller prövningstillstånd) som en möjlighet att snabbt förkasta mål som är utsiktslösa. Med sällning avses här endast den senare typen av begränsning i rätten till full prövning av målet i den andra instansen.

de flesta mål skriftligt. Dock är det viktigt att notera att läget är helt annorlunda i fråga om brottmål, eftersom cirka två tredjedelar av måle avgörs i muntlig förhandling i Sverige. Därför är muntliga handläggningar ett mycket vardagligt fenomen i Sverige. Även i tvistemål ordnas fler muntliga förhandlingar i Sverige, även om skillnaden inte är lika markant. I båda länderna ordnas muntliga förhandlingar främst i mål där muntlig bevisning måste tas upp på nytt. Därtill finns andra likheter: doktrinen om tilltrobevisning, och därmed även värderingen av den muntliga bevisningen, har en central betydelse för utformningen av handläggningen av målet; domstolarnas inre organisation är uppbyggd kring föredraganden och mål som handläggs skriftligt avgörs vanligtvis efter föredragning; och det finns bara ett rättsmedel.³

Det finns dock vissa skillnader mellan Finland och Sverige. För det första är bestämmelserna för dels tvistemål och brottmål, dels överklagande av dom och beslut olika i Sverige men inte i Finland. Bestämmelserna skiljer sig inte mycket i fråga om olika måltyper, men skillnaderna är viktiga på ett principiellt plan, eftersom det visar klart att olika typer av mål bör handläggas på olika sätt beroende på målens behov. För det andra tillämpas prövningstillstånd i Sverige men inte i Finland. För det tredje har Finland sällning, men det har inte Sverige. För det fjärde är återupptagningen av muntlig bevisning ofta medelbar i Sverige men inte i Finland.

Bland förklaringarna till de stora likheterna mellan Finland och Sverige har de historiska faktorerna sin givna plats. Rättsystemen i våra länder har till stor del utvecklats parallellt. Även efter år 1809 har reformerna av det finska rättsgångssystemet i hög grad följt det svenska mönstret, men förverkligandet av reformerna i Finland har ofta dröjt avsevärt längre på grund av samhällsliga faktorer. Förklaringen till olikheterna och betydelsen av olikheterna är inte lika enkla. Den faktor som påverkat detta mest är den mycket sena moderniseringen av rättsgångsförfarandet. I Finland skedde detta som känt först på 1990-talet, medan Sverige genomförde motsvarande reformer drygt 40 år tidigare. Konsekvenserna av det här är att muntliga, omedelbara och koncentrerade förhandlingar har en mycket mera befäst roll i den svenska rättskulturen. Detta påverkar i sin tur utformningen av förfarandet helt konkret eftersom de flesta hovrättsdomare då har erfarenhet av muntliga förhandlingar redan från tingsrätterna. Så är inte alltid fallet i Finland, där processledningskulturen först håller på att utvecklas fullt ut.

En intressant skillnad är att bestämmelserna om förfarandet i hovrätten i Finland är desamma för tvistemål och brottmål. Detta syns tydligt på att det finns endast ett kapitel (nummer 26) om själva handläggningen av målet i hovrätten medan den svenska rättsgångsbalken har tre kapitel (50–52). Det här är mycket

³ Se även Modéer JFT 2005, 59 om indelning i öst- och västnordisk processrätt, samt Mattila JFT 2005, 45–46 om det svenska språkets och den svenska rättens ställning i Finland.

intressant med tanke på att lagen om rättegång i brottmål där de bestämmelser som är specifika för brottmål finns intagna trädde ikraft 1.10.1997. I Sverige finns motsvarande bestämmelser i rättegångsbalken, därav det stora antalet kapitel i jämförelse med Finland. Varför gör man en skillnad på tingsrättsnivå, men inte på hovrättsnivå?

Den svåraste skillnaden att förklara är utan tvekan varför vi i Finland har sällning i stället för prövningstillstånd. Som känt föreslog regeringen i samband med moderniseringen av hovrättsförfarandet att prövningstillstånd eller fullföljdstillstånd av svensk modell skulle införas. Lagutskottet strök dock förslaget. Det framgår egentligen inte någon klar orsak till att förslaget raderades ur lagutskottets betänkande (LaUB 19/1997). Utskottet syftar visserligen på grundlagsutskottets utlåtande om att termen prövningstillstånd är missvisande då det är fråga om en differentierad handläggning och att målen prövas i sak. Därtill refereras till den finländska rättstraditionen. Några andra egentliga orsaker finns inte nämnda. Därför kan man bara spekulera. En orsak är att Finland inte hann med i den första vågen av *access to justice* då särskilda bestämmelser infördes för mål med ett relativt litet ekonomiskt värde. I samband med det var det naturligt att införa motsvarande bestämmelser om förenklad rättegång även i den andra instansen.

Ytterligare en skillnad är att möjligheterna att ta upp bevisningen medelbart är mycket större i de svenska hovrätterna än i de finska. Denna möjlighet utnyttjas relativt flitigt i Sverige, medan de finska hovrätterna och den finska lagstiftaren har intagit en mer restriktiv ställning.

I fråga om skillnaden mellan förfarandet i de finska hovrätterna och förfarandet i den andra instansen i Norge och Tyskland gäller mycket av det som sagts i föregående kapitel om skillnaden mellan dessa två länder och Sverige.

Den överlägset största och mest betydelsefulla skillnaden utgörs dock av handläggningen av målen i den andra instansen. I både Tyskland och Norge är handläggningen av mål där en dom överklagats nästan uteslutande muntlig. Detta påverkar i sin tur de övriga bestämmelserna i en mycket hög grad. Dessutom har dessa två länder klart olika regler för brottmål och tvistemål; en reform av civilprocessen återspeglar sig inte nödvändigtvis i straffprocessen och *vice versa*.⁴ Även domstolarnas organisation är annorlunda eftersom det inte finns några föredraganden. I princip är alla jurister som arbetar på den andra instansens domstolar domare; resten av personalen är administrativ. Advokatkåren har också traditionellt en mycket större betydelse och ett större inflytande än i Finland.

Det muntliga förfarandet återspeglas för det första i att bestämmelserna för överklagande av domar och beslut skiljer sig från varandra. I fråga om bestämmelserna om att överklaga domar är möjligheterna att handlägga målet skrift-

⁴ Se även Lappalainen 1986, 54–55.

ligt alltså mycket mera begränsade och i Tysklands fall fram till år 2002 nästan obefintliga. Förkastande beslut har införts i dessa länder för att utsiktslösa mål ska kunna handläggas skriftligt. Utöver den här spärren finns en spärr för småmål i bägge länderna.

Slutligen är det intressant att märka att kravet på en juste och försvarlig handläggning av målen är mycket mera centralt i Norge och Tyskland än i Finland och Sverige. För Tysklands del utgör naturligtvis den tyska grundlagens ställning och författningsdomstolens aktiva roll den mest centrala komponenten i förklaringen. Inom tysk civilprocessrätt har man diskuterat grundlagens, och därmed de mänskliga rättigheternas, inflytande under en lång tid och detta inflytande uppfattas som en naturlig och mycket central del av civilprocessen. I fråga om Norge finns det inte en lika självklar förklaring. Kanske beror detta på ett starkt anglosaxiskt inslag i civilprocessen,⁵ eftersom begreppen *fair trial* och *due process* är centrala i den anglosaxiska rättssfären.

På en punkt skiljer sig Finland från alla dessa länder på ett mycket betydelsefullt sätt: sällning kan ske när som helst under handläggningen av målet. Det här är ett stort rättssäkerhetsproblem eftersom ett beslut att sälla målet som kommer efter att förberedelsen inletts praktiskt taget alltid är en överraskning för parterna. Ur deras synvinkel innebär ett beslut om sällning att de lagt ner resurser på handläggningen av målet i den andra instansen utan att få något i gengäld. Ytterligare kan man konstatera att de finska bestämmelserna kanske är lite vagare och mer svårtolkade i fråga om kriterierna som ska uppfyllas för att ett mål ska kunna sällas, än vad som skulle vara fallet med prövningstillstånd. De finska hovrätterna är inte särskilt aktiva på att kommunicera med parterna, varför motparten kan bli medveten om att målet överklagats först sedan sällning redan skett.

Föga överraskande kan vi se att Finland på många sätt ligger nära Sverige och att avståndet till tysk rätt är relativt stort, även om det är långtifrån oöverbryggbart. Norge ligger däremot, kanske lite överraskande, relativt långt ifrån finsk rätt. Den nordiska rättsgemenskapen är på den här punkten närmast inexistent. Vissa aspekter som främst beror på liknande samhällsförhållanden är lika, men på det stora hela är olikheterna mycket stora. En betydande orsak är det faktum att vi tagit influenser från så vitt skilda håll; norrmännen från *common law*-länder och vi i Finland från Sverige och Tyskland.

Jämförelsen mellan civilprocessen i Finland och Norge visar att indelningen av rättssystem i familjer eller andra grupper ibland kan leda till problem. Utgångspunkten att system inom samma familj har tagit likadana eller liknande utgångspunkter för alla rättsområden kan ibland visa sig vara missledande.

Ytterligare en synpunkt som är värd att tas upp här är att sällningen marknadsfördes på ett "vilseledande" sätt. *Nektelse* gällde ju inte alls tvistemål – en-

⁵ Se Robberstad 2004, i synnerhet 581–582.

dast brottmål i Norge. I fråga om tvistemål var *nektelse* endast ett förslag och därtill ett förslag om vilket *tvistemålsutvalget* var oenigt. Med tanke på denna oenighet och på att många av de instanser som skulle höras sannolikt skulle inta en negativ ståndpunkt till *nektelse* var det osäkert om departementet skulle inkludera *nektelsen* i sin proposition. Med facit i hand vet vi att *nektelse* infördes, men detta blev klart först i maj 2005.

En annan viktig aspekt är att det i Norge behövs prövningstillstånd, alltså *samtykke*, i den andra instansen i småmål. Detta är viktigt även inom straffprocessen. Lagstiftaren tycks inte heller ha tittat tillräckligt noga på bestämmelserna i den norska *straffeprosessloven*. Genom att se närmare på den kunde man ha märkt att bestämmelsen i strpl. 321 § känner till tre olika fall: småmål där straffet är endast böter, vanliga mål där maximistraffet inte överskrider 6 år och grova brott där maximistraffet överskrider 6 år. *Nektelse* används endast i den mellersta gruppen, medan *samtykke* behövs i mål som hör till den första gruppen. Då det är fråga om ett grovt brott är rätten till full prövning i den andra instansen fullständig.⁶ Man lade heller inte någon vikt vid det faktum att jury i vissa fall används i norsk straffprocess.⁷

12.2.2 Sällning i ett komparativt perspektiv

12.2.2.1 Sällningen och de renodlade modellerna

För att förstå sällningens väsen är det fruktsamt att jämföra den med de renodlade modellerna för prövningstillstånd och förkastande beslut. Vid första anblicken ser sällning närmast ut som ett förkastande beslut, men när vi ser närmare på det följer det inte mönstret helt och hållet. Det finns nämligen vissa skillnader mellan sällning och den renodlade modellen för förkastande beslut: en ganska stor del av de finska målen sällas och sällningen kommuniceras inte med parterna. Med tanke på placeringen och utformningen av de finska bestämmelserna om sällning verkar det först som om det skulle vara fråga om prövningstillstånd. Innehållet i bestämmelsen pekar dock mera på förkastande beslut. I den här analysen är det viktigt att märka att även om två rättsinstitut i olika rättssystem kallas samma sak är de inte nödvändigtvis identiska eller ens besläktade med varandra.⁸

Sällningen har tydliga drag av ett generellt prövningstillstånd: beslutet att sälla målet finns intaget i början av det 26 kapitlet i rättegångsbalken. I princip aktualiseras frågan om sällning i alla mål och målen kan sällas endast om de

⁶ Matingsdal 1996, 56 ff. Se särskilt sidorna 60–63 och 73–74 och sällning av brottmål.

⁷ Se NOU 2002:11, 30 om användningen av jury i den norska straffprocessen.

⁸ Se Mikkola 2003, 20, not 51, och Mattila 2002, 46–49.

uppfyller vissa, i lagen upptagna, kriterier. Skillnaderna jämfört med ett ”äkta” prövningstillstånd är dock betydelsefulla. För det första innebär ett prövningstillstånd vanligtvis att det klart framkommer i lagen att målen måste passera en spärr för att de ska kunna tas upp till vanlig handläggning. För det andra skulle det generella prövningstillståndet gälla endast vanliga tvistemål, inte familjemål. Den svenska modellen har en klarare karaktär, eftersom det på ett klarare sätt framgår ur lagförslaget och den föreslagna lagtexten vad prövningstillstånd går ut på. Den finska lagstiftningen kunde sägas vara en diffus form av generellt prövningstillstånd, eftersom lagstiftningen är mycket diffusare och har betydligt diffusare kriterier för när prövningstillstånd måste beviljas.

Sållningen är alltså en slags hybrid som varken kan räknas som ett förkastande beslut eller ett prövningstillstånd. Den ser alltså vid första anblicken ut som ett prövningstillstånd, men uppfyller knappast någon av de renodlade modellernas kännetecken. I fråga om modellen för förkastande beslut finns även vissa avvikande drag, vilket gör att man knappast kan anse sållningen vara en ren typ av förkastande beslut. Sållningen är alltså en hybrid.

12.3.2.2 *Ett misslyckat transplantat?*

Varför är då sållningen en hybrid? Varför är sållningen så svår att få att passa in i schemat över renodlade modeller? Förklaringen finns att hitta i den komparativa rättsvetenskapens begreppsbank. Sållningen kan nämligen ses som ett transplantat, alltså ett rättsinstitut som tagits från ett främmande rättssystem. Om man analyserar sållningen som ett transplantat kan man bättre förstå varför den är så problematisk.

Det norska förslaget till utveckling av lagstiftningen om tvistemål⁹ är på många sätt innovativt och innehåller intressanta frågeställningar och nya fräscha idéer. Därför fanns det goda skäl för den finska lagstiftaren att följa med hurdana spärrar norrmännen infört eller planerade att införa. Eftersom Tyskland nyligen infört förkastande beslut var det naturligt att se detta institut som ett högst intressant och innovativt sätt att gallra på.

Att ta transplantater är förbundet med vissa problem; det är fullt möjligt att transplantatet inte ”slår rot”, att det helt enkelt inte passar in i det nya rättssystemet eller att det betar sig på ett annat sätt än väntat. Problemet med Norge är att det hör till samma rättsfamilj som Finland och att man talar så mycket om den nordiska rättsgemenskapen. Slutresultatet är då att man inte automatiskt kommer att tänka på att de enskilda delarna, alltså rättsområdena eller delar av rättsområdena, kan skilja sig radikalt från varandra. Den bild jag målat upp av den norska civilprocessen och särskilt förfarandet i den andra instansen visar att

⁹ NOU 2001:32.

utgångspunkterna är vitt skilda i fråga om civilprocessen och den andra instansen. Dessa genomgripande och mycket betydelsefulla skillnader gör att ett transplantat inte slår rot lika lätt.

Om vi tänker på förkastande beslut, alltså den norska bestämmelsen om *nektelse*, ser vi att den härstammar från en kontext där överklagandet av domar handläggs nästan undantagslöst muntligt. I Norge har man också krävt prövningstillstånd, alltså *samtykke*, av mål med ett lågt ekonomiskt värde. *Nektelse* innebär alltså ett komplement till *samtykke* och en möjlighet till skriftlig handläggning av vissa mål.

Då man ser på de norska och även tyska bestämmelserna mot den här bakgrunden kan man se att det inte finns någon orsak att ta modell av dem. Hos oss finns det inga problem med mycket begränsade möjligheter att handlägga mål skriftligt, eftersom målen i huvudsak handläggs skriftligt. Eftersom det både i tysk och i norsk rätt finns en doktrin som hindrar domstolarna från att gallra bort mål där utgången i hög grad beror på tilltron till muntlig bevisning är det osannolikt att dessa mål handläggs skriftligt.¹⁰ Då nu sällning varken behövs för att få till stånd en möjlighet att handlägga mål snabbt och enkelt i uteslutande skriftlig ordning eller för att gallra bort mål i vilka utgången i hög grad påverkas av värderingen av muntlig bevisning fanns det egentligen ingen funktion som sällning kunde uppfylla. Eftersom beslut att förkasta mål genom beslut i båda länderna måste motiveras fanns det heller inget att vinna i fråga om det dåvarande läget där man använde en standardmotivering för mål i vilka utgången inte ändrades. Med tanke på att förkastande beslut nyligen införts i Tyskland och fortfarande var ett förslag från en arbetsgrupp för tvistemålen del i Norge, fanns det inga möjligheter att avgöra om förkastande beslut fungerade på önskat sätt i dessa länder.

Frågan är då varför man överhuvudtaget föreslog sällning om en lite närmare analys hade inneburit att man kunde ha sett att den knappast kommer att fungera i Finland? Enligt min mening finns det två orsaker. Den första är att den norska bestämmelsen inte är så klar och lätt tolkad som den kunde vara. Om man inte läser den noga kan man få fel bild av norsk rätt. Den andra orsaken är att det var mycket oklart vad den finska lagstiftaren ville uppnå med spärren och vilken syn på civilprocessens grundpelare i förhållande till rättegången i den andra instansen lagstiftaren intog.

Om man ser noga på den norska bestämmelsen märker man att det finns två fall av gallring av mål intagna i samma bestämmelse. Såväl *samtykke* som *nektelse* finns intagna i samma paragraf, varför det kan vara svårt att genast se att

¹⁰ I tysk rätt baserar sig doktrinen i hög grad på domstolspraxis. I norsk rätt finns ingen direkt praxis men med tanke på att man hela tiden betonar behovet av en försvarlig handläggning av målen och kravet på att domstolen måste ha ett försvarligt underlag att avgöra målet på kan man sluta sig till att även om en sådan doktrin inte uttryckligen finns är den förutsatt av lagstiftaren.

det handlar om två olika fall. Det finns en viss logik i att samla båda spärarna på ett och samma ställe, men det leder också till svårigheter att se att det handlar om två olika spärar som inte kan tillämpas på samma mål annat än i specialfall. Bestämmelsen om *samtykke* är en traditionell bestämmelse om prövningstillstånd för småmål. Den har funnits tidigare och fortsätter sin existens på ett annat ställe och med ett förstorat omfång, men förutom dessa kosmetiska skillnader är det fråga om samma bestämmelse som tidigare.

Men inom civilprocessen leder det till att systemet delvis blir överskådligt. I princip är det ju så att bestämmelsen om småmål är förutsägbar, så att man på förhand vet att det är osannolikt att målet tas upp till handläggning i den andra instansen. Däremot är bestämmelsen om att förhindra utsiktslösa mål tillgång till full handläggning i den andra instansen sådan att den kan tillämpas på vilket mål som helst. Eftersom den andra instansen är den domstol som fattar beslut om att bevilja prövningstillstånd är det naturligt att ett mål som beviljats *samtykke* inte nekas tillgång på grund av att det är utsiktslöst. Därför gäller bestämmelsen om utsiktslösa mål inte småmål. Därmed finns det alltså två olika bestämmelser av helt olika karaktär i samma lagrum. Paragrafen innehåller ju även det förslagna institutet *nektelse* som alltså är en helt ny typ av rättsinstitut. Dessa två, på många sätt olika, rättsinstitut finns invävda i samma paragraf på ett sätt som kan leda till att det är svårt att förstå exakt vilka delar av bestämmelsen som hänför sig till vilket rättsinstitut.

Då man jämför den norska bestämmelsen med den gällande finska bestämmelsen verkar det som om den finska lagstiftaren hade blandat ihop de två fallen i den norska bestämmelsen.

§ 29–13 Krav til samtykke. Nektelse

(1) Anke over dom kan ikke fremmes uten lagmannsrettens samtykke hvis ankegenstandens verdi er mindre enn 2 G. Ved vurderingen av om samtykke skal gis, skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, de behov partene har for overprøving og om det synes å være svakheter ved den avgjørelse som er anket eller ved behandlingen av saken.

(2) Anke over dom kan nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre frem. En nektelse kan begrenses til enkelte krav eller ankegrunner.

(3) Er avgjørelse etter (1) ikke truffet før ankeforhandlingen, kan samtykke likevel nektes hvis det da viser seg at verdien av ankegenstanden er mindre enn 2 G.

(4) Nektelse etter (2) kan ikke skje uten at parten er gitt varsel om at anken overveies nektet fremmet. Slikt varsel kan bare gis inntil den videre saksforberedelse er tatt opp med partene etter § 11–14(3) og inntil én måned etter at lagmannsretten mottok ankesaken.

(5) Avgjørelse etter (1) og (2) treffes ved beslutning uten muntlig forhandling. Nektelse krever enstemmighet. Beslutningen kan bare ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen. At en anke ikke er nektet fremmet etter (2), kan ikke ankes eller brukes som ankegrunn.

2 § Hovrätten beslutar först om besvären tas upp till vidare prövning (sällningsförfarande). Prövningen av besvären fortsätter inte, om hovrätten enhälligt konstaterar att det är klart att

- 1) huvudförhandling med stöd av 15 § inte behöver hållas i saken,
- 2) tingsrättens avgörande eller det förfarande som har iakttagits där inte är oriktigt, och att
- 3) en parts rättsskydd med beaktande av sakens natur inte heller av någon annan orsak förutsätter att behandlingen av besvären fortsätter.

Ett beslut om att prövningen av besvären inte fortsätter kan fattas också senare under förberedelsen och det kan gälla också en del av besvären.

Den finska paragrafen är till sin struktur helt annorlunda än den norska paragrafen. Den finska paragrafen blandar ingredienser från såväl *samtykke* som *nektelse*. Detsamma gällde den ursprungliga formuleringen av paragrafen som fanns i regeringens proposition. Med tanke på att den norska lagstiftaren inte använder termen *siling* förutom i vissa enstaka fall i förarbetena och då i betydelsen av en preliminär bedömning av utsikterna för målet och målets betydelse, är det intressant att termen sållning påstås vara ett lån från Norge.

Det finns i mitt tycke två sätt att förklara det skedda på: antingen gjorde man vissa misstag då man tog ett transplantat från norsk rätt eller så var meningen inte att ta modell av Norge, utan att hitta ett argument för att riksdagen skulle godkänna lagförslaget. Enligt den första förklaringen är sållningen ett misslyckad transplantat. Man lyckades varken se instituten i deras rätta sammanhang, och märkte därmed inte att de inte skulle vara till någon hjälp, eller se att det handlade om två mycket olika institut inklämda i samma lagrum. Transplantatet hade alltså inte en möjlighet att överleva i sin ursprungliga form. Däremot kan det nog leva vidare i en modifierade form. Här är Laukkanens avvikande åsikt om det kommittébetänkande 2001:10 där saken första gången togs upp intressant.¹¹ Laukkanen menar nämligen att det skulle vara dags att göra den muntliga handläggningen av mål till huvudregel även i Finland. Denna ändring i vårt rättegångssystem skulle ha lett till att sållningen enligt norsk modell hade gått att flytta över i originalform.

Den finska sållningen är ju som jag visat ovan varken ett prövningstillstånd eller ett förkastande beslut, utan en hybrid. Man har alltså blandat ihop de norska *nektelse* och *samtykke*. Om man ville ta modell av bestämmelserna om *nektelse* så har jag visat ovan att *nektelse* och det motsvarande tyska institutet inte fungerar i Finland på samma sätt på grund av att vi redan har mycket långtgående möjligheter att handlägga mål i ett skriftligt förfarande. Det enda man

¹¹ Första gången sållning nämns i lagstiftningsprocessen är på sidorna 14 och 15 i KB 2001:10. Där talas om valitusten käsitteyn eriyttäminen (differentieringen av handläggningen av besvär). Redan detta korta stycke ger en inblick i att kommittén inte riktigt insett skillnaderna mellan handläggningen av målen i Finland och Norge och vad denna skillnad egentligen innebär.

kunde ta modell av och sedan anpassa till finsk rätt är *samtykke* alltså prövningstillstånd i den lite uppmjukade norska tappningen.

Den andra förklaringen är att man främst ville ta modell av namngivningen och den tekniska formuleringen av normerna. Det norska prövningstillståndet som alltså kallas *samtykke* är utformat i lagtext på ett sådant sätt att det framgår tydligare än i fråga om de svenska bestämmelserna att domstolen prövar målet preliminärt och på basis av denna prövning fattar beslut om att fortsätta handläggningen eller avvisa målet. Den norska lagstiftningen innebar många möjligheter att införa bättre terminologi än prövningstillstånd eller fullföljdstillstånd som föreslagits tidigare. Både termen *samtykke* och sällning ger visserligen en mera diffus bild av vad det hela handlar om, men de ger inte en lika avvisande bild som ordet tillstånd.

Den andra aspekten på problemet med att sällningen varken är fågel eller fisk är att den finska lagstiftaren inte hade någon klar vision om hurdana grundpelarna för civilprocessen och den andra instansen är. Det fanns, och finns fortfarande, mycket divergerande åsikter om problemet med anhopningen av mål vid hovrätterna. Det finns många olika åsikter om behovet av att handlägga mål muntligt och omfattningen av den muntliga förhandlingen. Då det inte fanns någon enhetlig syn på de mest grundläggande frågorna om den andra instansen, dess roll och utformningen av förfarandet, för att inte tala om vilka utmaningarna egentligen var och hur de skulle åtgärdas är det naturligt att man tydde sig till en kompromisslösning. Tyvärr blev kompromissen sådan att ingen vann på den.

12.3 RÄTTSJÄMFÖRANDE LÄRDOMAR

Sällningen är alltså en hybrid, en korsning mellan de renodlade modellerna för förkastande beslut och prövningstillstånd. Frågan är om detta har någon betydelse, nya rättsinstitut föds ju ibland som en korsning mellan existerande institut eller som en modifiering av dem. Jag påstår i varje fall att det finns avsevärda nackdelar förknippade med det faktum att sällningen är en hybrid, ja man kunde säga att den helt enkelt inte är livsduglig.

Det första problemet är att det inte är helt klart varför man gått in för sällning, vad man ville uppnå med det. Då en sådan vision saknas blir även utformningen av bestämmelsen så vag att olika domstolar och olika domare ges en betydande tolkningsmarginal. I ett läge då åsikterna om den andra instansens roll och handläggningens utformning går kraftigt isär leder detta till att bestämmelsen tillämpas på olika sätt i olika domstolar och t.o.m. av olika domare. Ett tecken på detta är att det ett och ett halvt år efter att sällningen trädde ikraft fanns hela nio prejudikat, varav alla var avgjorda inom loppet av fem månader.¹² Under det

¹² HD 2004:116 och 117, HD 2005: 11, 12, 13, 21, 22, 30 och 33.

dryga år då det inte fanns några prejudikat spekulerades redan om att sällningen skulle användas som ett medel för att minska antalet huvudförhandlingar.¹³ Detta trots att antalet huvudförhandlingar är internationellt sett litet i vårt land.

Det andra problemet med sällningen som en hybrid är att bestämmelserna är mycket svåra att tolka. Det är svårt att veta hurdant förhållandet mellan sällningen och bestämmelserna om muntliga förhandlingar är. Det hätska meningsutbytet mellan Virolainen och Rasilainen i tidningen *Defensor Legis* är ett exempel på hur svår bestämmelsen är att tolka. Frågor om behovet av kommunikation mellan domstolen och klaganden och om motparten ska höras innan beslutet fattas har lämnats ganska öppna just på grund av att man inte klart skilde mellan två institut och idéerna bakom dem.

Om man tänkte att sällningen eventuellt skulle påminna om det föreslagna svenska generella prövningstillståndet¹⁴ så borde man ha analyserat förslagen noggrannare. Då borde man ha sagt rent ut att man går in för den föreslagna svenska modellen, som än i dag är under arbete, och tydligt sagt att det blir fråga om ett generellt prövningstillstånd om än under ett lite annat namn.

En av orsakerna är säkert att det är mycket tvivelaktigt om ett generellt prövningstillstånd skulle vara till någon nytta. Då endast mindre mål som ofta är rutinartade och av relativt liten betydelse för parterna berörs av prövningstillstånd är det naturligt att ett ganska stort antal mål gallras bort. Ju mindre mål, desto mindre risk för att svåra frågor ska uppstå och därmed en mindre risk för att avgörandet eller handläggningen av målet är felaktig. Därmed är det sannolikt att en betydande del av de mål som borde gallras fastnar i gallret även om gallret endast gäller mindre mål. Ett generellt prövningstillstånd ger inte samma nytta, utan kan i värsta fall leda till dubbelt arbete, först provas villkoren för prövningstillstånd, sedan själva saken. Ett regelrätt prövningstillstånd för småmål kunde också leda till en minskad frekvens för överklaganden i den kategorin av mål. I utlåtandet finns även förslag om att en separat avdelning som tar ställning till prövningstillstånd ska grundas vid hovrätterna.¹⁵ Kravet har dock slopats i propositionen, men det visar ändå att det finns många problem med generellt prövningstillstånd.

För att det ska vara möjligt att utnyttja utländska erfarenheter är det viktigt att känna till skillnaderna och likheterna mellan det egna och det främmande rättssystemet. Sedan bör man analysera dessa skillnader och deras betydelse för det rättsinstitut man är intresserad av. Slutligen kan det vara skäl att vänta och se om vissa föreslagna ändringar införs och därefter ännu vänta och se hurdana erfarenheterna och de praktiska tillämpningarna är. Att ta modell av ett förslag kan vara mycket problemfyllt, eftersom förslaget kan ändras mycket och den

¹³ Se t.ex. Liljenfeldt – Snellman JFT 2004, 440

¹⁴ SOU 1995:124 och Ds. 2001:36.

¹⁵ SOU 1995:124, 179–181.

praktiska tillämpningen kan bli en helt annan än man kunde tänka sig då man såg på det ur det egna rättssystemets synvinkel.

12.4 MELLANBOKSLUT

I det här skedet av avhandlingen är det skäl att göra ett mellanbokslut av analysen av sällningen. Bilden av den finska bestämmelsen om sällning är föga smickrande. Bestämmelsen om sällning är svår att tolka, vilket syns i varierande praxis och ett behov av ett relativt stort antal prejudikat. Det är oklart om sällningen verkligen innebar några betydande inbesparingar för hovrätterna. Parternas rättsskydd kan vara sämre än tidigare, åtminstone får en lekman nu bilden av att hovrätten inte prövat ett mål då det sållat det. Framför allt framträder sällningen som något hafsigt gjort, som något man snabbt snickrat ihop. Sällningen står helt klart på en vag grund eftersom en gemensam syn på civilprocessens grundpelare saknas. Eftersom lagstiftaren och medlemmarna av kommittéerna som granskade problemen och lösningarna inte hade en gemensam syn på vad problemet med de muntliga förhandlingarna är och i en hur stor andel av målen en muntlig förhandling borde ordnas är det ganska klart att det var svårt att nå fram till en lyckad lösning.

Sällningen är alltså en produkt av en alltför snabb beredning där man inte tog sig tid att diskutera de mest grundläggande frågorna och därmed bygga en gemensam vision om vad som borde göras. Önskemålet om en snabb lösning på den ökande anhopningen av mål uppfylldes, men slutresultatet blev inte så bra som det hade kunnat bli om man tagit mera tid på sig.

13 Konfrontation

13.1 QUO VADIS?

Det första steget i riktning mot en lyckad reform är en noggrann analys av nu läget och problemen med det. Jag har ingående diskuterat den gällande regleringen av tillgången till den andra instansen i Finland och analyserat dess problem och brister. Följande steg är att fastställa vilka principer och värderingar förfarandet i hovrätten bör grunda sig på. Utan en bild av de mest grundläggande faktorerna för rättegången i hovrätten går det inte att fastställa hur ett ”idealt” hovrättsförfarande ser ut, för att inte tala om hur man kan uppnå ett sådant.

Det är alltså dags för det andra steget mot en mera ändamålsenlig och försvarlig rättegång i hovrätten och framför allt en bättre gallringsmekanism. Avsikten är alltså att fastställa utgångspunkterna för den andra instansen. Sedan kartlägger jag de alternativ som finns till hands. Därefter kan jag övergå till en mera konkret skiss över hur gallringen av målen kunde gestalta sig.

13.2 ALTERNATIVA MODELLER

I valet av vilka tänkbara modeller som finns till hands utgår jag från att ett förbud mot att överklaga domar givna i bagatellmål är uteslutet. På samma sätt är det skäl att fråga sig om det gällande läget trots allt borde behållas som ett alternativ, det är ju möjligt att det trots sina brister i nuvarande eller smått modifierad form är mera ändamålsenligt än de övriga alternativen. Förutom den gällande rätten finns det fyra andra alternativa modeller: prövningstillstånd för småmål, generellt prövningstillstånd, förkastande beslut och flexibelt förfarande. Som jag tidigare konstaterat är det knappast någon nytta med att försöka utveckla den dödfödda idén om sällning. Genom att granska fördelarna och nackdelarna med dessa system och de alternativa modeller dessa modeller erbjuder är det möjligt att göra en grundläggande bedömning. Det är viktigt att minnas att modellerna kan också kombineras sinsemellan på olika sätt.

13.2.1 Prövningstillstånd för småmål

Prövningstillstånd för småmål är ett populärt alternativ som har sina rötter bland annat i den första vågen av *access to justice* -rörelsen då problemen med

småmål uppmärksammades.¹ Finland hann inte med i den diskussionen vilket berodde dels på att vi var mitt i en omfattande reform av domstolsväsendet och rättegångsförfarandet, dels på att det i en skriftlig process är lättare att koncentrera resurserna genom att pröva mindre mål endast ytligt. Därmed blev det inte aktuellt med prövningstillstånd under 1970- och 1980-talen då frågan om rättegång i småmål var aktuell i den civilprocessrättsliga diskussionen.

Trots att Finland missade sin chans att införa prövningstillstånd tidigare och trots att riksdagen inte godkände prövningstillstånd år 1997 finns det fortfarande goda skäl för att än en gång ta upp prövningstillstånd för småmål till diskussion.

13.2.1.1 Småmål – mål som ska gallras?

Den första frågan om prövningstillstånd för småmål är naturligtvis om det är det rätta verktyget för att hitta de mål som inte ”förtjänar” en fullständig handläggning i den andra instansen. Det finns egentligen tre synpunkter som är viktiga: hittar man rätt mål med hjälp av prövningstillståndet; är synpunkterna på resursanvändning olika i vanliga mål och småmål; och vad innebär en lika tillgång till den andra instansen. Därtill utgör de mål som saknar ett ekonomiskt värde eller i vilka värdet i första hand är ideellt ett problem.

Den första frågan är alltså om man hittar rätt mål med hjälp av prövningstillstånd för småmål. Beroende på hur värdet på intresset räknas gallras olika mål bort. Om värdet på hela intresset i målet räknas är det sannolikt att gallringen gäller främst sådana mål där åtminstone den ena parten är privatperson eller egenföretagare. Det handlar främst om konsumenträttsliga mål, hyresmål, arbetsrättsliga mål och andra dylika mål där intresset är lågt. Om domstolsförfarandet och dess stödfunktioner, alltså rättsskyddsförsäkringar, rättshjälp m.m., fungerar normalt finns det en hel del sådana här mål i domstolarna. Det här är inte läget i Finland för tillfället, men på lång sikt borde vi eftersträva att domstolsförfarandet är ett reellt alternativ även för vanliga medborgare. Man kan tänka sig att ju lägre intresset är desto mer sannolikt är det att målet inte bereder särskilda svårigheter varken till sin art, omfattning eller till de frågor som aktualiseras. Därmed skulle alltså risken för fel vara mindre.

Problemet är att även om det ovan sagda generellt skulle hålla streck finns det trots allt undantag. Alla småmål är inte enkla eller av en sådan typ att det skulle förekomma mycket av dem i domstolarna. Å ena sidan kan vissa småmål vara delar av ett större fragmenterat intresse eller vara det första i raden av en potentiell serie liknande mål. Å andra sidan kan även stora mål handla om enkla

¹ Se 1982:25 och 26, 64–65 och NOU 1983:48, som behandlar småkravsprocessen i Sverige respektive Norge.

frågor och vara enkla att utreda.² De fastnar inte i ett galler avsett för småmål, medan ett viktigt litet mål kan fastna. Till exempel det mycket centrala EG-rättsliga målet Costa mot ENEL handlar egentligen om en el-räkning, alltså ett mycket litet ekonomiskt intresse. Ett litet mål kan alltså innehålla intressanta och viktiga frågor.

Den andra synpunkten handlar inte så mycket om att hitta de mål i vilka en överprövning behövs, utan om en ändamålsenlig användning av parternas resurser. Ju mindre intresset i målet är desto högre tenderar rättegångskostnader och andra kostnader förbundna med rättegången att bli i förhållande till intresset i målet. Särskilt i vissa typer av mål kan kostnaderna för bara den ena parten överskrida värdet på intresset redan i underrätten.³ Då finns det en risk att kostnaderna blir flerfaldiga i jämförelse med det ekonomiska intresset då målet avgjorts i den andra instansen. Ju mindre det ekonomiska intresset är, desto större är risken. Småmål klarar sällan av att bära sina kostnader. Man kan fråga sig om det är någon idé med att ett sådant mål omprövas i hovrätten om det är klart att slutresultatet inte ändras eller ändras endast marginellt. Åtgången av både tid och pengar för prövningen av målet måste stå i en rimlig proportion till intresset i målet och till målets art.

Ytterligare en fråga som aktualiseras i samband med diskussionen om småmål är att värdet på intresset i målet tenderar att korrelera med parternas ekonomiska förhållanden. Grundlagsutskottet tog fasta på just den här frågan då den gjorde sin bedömning av hur väl de föreslagna bestämmelserna om prövningstillstånd passar in i den finska rättstraditionen. Gränsen för vad som ska anses vara småmål inverkar naturligtvis i hög grad på vem som berörs av bestämmelsen. Den föreslagna finska gränsen på 20 000 mark (drygt 3 000 euro) skulle ha varit så låg att den kunde ha berört fler låginkomsttagare än höginkomsttagare,⁴ medan en högre gräns skulle leda till att skillnaderna jämnade ut sig. Samtidigt måste man inse att just låginkomsttagarna sannolikt har de sämsta möjligheterna att betala kostnaderna för ett utsiktslöst och därmed ”onödigt” överklagande.

En annan synpunkt som talar för en småmålsregel är att det ibland händer att något mål blir en principalsak för en part. Parten vill driva målet oberoende av vad det kostar för att visa att hon eller han har rätt eller för att ”få rättvisa”. Om ett sådant mål är utsiktslöst i hovrätten kan man fråga sig om samhället bör erbjuda en fullständig handläggning bara för att någon envist ska kunna driva ett mål. Med tanke på att rättsskyddsförsäkringar i Finland inte ersätter motpartens kostnader om man förlorar målet och att rättshjälpen är begränsad finns det knappast alltför många sådana här mål i dag, men frågan är ändå principiellt

² Se även Betänkning nr. 1348/1997, 17.

³ Ervasti 1997, 31.

⁴ Orsaken är bland annat att ett anspråk på utebliven lön skulle överskrida gränsen för småmål redan vid en månadslön för en höginkomsttagare, men inte för en låginkomsttagare.

viktig. Här framkommer den kanske viktigaste funktionen med prövningstillstånd för småmål: då huvudregeln är att prövningstillstånd inte beviljas har parterna en orsak att överväga mycket noga om de vill överklaga eller inte. Om prövningstillstånd inte beviljas står klaganden själv för de kostnader överklagandet förorsakat honom, men dessa kostnader som alltså gått till spillo är relativt låga tack vare spärren.

Ytterligare en fråga om prövningstillstånd för småmål är att småmålsregeln ofta hör ihop med en motsvarande bestämmelse om förenklad handläggning av småmål i underrätten. Småmålsreglerna i underrätten och den andra instansen behöver inte sammanfalla, men om man ser på våra nordiska grannar hänger handläggningen i den första och andra instansen ihop. Skillnaden mellan oss i Finland och våra nordiska grannar är att vi har ett ”one size fits all”-förfarande i tingsrätten. Hos oss finns det bara en väg för målen att ta. Inom den vägen finns det dock vissa lättnader för indrivning av pengar, men annars handläggs i princip alla mål på samma sätt. I Sverige och Norge är situationen delvis en annan. Delvis börjar inte handläggningen av alla mål i tingsrätten respektive *tingretten*. Till exempel avgör den svenska kronofogdemyndigheten de flesta frågor om indrivning av skulder. Jag tycker ändå inte att bristen på olika alternativa vägar för olika mål i underrätten och före underrätten ska hindra att man handlägger mål på olika sätt i den andra instansen.

Problemet med frågan om en bestämmelse om småmål är rättvis beror naturligtvis på hur man ser på rättvisa. Man kan antingen inta den positionen att det avgörande är att alla socialgrupper och alla typer av företag, inklusive egenföretagare, har en lika möjlighet att få sina mål prövade; eller så kan man anse att det är skäl att i regel inte använda mer resurser på handläggningen av ett mål än vad intresset i målet är. Sist och slutligen kan man se på en bestämmelse om småmål ur båda synvinklarna. En viktig del av diskussionen om prövningstillstånd är frågan varför det finns i de tre stora skandinaviska länderna men inte hos oss.

13.2.1.2 Vilka mål ska beröras?

Om man inför en tröskel uppkommer alltid problemet med hur hög tröskeln ska vara och hur den ska bestämmas. Bestämmelsen kan grunda sig antingen på ett fast belopp som höjs med jämna mellanrum eller på ett indexbundet belopp. Fördelen med det förra är att man inte behöver kontrollera vad beloppet är för tillfället. Nackdelen är däremot att förhöjningarna av beloppen tenderar att släpa efter prisutvecklingen och småningom minskar andelen mål som berörs av bestämmelsen. Fördelen med indexbundet belopp är att beloppet följer med pris- och inkomstökningar. Nackdelen är otydligheten.⁵

⁵ Ot.prp. 51/2004–2005, 294–297.

Den andra frågan är om prövningstillstånd ska gälla endast mål där det ursprungliga intresset är lågt eller även mål där intresset i den andra instansen är lågt. Bestämmelsen om småmål som bygger på hela intresset i målet är förutsägbar. Då man vet storleken på intresset i målet vet man också hurdan tillgången till den andra instansen är. Bestämmelsen är förutsägbar och enkel. Genom att beakta värdet på intresset för den andra instansen, alltså skillnaden mellan vad parten yrkat på i underrätten och vad hon eller han blivit tilldömd där, kan man gallra bort mål där man försöker åstadkomma en mindre ändring. Låt oss säga att A yrkat på 450 000 euro i underrätten men ”bara” blivit tilldömd 447 000 euro, då är värdet på intresset för den andra instansen 3 000 euro, vilket är ganska lite och ännu mindre i förhållande till det totala beloppet. Om dessa 3 000 euro då utgörs av biyrkanden finns det ett ganska litet intresse att överklaga. Problemet är dock att en sådan här bestämmelse kan slå till ganska oväntat vilket försämrar rättsskyddet. På grund av problemet med förutsägbarheten ställer jag mig dock negativ till en sådan gräns.

Ytterligare ett problem utgörs av mål där värdet på intresset är svårt att avgöra eller där värdet endast eller huvudsakligen är annat än ekonomiskt. Bland annat faller de flesta familjerättsliga målen in i den senare kategorin. Ändå är antalet mål om vårdnad och umgänge ganska stort. Dessa har dock en stor betydelse för de inblandade och är indispositiva till sin karaktär. Ibland kan det vara svårt att bedöma om det ideella intresset i målet är stort. Schei påpekar att en uppsägning kan ha ett stort ideellt värde för den uppsagda fast den inte har det för arbetsgivaren.⁶

En annan fråga är om prövningstillståndet ska kunna begränsas till en del av målet. Svaret beror dels på vissa praktiskt synpunkter, dels på den fortsatta handläggningen. Det första kriteriet är naturligtvis att man inte bör begränsa prövningstillståndet på ett sådant sätt att det försvårar den fortsatta handläggningen av målet. Begränsningarna av tillgången till full prövning borde alltid gälla endast sådana delar av målet som kan avgöras separat med deldom eller mellandom och som inte påverkar prövningen av de delar av målet som tas upp till prövning. Om en sådan här del påverkar bedömningen av andra delar av målet, måste prövningstillståndet utvidgas till dessa delar. Annars går det lätt så att domstolen målar in sig i ett hörn. Även då flera mål kumulerats kan tillståndet begränsas till ett av målen. Ju flexiblare den fortsatta handläggningen är utformad och ju bättre domstolen är på processledning desto mindre orsak att begränsa tillståndet till bara en del av målet. Om det är möjligt att begränsa tillståndet till en del av målet är det viktigt att domstolen noga överväger hur mycket tid och arbete den sparar genom att begränsa prövningstillståndet. Ju mindre inbesparingen är desto mindre är orsaken att bevilja endast ett begränsat tillstånd.

⁶ Schei 1998b, 953

13.2.1.3 Kriterierna för att gallra mål

Kriterierna för att gallra mål är de samma för sällning som för prövningstillstånd. Däremot är vikten av de enskilda grunderna olika. Vid prövningstillstånd för småmål är det möjligt att tröskeln för att gallra bort ett mål är högre än i fråga om sällning. Kriteriet för att bevilja prövningstillstånd är att avgörandet eller förfarandet med stor sannolikhet är felaktigt. Möjligheten att få prövningstillstånd och domstolens skyldighet att beakta andra omständigheter borde i hög grad bero på hur stora intressena anses vara. Om gränsen för småmål är så låg att det främst är fråga om bagatellartade intressen, alltså intressen på högst ett par tusen euro, är det naturligt att målen undersöks mycket ytligt inför beslutet om att bevilja prövningstillstånd. Ju högre gränsen för småmål sätts, desto viktigare är det att domstolen använder mera resurser på att handlägga målen. Det är då i mitt tycke klart att prövningen måste följa ett helt annat schema än vad det gör i sällning, eftersom mål som har en stor betydelse för en part eller för rättssystemet annars riskerar att gallras bort.

Man kunde säga att eftersom främst sådana mål där det finns en klar misstanke om brister eller felaktigheter automatiskt får prövningstillstånd är det viktigt att se på de mål där det finns en viss misstanke om felaktigheter, men där sannolikheten för detta ändå inte är så stor. Domstolen bör för det första beakta om det finns något större ekonomiskt intresse än det direkta ekonomiska intresset i målet. Ju högre gränsen för småmål är desto viktigare är det att skilja mellan sådana mål där värdet är långt från gränsen och sådana där värdet är nära gränsen. Ju större värdet är, desto högre bör tröskeln för att bevilja prövningstillstånd vara. Därtill bör domstolen beakta betydelsen av de påstådda felen. Då det är fråga om fel i rättegångsförfarandet bör den andra instansen ta ställning till hur det påstådda felet påverkat utgången i målet. Ju större sannolikhet att utgången påverkats på ett betydelsefullt sätt eller ju större sannolikhet att grundläggande processuella rättigheter och principer kränkts desto viktigare att prövningstillstånd beviljas. I fråga om fel i avgörandet bör man jämföra dels sannolikheten för att avgörandet är felaktigt, dels betydelsen av felet för såväl parterna som rättssystemet som helhet. Först sedan en helhetsbedömning skett är det skäl att neka tillgång till en mera ingående prövning av målet.

Prövningstillstånd bör beviljas om målet har en stor betydelse för parten eller om det innehåller principiellt viktiga frågor. Domstolen måste dock fästa mycket mera uppmärksamhet vid såväl parternas intressen som hela rättssystemets intressen än vad som är fallet med den nuvarande sällningen. Även om ett mål i sig har ett ganska litet ekonomiskt värde bör man vara försiktig då det gäller boende, arbete, övriga inkomster och familjeförhållanden eftersom dessa har en mycket stor betydelse för parten. Även andra typer av mål kan ha en stor betydelse för parten och då måste domstolen noga överväga om den ska bevilja prövningstillstånd. Domstolarna måste också se till att det finns tillräckligt med

publicerad rättspraxis och att inte vägen till Högsta domstolen spärras i onödan. Med principiellt viktiga frågor avser jag också mål som kan vara pilotmål eller där intresset är litet eftersom det är fragmenterat eller diffust.

Överlag betyder prövningstillstånd för småmål att domstolen måste se på målet ur ett helhetsperspektiv. Den måste ta ställning till sannolikheten för fel, hur gravt det eventuella felet är och hur felet påverkar parterna och rättssystemet. Därtill bör den pröva om målet av andra orsaker borde tas upp till prövning. Med andra ord kan domstolen inte endast fokusera på om förfarandet eller utgången är felaktig, utan även se på målet som helhet.

13.3.1.4 Övriga frågor

En utmaning när det gäller prövningstillståndet är hur det ska ”marknadsföras” för att dess innehåll inte ska missuppfattas. Hittills har riksdagen ställt sig avvisande till prövningstillstånd för att man inte ansett att fullföljdstillstånd eller prövningstillstånd varit lämpliga benämningar på ett förfarande där domstolen tar ställning till själva saken. Mitt förslag är därför följande: om man diskuterar prövningstillstånd är det skäl att hitta på en ny term som ger rättsinstitutet mer rättvisa. Till exempel kunde sällning eller samtycke användas som termer. Viktigt är i varje fall att det tydligt framgår att domstolen prövat målet provisoriskt och då kommit till den slutsatsen att det inte finns något skäl att ge samtycke till en full prövning av målet.

Ett beslut om att inte bevilja prövningstillstånd är alltid ett formellt beslut, inte ett avgörande i sak eftersom domstolen tar ställning till om målet uppfyller vissa kriterier. Problemet är dock att domstolen måste göra en provisorisk prövning i sak då den avgör om kriterierna uppfylls, varför gränsen till ett materiellt avgörande är mycket suddig. Då finns det en risk att tillförliten till domstolarna minskar och att parterna upplever att de inte blivit rättvist behandlade och haft en tillräcklig möjlighet att driva sin talan. Parterna upplever alltså att både vissa principer och vissa ledstjärnor blir kränkta om inte såväl namnet på institutet som avgörandet formuleras på ett sådant sätt att det klart framgår att målet prövats i sak.

13.2.2 Generellt prövningstillstånd

Med tanke på de problem som hänger samman med prövningstillstånd i småmål kunde man tänka sig att generellt prövningstillstånd vore svaret på problemen. Ett generellt prövningstillstånd skulle ju gälla alla mål, varvid problemen med beräkningen av värdet på intresset och gränsdragningen mellan ekonomiska och ideella värden försvann. Trots dessa fördelar är generellt prövningstillstånd befäst med många nackdelar.

En nackdel med generellt prövningstillstånd är att det krävs mycket mer byråkrati om alla mål först genomgår en provisorisk handläggning i vilken gallringen sker. Risken finns att målen så att säga handläggs två gånger: först kontrolleras om frågan om prövningstillstånd är aktuell, senare tas målet upp till full handläggning.

Om prövningstillstånd behövs i alla mål kan utgångspunkten inte längre vara att det bör vara sannolikt att förfarandet eller avgörandet är felaktigt, eftersom många mål där en överprövning vore befogad inte skulle bli prövade. Då måste ett stort antal mål, rättare sagt den övervägande majoriteten, tas upp till en fullständig prövning. Detta slutresultat kunde antagligen nås med enklare medel. Tanken med prövningstillstånd för småmål är att de resurser som sätts på ett mål måste stå i rimlig proportion till målets betydelse. För generellt prövningstillstånd kan motiveringen inte vara den här, den måste vara att gallra bort utsiktslösa mål, d.v.s. tröskeln att gallra bort mål måste vara avsevärt högre.

En av tankarna med prövningstillstånd är att det minskar benägenheten att överklaga. Då det är relativt osannolikt att prövningstillstånd beviljas är tröskeln att överklaga högre. Om sannolikheten är stor höjs tröskeln knappast särskilt mycket. Därmed minskar även den här fördelen.

Det intressanta är att generellt prövningstillstånd eller motsvarande spärrar som gäller alla mål finns i Finland och nyligen har föreslagits i Sverige.⁷ Vi i de östnordiska länderna har betydligt bättre förutsättningar än våra västnordiska grannar att avgöra mål i ett enkelt skriftligt förfarande och har därtill de största begränsningarna i tillgången till en full, muntlig prövning i den andra instansen. Ändå är det vi som försöker nå ännu radikalare begränsningar.

Jag tvivlar på att generellt prövningstillstånd är ett bra medel för att få hovrätterna i Sverige att i högre grad övergå från omprövning till överprövning. Som jag redan konstaterat finns det många andra sätt att uppnå samma mål genom att utnyttja de möjligheter de gällande bestämmelserna medger. Genom en aktivare processledning, genom att ändra på domstolskulturen så att målen handläggs endast i den omfattning som är nödvändig och genom att effektivare utnyttja de möjligheter det gällande, flexibla förfarandet innebär kan man uppnå praktiskt taget samma effekt.

Med tanke på att det som sagts ovan om namnet på rättsinstitutet prövningstillstånd även gäller generellt prövningstillstånd finns det en bra orsak att fråga sig om det lönar sig att införa en begränsning i tillgången till den andra instansen som både kan upplevas som orättvis och medföra mycket byråkrati. Även om jag anser att generellt prövningstillstånd är behäftat med många olika problem anser jag att det är ett bättre alternativ än sällning. I jämförelse med de gällande bestämmelserna skulle generellt prövningstillstånd innebära klarare normer som vore mycket enklare att tolka och tillämpa. Därför skulle en över-

⁷ Prop. 2004/05:131.

gång till den föreslagna svenska modellen åtminstone för tvistemålens del innebära en klar förbättring, även om generellt prövningstillstånd är långtifrån problemfritt.

13.2.3 Förkastande beslut

Förkastande beslut är den nya ”modefluga” inom förfarandet i den andra instansen. Tyskland har redan några års erfarenhet av sådana beslut och Norge har nyligen infört det. I Sverige har hovrätterna själva föreslagit ett liknande förfarande. Samtidigt som förkastande beslut verkar vara en stor trend är det även mycket omstritt. I Tyskland har många olika argument för att slopa det förts fram. I Norge var *tvistemålsutvalget* oenigt endast i fråga om förkastande beslut, i övrigt var man ense om hur förfarandet i den andra instansen skulle formas. Orsaken till att Tyskland och Norge utvecklat idén om förkastande beslut är att förfarandet i den andra instansen då en dom överklagats i regel är muntlig. Förkastande beslut passar i system där handläggningen är muntlig.

13.2.3.1 Grunderna för förkastande beslut

Idén bakom förkastande beslut är att bestämmelsen möjliggör en skriftlig handläggning av målet. Domstolen kan alltså spara resurser genom att avgöra uppenbart utsiktslösa mål i ett skriftligt förfarande. I såväl Tyskland som Norge är möjligheterna att i övrigt avgöra mål i skriftligt förfarande begränsade. Eftersom överklagande av andra avgöranden än domar i huvudregel sker skriftligt gäller bestämmelserna om förkastande beslut endast överklagande av domar.

Förkastande beslut innebär inte att man tillägger en ny fas i förfarandet. Om domstolen under den första granskningen av målet märker att målet uppenbart är utsiktslöst kan den förkasta målet genom beslut. Därmed behövs ingen separat fas och följaktligen mycket lite resurser.

Därmed behöver varken parterna eller domstolen använda resurser på sådana mål. Termen utsiktslöst avser mål där utgången inte kommer att ändras i den andra instansen. Om t.ex. ett fel i förfarandet varit så litet att det inte kunnat påverka utgången av målet kan målet förkastas genom beslut. Detsamma gäller om en sådan bestämmelse som ger rätten en viss prövningsmarginal tillämpats och den valda lösningen faller inom ramarna för vad den andra instansen anser vara acceptabelt. Detta betyder att även om den andra instansen hade dömt på ett lite annat sätt ändrar den inte avgörandet ifall underrättens avgörande faller inom ramarna för vad som är acceptabelt. Smärre korrigeringar görs alltså inte i avgöranden då de inte har någon större betydelse för utgången av målet och för parterna. Det här betyder att det finns en viss skillnad mellan att ett mål är

utsiktslöst och att utgången i målet eller förfarandet är felaktigt. I det förstnämnda fallet kontrollerar man om det finns en orsak för den andra instansen att ändra på avgörandet, i det senare fallet om en slags absolut prövning av förfarandet eller utgången är felaktig.

Tanken med förkastande beslut är att domstolen jämför överklagandet med underrättens dom. Om såväl förfarandet som avgörandet till de delar som överklagats är acceptabla kan målet förkastas genom beslut. Målet prövas inte till övriga delar. En förutsättning är att det är klart eller uppenbart att målet inte kan nå fram. Om det inte går att avgöra om förfarandet eller utgången är riktig i ett förenklat skriftligt förfarande kan målet inte avgöras genom förkastande beslut. Det här betyder att så fort det råder minsta tvivel om riktigheten eller då det är omöjligt att kontrollera riktigheten i ett enkelt och snabbt förfarande kan målet inte avgöras på detta sätt. Om tröskeln är så här hög finns det inte samma behov av att pröva hurdan betydelse målet har för rättsväsendet och parterna. Det är dock viktigt att mål som eventuellt har ett prejudikatvärde på grund av oklar rättspraxis eller ett behov av att ändra praxisen inte får förkastas genom beslut.

Ett förkastande beslut är inte särskilt problematiskt om tröskeln är hög och domstolen hela tiden beaktar behovet av en försvarlig och tillräcklig handläggning av målet med tanke på intresset i målet, parternas intressen och rättssystemets intressen. Ju lägre tröskeln att göra ett förkastande beslut är desto mer problematiskt blir institutet. Då smärre korrigeringar undviks kan frekvensen överklaganden minskas. Samtidigt innebär en sådan möjlighet att tillgången till den andra instansen eventuellt begränsas på ett otillbörligt sätt.

I Tyskland anser många jurister att förkastande beslut egentligen inte innebär någon förbättring för domstolarnas verksamhet, eventuellt endast en möjlighet att gömma sig bakom ett ansiktslöst beslut. Ofta kan målen avgöras lika snabbt och effektivt efter en kort muntlig handläggning där domarna informerar ombuden om att de anser att målet är utsiktslöst.⁸ Därför betyder sällningen främst att domstolarna ibland kan få en chans att otillbörligt påverka sin arbetsbörda.

13.2.3.2 *Processmaterialet*

För att ett förkastande beslut ska vara ett snabbt och billigt sätt att avgöra utsiktslösa mål på är det viktigt att domstolen kan avgöra målet så snabbt som möjligt. Genom att frågan avgörs så fort målet kommit in till den andra instansen, alltså redan innan motparten fått en möjlighet att uttala sig om överklagandet, kan man försnabba rättegången. Då måste man inte vänta på svar. Motpar-

⁸ T.ex. professor Rolf Stürner är av den här åsikten. Enligt hans åsikt ska en domare kunna säga att målet är utsiktslöst öga mot öga med ombudet. Detta har samband med att de högre domstolarna i Tyskland kan påverka vilka advokater som har rätt att framträda vid domstolen i fråga.

ten har inget att förlora på att målet avgörs genom förkastande beslut varför hans rättsskydd inte kränks även om hon eller han inte får uttala sig. Endast i de fall det finns ett visst prejudikatintresse eller annat motsvarande intresse torde motparten ha några betydelsefulla synpunkter att erbjuda. Då förorsakas motparten inga kostnader och frågan om att ersätta rättegångskostnader blir irrelevant.

Förkastande beslut bör avgöras med ett minimalt rättegångsmaterial. Detta betyder att främst underrättens avgörande och överklagandet är den grund den andra instansen bygger sitt avgörande på. Ifall underrättens dom är bristfällig kan det vara svårt att hitta ”utsiktslösa” mål. Detta material ger i alla fall inte en tillräcklig grund för att ta ställning till om avgörandet är riktigt. Om överklagandet gäller värdering av muntlig bevisning kan den andra instansen inte förkasta målet genom beslut eftersom underlaget för att avgöra om överklagandet är utsiktslöst inte är tillräckligt. Därför kan bara en del av målen gallras med den här metoden. Man kunde dock tänka sig att den i de fall då den övriga bevisningen är mycket stark kunde avgöra bevisfrågan på ett tillräckligt tillförlitligt sätt och därmed gallra bort målet även om det fanns muntlig bevisning i begränsad mån.

En öppen fråga angående förkastande beslut är i vilket skede ett sådant beslut senast måste göras. Man kunde tänka sig att det kan ske när som helst under handläggningen ända tills målet tas upp till en muntlig förhandling eller en föredragning där det avgörs i ett skriftligt förfarande. Eftersom det här leder till att den enda inbesparingen är att domstolen inte behöver skriva ett särskilt utförligt avgörande, men däremot att tillgången till den andra instansen begränsas trots att mycket resurser redan lagts ner på målet, anser jag att det är orimligt med så generösa regler. Däremot är det i mitt tycke befogat att beslutet att förkasta ett mål måste fattas snart efter det att målet kommit in till domstolen och innan parterna och domstolen satsat tid och ekonomiska resurser på handläggningen av målet. Detta kan naturligtvis innebära att vissa mål slinker igenom spärren eftersom man inte genast märker att de är utsiktslösa.

Det här betyder också att det bör finnas en klar skillnad mellan att man förkastar mål genom beslut och att domstolen efter en normal prövning av målet kommer fram till att det inte finns skäl att ändra på underrättens avgörande. Om domstolen tar målet upp till prövning och sedan märker att målet inte når fram ska målet alltså avgöras helt normalt. Förkastande beslut innebär ju att målet har avgjorts i ett förenklat skriftligt förfarande och därmed att det inte tagits upp till en vanlig prövning. Därför är det skäl att göra en gränsdragning till mål som tagits upp till normal prövning.

Förkastande beslut innebär tack vare de här egenskaperna en möjlighet att avgöra mål snabbt och billigt. Problemet är att alla mål inte kan gallras på det här sättet, vilket betyder att institutet inte påverkar s.k. ”obligatoriska” muntliga förhandlingar. Förkastande beslut kan också leda till att motparten överklagar

oftare eftersom motparten i de flesta fall inte får något tillfälle att uttala sin åsikt om målet. Därmed kan förkastande beslut i vissa fall vara kontraproduktiva. Den här nackdelen är antagligen så liten att den inte har någon större betydelse.

13.2.3.3 Övriga frågor

Ett viktigt steg i beslutet att förkasta ett mål är att den som överklagat informeras om att målet antagligen kommer att förkastas. En sådan kommunikation mellan parten och domstolen fördröjer avgörandet litet eftersom man måste bereda parten tillfälle att uttrycka sig om sin syn på saken och komma med tilläggsutredning. Den här möjligheten minskar behovet av att höra motparten eftersom parten då själv för upp frågor om målets betydelse för rättssystemet på tal. Den som överklagat blir inte överraskad av beslutet att förkasta målet genom beslut och får en tillräcklig möjlighet till en juste rättegång och att driva sin talan. I rättssystem där domstolsavgifterna beror på hur långt handläggningen av målet framskrider kan det här leda till att klaganden drar bort sitt överklagande, varpå domstolen inte behöver avgöra målet, endast avskriva det.

Precis som med prövningstillstånd är frågan om ett beslut om att förkasta ett mål bör kunna begränsas till en del av målet. I Tyskland har diskussionen om temat gått het, men slutresultatet är att förkastande beslut antagligen kommer att kunna begränsas. Flera domstolar har nämligen i rättspraxisen begränsat beslutet till en del av målet som kan avgöras separat eller till ett eller flera kumulerade mål. Här gäller samma synpunkter som behandlats ovan i samband med prövningstillstånd för småmål.

13.2.3.4 Slutsatser om förkastande beslut

På grund av att ett förkastande beslut i första hand är en väg till ett uteslutande skriftligt förfarande passar det endast in i system där de övriga möjligheterna att handlägga mål skriftligt är begränsade. Ett förkastande beslut är alltså en väg till en skriftlig handläggning som är snabbare, billigare och mindre resurskrävande i utsiktslösa mål än en muntlig handläggning. Därför lämpar sig inte heller förkastande beslut för Finland, där hovrätterna redan har ypperliga möjligheter till skriftligt förfarande.

Förkastande beslut innebär också vissa problem. Eftersom ett förkastande beslut begränsar tillgången till den andra instansen bör domstolarna gallra mål mycket försiktigt. Det är viktigt att parterna trots att målet förkastas får tillgång till en juste rättegång i den andra instansen. Förkastande beslut är ett sista-handsvapen som bör tas i bruk endast om det inte finns andra effektiva sätt att snabbt avgöra klart utsiktslösa mål på. Det är viktigt att kommunikationen mel-

lan domstolen och klaganden fungerar och att domstolen beaktar att den har ett bristfälligt material till sitt förfogande. Ett förkastande beslut måste vara sådant att det framgår att domstolen prövat målet i sak, även om prövningen varit mindre djupgående än normalt. Annars finns det en risk för att parterna får en bild av att handläggningen inte varit försvarlig och för att tilliten till domstolarnas verksamhet minskar.

13.2.4 Flexibelt förfarande

Ett sätt att förbättra tillgången till den andra instansen genom att minska anhopningen av mål är att införa ett flexibelt förfarande i ledstjärnans anda. Det här förutsätter då att domstolen själv tar ansvar för att handläggningen är ändamålsenlig, juste och står i rimlig proportion till intresset i målet. I mitt tycke finns det alltså flera olika alternativ för en ökad flexibilitet. Detta förutsätter i sin tur att vi först utvecklar de muntliga förhandlingarna och ökar deras antal, vilket bland andra Niemi-Kiesiläinen och Laukkanen redan föreslagit. Då de muntliga förhandlingarna ökat i antal och blivit mer användbara kan vi börja rucka på balansgången mellan muntlighet och skriftlighet. Ett sådant arbete tar flera år i anspråk och förutsätter även en förändrad syn på muntliga handläggningar.

13.2.4.1 Den muntliga förhandlingen

Det första steget i riktning mot ökad flexibilitet utgörs av en utveckling av de muntliga förhandlingarna. I dag tar de muntliga förhandlingarna ofta en onödigt lång tid och är lite klumpiga som verktyg. Lagstiftaren kan inte direkt bidra till denna utveckling. Utvecklingen förutsätter resurser i form av domarutbildning och eventuellt normer som bidrar till att stödja utvecklingen.

En utveckling av de muntliga handläggningarna betyder att de bör bli mera strukturerade, disciplinerade och fokuserade. Med struktur avser jag att förfarandet har en klar struktur som parterna blir informerade om innan den egentliga muntliga förhandlingen inleds. Man följer alltså ett klart schema, från vilket man avviker endast om det framkommer något oväntat under handläggningen. Tanken är alltså att påskynda handläggningen med hjälp av en klar struktur som alla inblandade förbundit sig att följa. Struktur betyder också att förhören i mån av möjlighet löper enligt bevisterna eller i en annan logisk ordning. Struktur kan också innebära att man börjar använda kompendier med löpande sidnumrering där skriftliga bevis finns i kronologisk ordning. Med disciplin menar jag att domaren vid behov ger parterna en begränsad tid till sitt förfogande för inledande kommentarer, förhör och plädering. Disciplin betyder också att domaren aktivt ingriper om en bevisperson slösar tid på ovidkommande saker.

Domaren ska också ställa frågor om någon uttrycker sig oklart. Med fokuserad avser jag att endast relevanta synpunkter och omständigheter tas upp och fokusen ligger på en sak i taget. Denna utveckling förutsätter att såväl domare som rättegångsombud utbildas för att kunna bidra till det nya förfarandet på ett optimalt sätt.

Den andra åtgärden för att åstadkomma nya flexibla muntliga förhandlingar är att se över bestämmelsen om så kallade ”obligatoriska” muntliga förhandlingar i RB 26:15. I dag räcker ett påstående om att den muntliga bevisningen bedömts felaktigt för att en muntlig förhandling där bevisningen tas upp på nytt ska ordnas. Enligt lagen räcker ett ogrundat påstående om att en bevisperson ljuger för att hovrätten ska bli tvungen att ordna en muntlig förhandling i bevisupptagningens syfte. Genom att kräva att den som överklagar framför några grunder för varför hon eller han anser att bevisningen värderats fel kunde man höja lite på tröskeln för att öppna bevisfrågan för en ny granskning. På så sätt kunde man minska problemen med att muntliga förhandlingar ordnas i ”fel” mål. Hovrätten kunde alltså först pröva om klaganden framfört omständigheter som påkallar att bevisningen tas upp på nytt. I viss mån har den reviderade sällningen inneburit en förbättring, eftersom ett rent påstående om fel i bevisvärderingen inte längre räcker för att målet ska passera sällningen.

I finsk praxis verkar tilltroparagrafen vara något speciellt, något man inte vill rucka på. Därför kan det vara svårt att ändra på den här bestämmelsen. Hittills har man försökt ändra på tolkningen av den här principen utan att ändra på själva principen genom att införa sällning och genom att försöka ändra på bestämmelsen om sällning. Den tolkning främst Rasilainen förespråkat innebär att en sådan här justering av bestämmelserna om tilltro redan skett genom att sällningen infördes och att man måste göra tolkningen till en del av lagen genom att ändra på bestämmelsen om sällning.⁹ Däremot verkar Rasilainen och många andra inte redo att göra ändringar i RB 26:15 som innehåller själva bestämmelsen.

Genom att ändra på den muntliga förhandlingen kunde man uppnå stora fördelar. Problemet är att det kan innebära stora svårigheter att såväl ändra på praxisen som att åstadkomma en lagändring. Trots svårigheterna kunde detta vara en mycket fruktbar väg att gå ifall den lyckas.

Om man lyckas utveckla de muntliga förhandlingarna så att de blir bättre redskap för handläggningen av mål är slutresultatet förhoppningsvis även en ökad användning av dem och en förändrad syn på dem. Detta skulle innebära att muntliga handläggningar inte längre sågs som ett nödvändigt ont, utan som ett bra redskap för att handlägga många typer av mål. En muntlig förhandling borde ses som höjdpunkten av en rättegång där domstolen kan diskutera med rättegångsombuden om intressanta och viktiga frågor. Muntligheten bör även ses

⁹ Se Rasilainens åsikter i DL 2004, 296–197 och 940–941.

som ett tillfälle att få parterna att förlikas. Samtidigt betyder det att man ser funktionerna, principerna och ledstjärnorna i ett nytt ljus. Tvistlösningen sker bäst genom att parterna uppfattar att domstolen lyssnar på dem, då upplever de att de får en tillräcklig möjlighet att driva sin talan och att förfarandet är juste. Muntligheten och omedelbarheten är alltså ett steg i denna riktning. Tillförliten till domstolarnas verksamhet ökar också. Ibland kan en muntlig, koncentrerad rättegång vara snabbare eftersom målet då handläggs med en gång.

13.2.4.2 Valet mellan muntlighet och skriftlighet

En ny syn på muntligheten får dock inte leda till att man övergår från en skepsis mot muntliga förhandlingar till en övertro på deras möjligheter. En balansgång är nödvändig, eller med Gomards ord som kritiserar den danska *retsplejelovent* för att den ”er præget af reformatorerne's nuancerede tro på de moderne retsprincipper, bl.a. mundtlighedsprincippet.”¹⁰ I de länder där muntliga förhandlingar infördes för cirka hundra år sedan är möjligheterna till skriftliga handläggningar oftast mycket strikta. Därför har man i såväl Norge som Tyskland infört nya möjligheter att handlägga målen skriftligt. Hos oss finns det ingen orsak att följa den här trenden eftersom utgångsläget är något helt annat. Däremot är det viktigt att följa trenden att öka möjligheterna till en muntlig handläggning av överklagande av beslut. Detta återspeglar nämligen behovet av att luckra upp gränsen mellan muntlighet och skriftlighet. Hos oss har Laukkanen fäst uppmärksamhet vid behovet av fler muntliga förhandlingar och en behovet av en större flexibilitet mellan muntlighet och skriftlighet.¹¹ Han är en av de få som insett de möjligheter flexibilitet kunde innebära och att en sådan flexibilitet förutsätter delvis ökad muntlighet.

Valet mellan muntlighet och skriftlighet ska ske på basis av en bedömning av både hur väl grundpelarna uppfylls och hurdan balansen mellan fördelar och nackdelar med olika handläggningsformer blir för det aktuella målet. Detta betyder att domstolen måste fästa uppmärksamhet vid grundpelarna och särskilt de grundläggande principerna om en juste rättegång och rätten att driva sin talan. Handläggningen bör stå i rimlig proportion till intresset i målet och måste vara försvarlig i förhållande till målets art och betydelse. Därtill bör domstolen noga väga fördelarna och nackdelarna med de olika handläggningsformerna mot varandra.

Flexibiliteten innebär att domstolen i varje enskilt fall måste avgöra om den valda handläggningsformen passar det enskilda målet i fråga. Om valet mellan muntlighet och skriftlighet fungerar kan t.ex. mål där ett beslut överklagats vid

¹⁰ Gomard 2003, 410.

¹¹ KB 2001:10, Laukkanens avvikande åsikt.

behov handläggas i en muntlig förhandling. Detsamma gäller mål där endast rättsfrågan överklagats, men där en diskussion om rättsfrågan kan vara det mest lämpade sättet att avgöra målet. Gränsdragningen mellan muntlighet och skriftlighet beror naturligtvis i hög grad på vilken handläggningsform som anses vara den primära. Om utgångspunkten är en skriftlig handläggning bör möjligheterna till muntlig handläggning ökas och vice versa. En sådan flexibilitet förutsätter att parternas önskemål beaktas, vilket i sin tur förutsätter att domstolen aktivt kommunicerar med parterna och ställer frågor om deras inställning till handläggningsformen.

Flexibiliteten förutsätter alltså att domstolen granskar valet av handläggningsform och omfattningen av handläggningen ur många olika synvinklar och väger olika synpunkter mot varandra. Domstolen måste fästa stor vikt vid såväl de enskilda parternas behov och önskemål som de behov rättssystemet som helhet har. Pilotmål och mål av principiell karaktär förtjänar mera resurser än enkla, rutinmässiga mål. Detta betyder att handläggningsformen bör dryftas mera ingående än vad fallet är nu.

13.2.4.3 Möjligheter till ökad flexibilitet

Då hovrätterna nått tillräckligt långt i utvecklingen av muntliga handläggningar och då muntliga handläggningar blivit vanligare är det möjligt att övergå till en större flexibilitet i valet mellan muntlighet och skriftlighet. De metoder jag anser vara värda att utvecklas är blandad handläggningsform och minihandläggningar.

Förutom möjligheten att flexiblare välja den handläggningsform som är bäst lämpad för det enskilda målet borde möjligheterna att handlägga målen i ett blandat förfarande ökas. Låt oss säga att ett mål om skadestånd har överklagats såväl i fråga om den juridiska bedömningen av om skyldighet att betala skadestånd föreligger och i fråga om det eventuella skadeståndets belopp. Parterna är alltså överens om det händelseförlopp i vilket skadan uppkom, men inte den juridiska bedömningen av den. Ifall muntlig bevisning har en central ställning i avgörandet av skadeståndets belopp handläggs ofta hela målet i en muntlig förhandling i dagens läge i Finland.

Större flexibilitet skulle innebära att bevisfrågor om hur skadan uppkommit inte tas upp, eftersom det inte överklagats. Frågan om den juridiska bedömningen kan avgöras i en uteslutande skiftlig handläggning, eller så kan parterna beredas tillfälle att framföra sina argument under den muntliga handläggningen. Ofta skulle det dock antagligen vara allra effektivast ifall den muntliga handläggningen hölls först efter att domstolen fattat beslut om skadeståndsskyldigheten. Då kunde den eventuella muntliga förhandlingen koncentrera sig på endast de omständigheter och argument som är relevanta vid bedömningen

av skadeståndets belopp. Därmed kunde alltså ett och samma mål handläggas på många olika sätt så att de enskilda delarna handlades i olika förfaranden. Valet av handläggningsform borde i sådana här fall i första hand bero på ändamålsenlighetssynpunkter, men även på hur juste och försvarlig rättegången blir beroende på vilken handläggningsform som väljs.

Med minihandläggningar avser jag detsamma som Gulating lagmannsrett i Bergen, där man infört ett försök med frivilliga förkortade muntliga sammanträden. Om parterna ger sitt samtycke till att omfattningen av den muntliga förhandlingen begränsas kunde målet handläggas snabbare. Beroende på målets art och omfattning kunde den muntliga förhandlingen begränsas till en halv dag eller till en dag, och såväl parterna som domstolen skulle spara tid. Därmed kunde man ordna fler muntliga förhandlingar. Domstolen skulle också vinna på att den vet hur lång tid handläggningen tar i anspråk och därmed använda sina resurser effektivare.

En ökad flexibilitet betyder också att domarna borde få ett redskap för att avgöra hur flexibiliteten ska förverkligas och hur olika synpunkter ska vägas mot varandra. Det är viktigt att de flexibla normerna ger klara direktiv om vad som är huvudregel och under vilka omständigheter det är möjligt att avvika från dem. Lagstiftaren bör också ange vilka synpunkter som ska beaktas som helhet då domstolen avgör hur målet ska handläggas. Den norska proportionalitetsprincipen är ett verktyg genom vilken lagstiftaren försökt definiera de synpunkter som ska beaktas och som domaren bör använda i sitt beslutsfattande. Samtidigt fungerar den som mätsticka, något man kan spegla det enskilda avgörandet om handläggningsform mot och avgöra om handläggningen av ett mål eller en fråga är godtagbar. Flexibilitet förutsätter också ett närmare samarbete med parterna och att deras åsikter beaktas. Därmed borde utformningen av handläggningen åtminstone delvis ske i samförstånd med parterna.¹²

Att införa sådana här möjligheter förutsätter alltså ett förarbete som tar flera år i anspråk. Flexibilitet förutsätter att hovrätterna är medvetna om vikten av att välja rätt handläggningsform och det ansvar ett flexibelt förfarande innebär. Framför allt förutsätter det en ökad betoning av parternas rättigheter och en förändrad syn på muntligheten.

¹² Det är intressant att jämföra diskussionen om parternas inflytande över handläggningen av målet med den tyska diskussionen om att eventuellt ersätta förhandlingsprincipen med kooperationsprincipen (*Kooperationsmaxime*). Enligt Greger (2000, 77) förnot 6) gäller inte *Kooperationsmaxime* i dag i tysk rätt, även om diskussionen om principen influerat den tyska civilprocessrättsliga dogmatiken. Det finns dock även personer som fortfarande talar varmt för införandet av principen, se t.ex. Kugler 2002, särskilt sidorna 70–77.

13.2.4.4 Slutsatser om ett flexibla förfarande

Det flexibla förfarandet har många fördelar att erbjuda, eftersom handläggningen av målet då kan anpassas till målets art, omfattning och betydelse. Samtidigt innebär en större flexibilitet att man måste arbeta hårt för att de nya principerna ska slå rot bland hela domarkåren och att såväl domstolarna som ombuden utvecklar sina arbetssätt för att kunna utnyttja de nya möjligheterna. Då domstolarnas prövning marginal växer, växer även den enskilda domarens ansvar för att rättegången är juste, försvarlig och proportionerlig och att den står i samklang med civilprocessens grundpelare.

Det skriftliga förfarandet har traditionellt varit mycket flexibelt i Finland. Enkla mål har kunnat handläggas med lite resurser, fiskalerna har ensamma kunnat förbereda målen och sedan ta upp dem till föredragnings med kort varsel. Många gånger har hovrätterna inte tillfogat nya motiveringar, utan använt en standardformulering. Om ett mål inte genast verkar vara utsiktslöst har målet ändå i ett senare skede av handläggningen kunnat avgöras på detta förenklade sätt. Det enda problemet har varit att utsiktslösa mål inte har avgjorts genast eftersom hovrätterna i princip ska avgöra målen i den ordning de kommer och beroende på hur brådskande målet är.

Den här flexibiliteten har i många fall varit möjligt att behålla trots att sällningen infördes. Visserligen har sällningen inneburit att behovet att använda en kort motivering minskat, eftersom utsiktslösa mål kan sällas bort. Samtidigt har sällningen inneburit att utsiktslösa mål kan gallras bort genast. Tack vare sällningen kan man i dag avgöra utsiktslösa mål snabbt och billigt.

Min åsikt är i varje fall att sällningen inte är det enda sättet att uppnå sådana här fördelar på. Det skulle också vara möjligt att införa ett snabbspår för utsiktslösa mål. Utsiktslösa mål kunde alltså avgöras snabbt om hovrättslagen innehöll en bestämmelse om att utsiktslösa mål kan gå förbi kön, och alltså behöver inte handläggas i den ordning de blev anhängiga. Därtill kunde ett påskyndat skriftligt förfarande innebära att allmänheten insåg att hovrätten tagit ställning till saken. I princip skulle ett förenklat skriftligt förfarande likna sällningen på många sätt, förutom att det skulle vara fråga om ett förfarande där avgörandet är materiellt. Ett sådant förfarande skulle på riktigt innebära att målen handläggs på olika sätt, inte bara vara en kamouflerad form av generell prövningstillstånd.

13.2.5 Gemensamma synpunkter

Det finns vissa synpunkter som är gemensamma för alla eller åtminstone flera av de fyra alternativen som presenterats ovan samt sällning. Eftersom synpunkterna är gemensamma tar jag upp dem här. På det sättet kan man tydligt se vad det finns för problem med att begränsa tillgången till den andra instansen.

13.2.5.1 Materiellt eller processuellt avgörande

Traditionellt har det funnits två olika typer av slutliga avgöranden i domstolen. Med dom avgörs själva saken, medan beslut har använts för att avgöra målet på processuella grunder.¹³ Följden av det här är att ett slutligt beslut innebär att domstolen enligt huvudregeln inte prövat målet i sak. Detta innebär att då ett beslut överklagas kan den följande instansen i princip inte avgöra målet själv eftersom det inte finns något avgörande i själva saken, utan den tvingas återförvisa målet. Om målet avgjorts med dom avgör den högre instansen själv målet i sak. Därmed minskar kostnaderna för att hantera målet och rättegången som helhet blir betydligt snabbare. Problemet med olika spärrar är att målet då avgörs med ett beslut, men att beslutet baserar sig på en bedömning av själva saken. Det är alltså fråga om ett beslut där själva saken avgjorts, alltså ett materiellt beslut i processuella kläder. Det här problemet är särskilt framträdande vid generellt prövningstillstånd, förkastande beslut och sållning eftersom mål då gallras bort främst ifall de är utsiktslösa, medan andra synpunkter väger mindre. Den andra instansen anser då *de facto* att underrätten kommit till rätt slutsats efter en preliminär prövning av målet. Ändå avslutas handläggningen med ett beslut, alltså ett processuellt avgörande. Då ett sådant här beslut överklagas på den grunden att den tredje instansen anser att den andra instansen bedömt själva saken felaktigt då den ansett att underrätten avgjort fråga riktigt, leder det till att den tredje instansen inte kan ändra avgörandet själv, utan måste återförvisa målet för ny handläggning.

I de fall då ett mål felaktigt gallrats betyder detta, i ett system där möjligheterna att överklaga ett sådant avgörande inte begränsats, att den totala handläggningen av målet tar mera resurser än ifall avgörandet skulle vara rent materiellt. Därtill betyder detta att allmänheten får den uppfattningen att den andra instansen inte prövat själva saken i de mål den gallrat. Sållningen har det här problemet eftersom målen avgörs med ett beslut. Om sållningen vore ett rent beslut om handläggningsordning skulle hovrätterna avgöra målen med en dom i stället för beslut och alla dessa problem skulle vara ur världen.

Man kan visserligen påstå att det här problemet inte är så stort. Problemet är helt enkelt att konsekvenserna av ett felaktigt beslut att gallra ett mål kan vara fatala för den som råkar ut för beslutet i fråga. Även domstolssystemet som helhet lider av detta problem. Därför är det skäl att noga överväga om det finns något sätt att undvika sådana här kvasiformella avgöranden till förmån för äkta materiella avgöranden. Detta problem existerar inte om det ursprungliga avgörandet som överklagas är ett beslut.

Frågan om avgörandets karaktär leder också till diskussionen om hur ett avgörande av ett mål kan överklagas. Jag går inte in på den här diskussionen desto

¹³ Närmare om skillnaden mellan domar och beslut, se t.ex. Lappalainen 2001, 348–350.

mera ingående, men konstaterar att det finns goda skäl för att på något sätt övervaka hur den andra instansen gallrar bort mål så att den inte gallrar bort mål på ett otillbörligt sätt. Det är viktigt att tolkningen av de normer som tillåter en gallring av mål är lika i alla domstolar av andra instans, så att målen avgörs lika oberoende av var målet blivit anhängiggjort. Samtidigt är det viktigt att minnas att en möjlighet att överklaga innebär att nyttan med gallringen blir mindre, eftersom parterna då kan fortsätta att satsa resurser på målet. I värsta fall överflödas följande instans av mål som gäller gallringen. Av de här orsakerna är det skäl att noga överväga möjligheterna att överklaga ett avgörande om att gallra ett mål.

13.2.5.2 En förstärkning av grundpelarna

På samtliga punkter ovan är vikten av att införa och förstärka principerna om rätten att driva sin talan och en juste rättegång en av de centrala faktorerna. De här två principerna måste alltså förstärkas oberoende av vilken lösning för tillgången till den andra instansen som väljs. I och med att även rättegången i tingsrätter har blivit mer flexibel finns det ett ännu större behov för att förstärka dessa två principer. I ett förfarande där den andra instansen *överprövar* avgöranden har domstolen en viss prövningsmarginal i fråga om hur förfarandet utformas. Detta förutsätter i sin tur att förfarandet är förutsägbart och rättvist, alltså juste och att parterna har tillräckliga möjligheter att driva sin talan. Det är alltså dags att fortsätta på den väg som Leppänen föreslog i sin avhandling, alltså att höja principerna om en juste rättegång och rätten att driva sin talan över alla andra principer.

Förutom dessa två principer finns det också vissa ledstjärnor som är gemensamma för alla alternativ. Dessa ledstjärnor är främst tillförlitlighet och flexibilitet. Kravet på tillförlitlighet förutsätter att en vanlig medborgare förstår att hovrätterna prövar målet i sak även om målet avgörs i ett gallringsförfarande. Kraven på ökad flexibilitet resulterar i att hovrätterna måste ta ett större ansvar för att rättegångsförfarandet ska stå i en rimlig proportion till målet i fråga och till att de övriga kraven i grundpelarna, principerna i synnerhet, förverkligas.

Överlag kunde man säga att domstolarna bör granska målen inte bara ur sin egen synvinkel, utan även ur parternas och rättssystemets synvinkel. En helhetsbedömning av vad parterna och samhället har rätt att förvänta sig av domstolen och handläggningen av målet är central då man fattar beslut om handlägningsordningen. Förfarandet måste ses som en helhet där målet och de intressen som aktualiseras i målet även bildar en helhet. Helhetsbedömningen är viktigast. Det är också viktigt att komma ihåg att det finns många olika typer av tvistemål och att förfarandet alltid måste anpassas enligt vilken typ av mål det är fråga om.

Det här kan man också se i den Europeiska mänskorättskonventionen och i Europarådets rekommendation om rättegången i tvistemål i de högre instanserna. En juste handläggning och en möjlighet att effektivt driva sin talan som helhet är utgångspunkten även för mänskorättsdomstolen. Rådet uppmuntrar dessutom till en proportionerlig handläggning. Enligt mänskorättsdomstolen beaktas också de högre instansernas resurser vid avgörandet av om handläggningen är rimlig, vilket betyder att den andra instansen kan ha en relativt stor prövningsmarginal. Prövningsmarginalen får utnyttjas så länge slutresultatet är rimligt.

13.3 DE LEGE FERENDA

13.3.1 Utgångspunkter

Det följande skedet på vägen mot en mera ändamålsenlig rättegång i den andra instansen är att diskutera vilka konsekvenser de olika alternativen för med sig.

Jag har diskuterat fyra olika rättssystem varav alla befinner sig på olika sidor av ett brytningsskede. I Tyskland har civilprocessen nyligen genomgått en omfattande reform, vars följder håller på att utvärderas. I samband med reformen genomgick rättsmedlen en omfattande reform. Men diverse ”hjälpmedel”, alltså inte vanliga rättsmedel, är fortfarande i behov av en reform. Norge har genomgått en kanske ännu mera genomgripande reform där den 90 år gamla lagen skrivs helt om. I Finland har vi gjort vissa smärre ändringar i civilprocessen, men för hovrätternas del har utfallet inte varit särskilt lyckat. Sverige står i sin tur inför en mindre modernisering av rättegångsförfarandet. Det gemensamma draget för alla dessa reformer är en ökad flexibilitet och större möjligheter att gallra mål.

För Finlands del tror jag att en mera genomgripande ändring av förfarandet i den andra instansen är den enda möjligheten, även om det bara är knappt tio år sedan den föregående reformen. Den senaste ändringen av bestämmelserna i RB 26 kap. visar att sällningen är en ohållbar väg som borde överges till förmån för bättre alternativ. Det finns även skäl för att utveckla arbetsmetoderna och tänkesätten. På sätt och vis innebär det här en återgång till ruta nummer ett och till ett tomt bord. Det gällande förfarandet är otillfredsställande på så många olika sätt att det finns skäl för att sopa bordet rent och vara beredd att acceptera även mera omfattande och genomgripande ändringar.

13.3.2 En värdering av alternativen

I mitt tycke skulle det löna sig för den finska lagstiftaren att blicka västerut mot Norge. Men i stället för att försöka kopiera själva lagstiftningen och vissa para-

grafer skulle det vara skäl att noggrannare bekanta sig med såväl det norska domstolsväsendet som utgångspunkterna för den föreslagna reformen såsom de framställs i *tvistemålsutvalgets* betänkande.¹⁴ En inblick i den norska civilprocessen tydliggör en kultur där domarna och advokaterna har en stark roll och förfarandet är huvudsakligen muntligt. Norge är ett exempel på ett land där den muntliga förhandlingen i de flesta mål ses som den mest intressanta delen av målet. Norge visar också hur ett annat nordiskt land, med stor yta och liten befolkning, har utvecklat ett förfarande som är radikalt annorlunda.

Den norska lagstiftarens utgångspunkter är också helt annorlunda. Försvarlighet och proportionalitet, vilka är förutsättningarna för en acceptabel och flexibel rättsgång, är självklara utgångspunkter för utvecklingen av civilprocessen. Samtidigt har flexibiliteten och rättssäkerheten också fått en stor tyngd. Dessa principer kunde också anammas hos oss. De är lättare att anamma trots stora skillnader i själva förfarandet eftersom de inte direkt styr valet av förfarandet i det enskilda fallet.

När det gäller de enskilda bestämmelserna och utformningen av lagtexten är jag inte till alla delar övertygad om att det lönar sig att anamma allt det norr-männen gjort. Det här gäller framför allt förslaget om förkastande beslut, *nek-telse*, som passar in endast i system med huvudsakligen en muntlig handläggning av målen.

Utgående från diskussionen ovan kan man säga att generellt prövningstillstånd är förbundet med få fördelar och många potentiellt viktiga nackdelar. Därför anser jag inte att det är någon idé att införa generellt prövningstillstånd trots de svenska planerna på ett sådant institut. Ändå anser jag att den föreslagna svenska modellen skulle vara bättre än sållning.

Eftersom vårt system bygger på att de flesta målen avgörs i ett uteslutande skriftligt förfarande är förkastande beslut inte en reell utgångspunkt. Först om andelen mål som helt eller delvis handläggs i ett muntligt förfarande ökar kan man diskutera förkastande beslut.

Eftersom jag inte anser att det finns några betydande fördelar med att behålla det gällande finska systemet eller en modifierad form av det är de enda egentliga alternativen prövningstillstånd av skandinavisk modell eller ett flexiblere förfarande. Det förstnämnda är enklare att genomföra, men är förbundet med vissa problem som diskuterats ovan. Ett flexibelt förfarande förutsätter däremot genomgripande förändringar på ett ideologiskt plan och att arbetsmetoderna vid hovrätterna utvecklas kraftigt under de kommande åren. Om en sådan utveckling lyckas är det flexibla förfarandet antagligen det mest fördelaktiga.

¹⁴ NOU 2001:32.

13.3.3 Rekommendationer *de lege ferenda*

I ljuset av hovrätternas funktioner som instanser som bidrar till tvistlösning genom ett ändamålsenligt förfarande och medling och till utvecklingen av rättssystemet främst genom förenhetligandet av rättspraxisen, är det viktigt att hovrätterna tar ansvar för att målen handläggs i en tillräcklig omfattning och på ett lämpligt sätt. Eftersom fokusen ska läggas på att överpröva mål bör hovrätterna ändå minska på handläggningen. Av den här anledningen är det viktigt att inse att rättegången i den andra instansen alltid är en balansgång mellan vad som är en tillräckligt omfattande och försvarlig handläggning och vad som är en alltför omfattande handläggning. Utgångspunkten för den andra instansen måste därför vara en förstärkning av de civilprocessrättsliga principerna och ledstjärnorna.

Rent konkret kunde ett av de första stegen i mitt tycke vara en utveckling av den muntliga handläggningen så att de muntliga handläggningarna eventuellt kunde öka i antal, men samtidigt bli mera fokuserade på de delar av målet som överklagats. De muntliga förhandlingarna skulle utvecklas i en riktning mot att endast relevanta, alltså omstridda delar av tingsrättens avgörande skulle tas upp. Samtidigt kunde blandade handläggningsformer öka.

På så sätt skulle den muntliga handläggningen bli ändamålsenligare och stå i bättre proportion till målen. Vidare kunde gränsdragningen mellan muntlig handläggning och skriftlig handläggning luckras upp.

Efter det här kunde man övergå till att utveckla spärrear om sådana fortfarande anses vara nödvändiga. Här är det viktigt att hålla tvistemål och brottmål isär och analysera båda grupperna för sig. I fråga om tvistemål skulle det finnas ett behov av att se skilt på vanliga tvistemål och ansökningsärenden, på dispositiva mål och indispositiva mål, på vanliga mål och familjemål.

Om det fortfarande fanns ett behov av att utveckla spärrear kunde man börja med att fundera på att utveckla en spärri i stil med modellen för förkastande beslut, men som skulle lämpa sig för mål som handläggs i skriftligt förfarande. Orsaken är att jag tror att det kan ta länge innan muntliga förhandlingar blir huvudregeln också hos oss. Vid utvecklingen av ett sådant förenklat skriftligt förfarande som skulle leda till att utsiktslösa mål snabbt kunde gallras är det viktigt att tänka på vilka mål som skulle fastna i spärren och om ett avgörande om att gallra mål ska vara materiellt eller processuellt och vilka konsekvenser detta val har. Alternativt kunde man överväga att införa prövningstillstånd för småmål. Då är det viktigt att överväga var gränsen för småmål går och vad man gör med mål där det huvudsakliga intresset inte är ekonomiskt.

Allt det här grundar sig på en lite förändrad syn på civilprocessens grundpelare såsom jag förespråkade tidigare i avhandlingen och på en skilsmässa mellan civilprocess och straffprocess. Dessa element är grunden på vilken hela rättegången i den andra instansen byggs i tvistemål.

Tiivistelmä

Anna Nylund

PÄÄSY TOISEN ASTEEN TUOMIOISTUIMIIN RIITA-ASIOISSA

Riitojen pääsy toisen asteen tuomioistuimiin on ollut ongelma lähes kaikissa länsimaissa jo jonkin aikaa. Ongelman ytimenä on se, miten voidaan rajoittaa riitojen valitusoikeutta tuomioistuinten työtilanteen parantamiseksi siten, ettei samalla rikota oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Suomessa asia on erittäin ajankohtainen, sillä tyytymättömyys hovioikeuksien toimintaan ja toimintaympäristöön on laajaa seurantamenettelystä huolimatta. Tästä syystä on mielenkiintoista tutkia, miten pääsyä toisen asteen tuomioistuimiin voidaan rajoittaa, jotta toiseen asteen tuomioistuimet voisivat kohdentaa voimavarojaan järkevästi, mutta kuitenkin siten, ettei rikota tärkeitä siviiliprosessuaalisia lähtökohtia.

Luvussa 1 määritellään ja rajataan väitöskirjan tutkimusongelma, sekä sijoitetaan ongelma oikeudelliseen kenttään. Luvussa käsitellään myös tiettyjä terminologiaa ja lähteisiin liittyviä kysymyksiä.

Luku 2 koostuu väitöskirjan teoreettisista ja menetelmällisistä lähtökohdista. Tutkimuksessa käytetään lähtökohtaisesti normatiivis-kriittistä lähestymistapaa. Väitöskirja perustuu löyhästi kriittisen oikeuspositivismiin, mutta ei sitoudu kokonaan tähän teoriaan. Väitöskirja rakentuu siviiliprosessin ”peruspilareiden” varaan. Peruspilarit koostuvat siviiliprosessin funktioista, periaatteista ja johtotähdistä. Siviiliprosessin johtotähdet koostuvat siviiliprosessille asetetuista vaatimuksista, jotka liittyvät sen ”hyvyyteen” välineenä, kun taas siviiliprosessioikeudelliset periaatteet ovat normeja, joiden taustalla on itseisarvo. Metodologisesti tärkeään asemaan nousee oikeusvertailu ja varsinkin oikeudellisia siirrännäisiä koskevat ongelmat.

Euroopan ihmisoikeussopimus lisäpöytäkirjoineen ja Suomen perustuslaki asettavat myös rajat menettelylle ja pääsulle toisen asteen tuomioistuimiin. Koska varsinkin ihmisoikeussopimusta on hankala tulkita, paneudutaan luvussa 3 ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön ja sen vaikutuksiin riita-asioissa. Samalla on todettava, että myös Suomen perustuslaki on suhteellisen väljästi kirjoitettu ja siten vaikeasti tulkittavissa.

Luku 4 luo historiallisen katsauksen hovioikeuksien funktioihin eri aikoina ja hovioikeuslaitoksen yleiseen kehitykseen. Historiallinen taustan avulla hovioikeusmenettelyn nykyiset ongelmat voidaan sijoittaa historialliseen kontekstiin ja huomata niiden osittainen muuttumattomuus.

Hovioikeuksien toivottuja tehtäviä tarkastellaan luvussa 5. Siviiliprosessin rooli yhteiskunnassa on muuttunut voimakkaasti 1900-luvun aikana, eikä meillä Suomessa ole käyty kovin vilkasta keskustelua siviiliprosessin toivotuista funktioista. Eri oikeusasteiden funktioita ei myöskään ole aiemmin tarkasteltu erillään yleisistä funktioista.

Luvussa 6 keskustelun kohteeksi nousevat siviiliprosessioikeudelliset periaatteet. Periaatteista tarkastellaan lähinnä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatetta, kontradiktorista periaatetta sekä suullisuuden, välittömyyden ja keskityksen muodostamaa kolmoisperiaatetta. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatetta ei käsitellä pelkästään Euroopan ihmisoikeussopimuksesta tulevana normina, vaan myös suomalaisen oikeusjärjestelmän sisältä tulevana normina, ja sille annetaan tarkempi ja hieman suppeampi sisältö kuin mitä sillä on ihmisoikeussopimuksen yleisnormina. Kontradiktorista periaatetta käsitellään väitöskirjassa uudella tavalla. Se saa myös uuden, saksalaisesta prosessioikeudesta johdetun nimen, rätten att driva sin talan, eli oikeus ajaa omaa asiaa. Kolmoisperiaatettakin lähestytään väitöskirjassa uudella tavalla. Kaikkia kolmea, väitöskirjan teeman kannalta tärkeää, periaatetta tarkastellaan sekä yleisesti että erityisesti toisen asteen tuomioistuinten kannalta.

Siviiliprosessin johtotähdet, eli siviiliprosessin kolmas peruspilari, ovat keskustelun kohteena luvussa 7. Perinteisten nopeuden, halpuuden ja varmuuden rinnalle nousevat uusiksi johtotähdiksi luotettavuus ja joustavuus. Myös johtotähtiä tarkastellaan erityisesti toisen asteen tuomioistuinten kannalta. Seitsemäs luku päättää väitöskirjan teoreettisen osan.

Luku 8 koostuu kolmesta osasta. Ensimmäisessä osassa keskustellaan yleisesti hovioikeusmenettelystä riita-asioissa. Tarkastelussa käytetään lähinnä perinteistä oikeusdogmaattista lähestymistapaa. Luvun toisessa osassa tarkastellaan tarkemmin seulontamenettelyä ja seulontasäännösten soveltamista. Oikeudenkäymiskaaren 26 luvun 2 §:ää on tunnetusti ollut vaikea soveltaa. Tässä yhteydessä keskustellaan eri tulkintavaihtoehdoista ja niihin liittyvistä ongelmista. Näkökulma on kriittinen. Tämän jälkeen siirrytään pohtimaan seulontamenettelyn ongelmien syitä sekä sitä, miten ne voitaisiin ratkaista. Lisäksi seulontaa verrataan siviiliprosessin ja toisen asteen tuomioistuinten peruspilareihin. Vastaako seulonta hovioikeusmenettelylle asetettuja vaatimuksia, vai haittaako se liiallisesti pääsyä hovioikeuksiin? Luvun lopussa luodaan myös katsaus seulontamenettelyyn esitettyihin muutoksiin.

Luvuissa 9–11 käsitellään Ruotsin, Norjan ja Saksan oikeutta. Ruotsi on pitkään toiminut esimerkkinä ja ideasampona Suomelle. Hovioikeusmenettelyn osalta maidemme välillä on kuitenkin merkittäviä eroja, vaikka toisaalta järjestelmät ovat suhteellisen samankaltaisia. Luvussa tarkastellaan hovioikeusmenettelyä yleisesti ja valituslupamenettelyä erityisesti. Lisäksi keskustelun kohteeksi nousevat hyväksytyt muutokset valituslupamenettelyn laajentami-

seksi Ruotsissa. Kysymys kuulukin: onko ruotsalainen valituslupajärjestelmä sittenkään kovin erilainen kuin suomalainen seulonta?

Norja on viime vuosina näyttänyt syrjäyttävän Ruotsin Suomen esimerkki-maana. Kuitenkin norjalaisen prosessioikeuden tuntemus on meillä ollut perinteisesti ohuehkoa. Norjassa astui alkuvuodesta 2006 voimaan uusi siviiliprosessilaki. Laki merkitsi siviiliprosessin perinpohjaista uudistusta. Myös menettelyä toisen asteen tuomioistuimissa uudistettiin. Luvussa annetaan yleiskuva menettelystä toisen asteen tuomioistuimissa. Sen jälkeen paneudutaan erityisesti valituslupamenettelyyn ja silning-menettelyyn, jonka väitetään olevan seulonnan esikuvana. Norjalainen siviiliprosessi tuottaa monta yllätystä suomalaiselle juristille.

Saksassa siviiliprosessi koki tähän asti suurimmat uudistukset 1.1.2002. Uudistukset, jotka ovat pitkälti samansuuntaiset kuin Norjassa, ovat siis olleet voimassa jo jonkin aikaa. Tästä syystä Saksan on erittäin mielenkiintoinen vertailukohde. Myös Saksan osalta esitys alkaa yleiskatsauksella. Tämän jälkeen keskustellaan tarkemmin keinoista, joilla pääsyä toisen asteen tuomioistui-miin on rajattu. Saksassa rajoitukset ovat olleet vilkkaan keskustelun kohteena ja niistä on jo olemassa oikeuskäytäntöä. Samalla on kertynyt käytännön kokemusta siitä, miten rajoitukset ovat vaikuttaneet menettelyyn. Saksa osoittautuu yllättävän moderniksi ja mielenkiintoiseksi tutkimuskohteeksi.

Luvussa 12 Ruotsin, Norjan ja Saksan tarjoamia malleja verrataan keskenään. Kahdesta keskeisimmästä mallista luodaan puhtaat mallit, jotta malleja olisi helpompi käsitellä ja verrata keskenään. Samalla puhtaista malleista saa selemmän kuvan kuin tiettyyn oikeusjärjestelmään tiukasti kytköksissä olevasta mallista. Luvun lopussa verrataan suomalaista hovioikeusmenettelyä ja seulontaa riita-asioissa kolmen muun maan järjestelmiin ja puhtaisiin malleihin.

Viimeisessä luvussa keskustellaan eri vaihtoehtoista ratkaista Suomen ongelmat. Tarjolla olevien puhtaiden mallien ja muiden ratkaisuiden lisäksi luodaan pari uutta vaihtoehtoa, joita puolestaan tarkastellaan siviiliprosessioikeuden peruspilareiden valossa. Mitkä ovat eri järjestelmien heikkoudet ja vahvuudet ja miten ne sopisivat Suomeen? Väitöskirja päättyy ehdotuksiin de lege ferenda.

Abstract

Anna Nylund

ACCESS TO THE SECOND COURTS IN CIVIL LITIGATION

Almost all western European countries face challenges of access to the second courts. The problem of how to restrict access to the second courts in order for the courts to be able to focus on essential cases is neither new, nor rare. At present, the question is of vital importance in Finland as dissatisfaction with the current procedure in the second courts is wide spread.

In chapter 1 the research problem and its context are introduced and defined. Some terminological questions are addressed.

The conceptual, theoretical and methodological foundations of the thesis are laid in chapter 2. The theoretical framework evolves, on the one hand, from the nature of legal principles, and on the other hand, from the theory of critical legal positivism. In the thesis a distinction is made between principles and another category of fairly closely related aspects which could be called “guiding-stars”. The methodology applied in the thesis could be described as normative-critical jurisprudence, drawing on comparative law. In the part discussing methodology, the focus is on problems concerning comparative law in general and legal transplants in particular.

The framework of alternative ways of regulating access to the second courts is formed within the realms of the European Convention on Human Rights and the Finnish constitution. As the focus has generally been on criminal matters, there are many open questions regarding civil litigation and access to the second courts. Thus, an analysis of both sources of restriction is done in chapter 3.

In chapter 4, the historical development of the second courts in Finland is discussed. The focus is especially on the functions of and access to the second courts in civil litigation.

The problem of limiting access to the second courts is approached from within civil litigation. In the thesis, restrictions arising within civil litigation are investigated. Three categories of standards or mainstays of civil litigation are identified.

The first category is the functions of civil litigation, which are discussed in chapter 5. The discussion about these functions has regrettably not been a lively one in Finland, even though civil litigation is facing new expectations.

The second category consists of civil litigation principles. In chapter 6 the

main focus is on three principles. The principle of fair trial is discussed both from an international point of view and from a comparative point of view, drawing examples from other Nordic countries and Germany. The principle of the right to present one's case, originating in German law, is discussed as a possible legal transplant. Additionally, the triple principle of orality, immediacy and concentration is analysed as a complex and multifaceted norm.

In chapter 7, the guiding-stars, i.e. the issues relating to civil litigation as an appropriate tool for dispute resolution, are examined. In addition to promptness, certainty, and inexpensiveness, reliability and flexibility are discussed.

The current and proposed Finnish legislation concerning the procedure in the second courts in general, and access to the second courts in particular, is analysed in chapter 8. The rules concerning *seulonta* (screening), which is the main way of restricting access to the second courts, are difficult to interpret due to their problematic relation to rules about oral hearings. The rules were drafted swiftly; consequently, the analysis of the situation was insufficient. The wording of the rules gives the impression that *seulonta* is an alternative procedure instead of a hindrance to regular proceedings in the second court. Consequently, the rules can be interpreted in several different ways, posing problems to the courts. The question is also: is *seulonta* in concord with the mainstays of civil litigation identified in the thesis?

In chapters 9, 10 and 11, Swedish, Norwegian and German law are respectively discussed. All three countries have recently made amendments to rules about access to the second courts. Each chapter commences with a general presentation of the proceedings in the second courts. After that, the focus turns to the ways in which access to full proceedings is restricted in each country.

The procedure in Sweden is fairly similar to Finland except a leave to appeal is needed for small claims. The proposed changes are also interesting as they seemingly take Sweden on a very different path than Finland. The important questions are how much Swedish law actually differs from Finnish law and how the proposed changes affect the situation.

Swedish law has been abandoned in favour of Norwegian law as a source for new conceptions and solutions to problems. *Seulonta* is supposedly taken from Norwegian law, but the question remains how truthful this claim is. Norwegian civil litigation is highly interesting, as it has recently undergone fundamental changes beginning in January of 2006. Also, there are a surprisingly high number of differences between Norwegian and Finnish law; accordingly, the axiom of similarity between Nordic countries can be questioned in this particular case.

In turn, German lawyers already have a few years experience of proceedings based on similar premises and solutions as in Norwegian law. German law is interesting both as a source of information about the impact of the reforms and as a source for new conceptions and ideas about how second courts could

handle cases. Germany has already some experience of a system similar to the Norwegian *silning*, making it an interesting object of comparison. Further on, the lively discussion about the recent changes means Germany cannot be disregarded in a discussion *de lege ferenda*.

In chapter 12, the different ways of restricting access to the second courts in Swedish, Norwegian and German law are compared. Pure models of the principal institutions are developed as a tool to analyse related institutions in a non-national context. In order to find out whether there are any real differences between leave to appeal and other ways of dismissing cases without full investigation, the pure models are compared. Finally, the procedure in the second courts in Finland and *seulonta* in particular are compared with the countries mentioned above.

The final chapter is a synthesis and a final appraisal of the different alternatives arising from the pure models and other observations about proceedings in the legal systems examined. These alternatives are then scrutinised in the light of the mainstays of civil procedure, discussed in chapters 5–7, and of Finnish legal tradition, discussed in chapter 4, and of current problems, discussed in chapter 8. The thesis culminates in recommendations *de lege ferenda* on how to restrict access to the second courts without inappropriately restricting access to justice.

Rättsfallsregister

Finland

HD 2006:16	159
HD 2005:58	172
HD 2005:57	172
HD 2005:46	172
HD 2005:33	172
HD 2005:30	172
HD 2005:22	172, 186
HD 2005:21	172
HD 2005:13	172
HD 2005:12	172
HD 2005:11	172
HD 2004:117	163, 171–172, 190
HD 2004:116	159, 163, 172, 190
HD 2003:50	148
HD 2003:35	147, 148
HD 2002:35	150
HD 2002:32	144
HD 2002:29	151
HD 2001:116	144
HD 2001:16	148, 149, 150, 151
HD 2000:57	144, 146, 148, 151
HD 1999:107	109
HD 1999:82	151
HD 1997:99	109, 135
HD 1995:146	135
HD 1994:26.	107

Sverige

NJA 2003, 400	208, 211
NJA 2000, 575	207
NJA 1999, 709	206
NJA 1999, 92	209
NJA 1998, 417	206

NJA 1997, 825	207
NJA 1997, 520	208
NJA 1997, 281	208
NJA 1997, 121	202
NJA 1997, 3	208
NJA 1995, 502	208
NJA 1995, 362	208
NJA 1993, 512	208
RH 1999:23	206

Norge

Rt 2005, 1036	227
Rt 2004, 87	224
Rt 2004, 22	224
Rt 2003, 1150	221
Rt 1998, 482	227
Rt 1997, 168	225
Rt 1995, 1607	227
Rt 1992, 1666	227
Rt 1992, 532	218
Rt 1990, 137	227
Rt 1984, 1472	218
RG 2002, 977	228
RG 1994, 318	224
LB 2004-44371	221 (Opublicerat avgörande från Borgarting lagmannsrett av den 4 januari 2005)

Tyskland

BVerfGE 78, 126	96
BVerfG NJW 2003, 1924	253
BVerfG NJW 2003, 281	256
BVerfG NJW 1995, 3173	239
BVerfG NJW 1988, 2787	96
BVerfG NJW 1987, 1621	97
BVerfG NJW 1987, 1192	105
BVerfG NJW 1984, 2147	105
BGH NJW 2005, 1931	257
BGH NJW 2005, 680	248

BGH NJW 2003, 2105	258
BGH NJW 2003, 906	258
BGH NJW 1998, 2222	249
BGH NJW 1996, 2659	243
BGH NJW 1994, 392	243
BGH NJW 1993, 3206	239
OLG Koblenz NJW 2003, 2100	257
OLG Celle NJW 2002, 2400	256

Europeiska mänskorättsdomstolen

Airey mot Irland, serie A nr. 32, 09/10/1979	42, 123
Albert och Le Compte mot Belgien, serie A nr. 58, 10/02/1983	94, 115
Ankerl mot Schweiz, rapporter 1996-V, 23/10/1996	94
Axen mot Tyskland, serie A nr. 72, 08/12/1983	117
Jan-Åke Andersson mot Sverige, serie A nr. 212-B. 151	114, 143
Barberà, Messegué och Jabardo mot Spanien, serie A nr. 146, 06/12/1988	34
Bendenoun mot Frankrike, serie A nr. 284, 24/02/1994	107
Boulougouras mot Grekland, 27/05/2004	95
Brumarescu mot Rumänien, rapporter 1999-VII, 28/10/1999	92
Bönisch mot Österrike, serie A nr. 92, 06/05/1985	94
Delcourt mot Belgien, serie A nr. 11, 17/01/1970	23, 43
Dombo Beheer B.V. mot Nederländerna, serie A nr. 274, 27/10/1993	43, 93–94
Ekbatani: Ekbatani mot Sverige, serie A nr. 134, 26/05/1988	113, 114, 118
Elsholz mot Tyskland, Reports 2000-VIII, 13/07/2000	114, 115
Fejde mot Sverige, serie A nr. 212-C, 29/10/1991	114
Feldbrugge mot Nederländerna, serie A nr. 99, 29/05/1986	93, 95, 107
Fischer mot Österrike, serie A nr. 312, 26/04/1995	114, 115
Fredin (No. 2): Fredin mot Sverige, serie A nr. 283-A, 23/02/1994	114
Helmerts mot Sverige, serie A nr. 212-A, 29/10/1991	113
Håkansson och Sturesson mot Sverige, serie A No. 171-A	115
König mot Tyskland, Serie A nr. 27	122
Lithgow och andra mot Storbritannien, serie A 102, 08/07/1986	122
Mantovanelli mot Frankrike, Reports 1997-II, 18/03/1997	104
Monnell och Morris mot Storbritannien, serie A nr. 115, 02/03/1987	43–44, 113
Muyldermans mot Belgien, serie A nr 214-A, 23/10/1991, och kommissionens rapport i EHRR 15, 204	107, 114

The National & Provincial Building Society, the Leeds Permanent Building Society and the Yorkshire Building Society mot Förenade Kungadömen, rapporter 1997-VII, 23/10/1997	95
Nideröst-Huber mot Schweiz, rapporter 1997-I, 18/02/1997	104
Phocas mot Frankrike, Rapporter 1996-II, 23/04/1996	122
Ringeisen mot Österrike, serie A nr. 13, 16/07/1971	41
Ruiz-Mateos mot Spanien, serie A nr. 262, 23/06/1993	104
Scopelliti mot Italien, serie A. nr. 278, 23/11/1993	122
Sigurdur A. Sigurdjonsson mot Island, serie A nr. 2264, 13/06/1993	41
Soering mot Storbritannien, serie A nr. 161, 07/07/1989	41
Sotiris och Nikos Koutras ATTEE mot Grekland, rapporter 2000-XII, 16/11/2000	95
Sramek mot Österrike, seria A nr. 84, 22/10/1984	43
Stanford mot Förenade Konungadömet, serie A nr. 282-A, 23/02/1994	34
Stran Greek Refineries and Stratis Adreadis mot Grekland, Series A 301-B, 09/12/1994	95
Tierce och andra mot San Marino, (<i>Applications nos. 24954/94, 24971/94 and 24972/94</i>) 25/07/2000	115
Wemhoff mot Tyskland, serie A nr. 7, 27/06/1968	41
X mot Schweiz, D & R 9, s. 95	114
Young, James och Webster mot Storbritannien, serie A nr.44, 13/08/1981	41

Sakordsregister

<i>Access to court</i>	101–102
<i>Access to justice</i>	11, 27, 53, 121–122
Alternativ tvistlösning	11, 73
Andra instansen	
– allmänt	4–7
– funktion	6–7
<i>Anke</i>	217, 219–227
<i>Ankeerklæring</i>	218
Anslutningsöverklagande	
– Finland	137
– Norge	219
– Sverige	200, 210
– Tyskland	239, 243
<i>Anspruch auf ein faires Verfahren</i>	90, 92, 95–98, 110–111
<i>Anspruch auf rechtliches Gehör</i>	90, 101 ff., 110–111, 253–254, 257
Arbetsmetoder	55, 61, 154–155, 178–179
<i>Audiatur et altera pars</i>	89, 91, 102, 108
Avgörande	
– allmänt	158, 217
– beslut	158, 217
– dom	158, 217
– förkastande beslut	231–232, 258, 265, 269–271
– sällning	176
– typ av	301–302
Avvisa mål	139, 200, 219, 244
Bagatellmål	236, 251–252, 253–256
<i>Beneficium novorum</i>	7
<i>Berufung</i>	236–237
<i>Beschwerde</i>	236–237, 246
Besvär	se överklagan (rättsmedel)
Besvärsskrift	se överklagan (skrift)
Bevisning	112–113, 144 ff.
Bevisomedelbarhet	112
Bevisupptagning	150, 203, 249
Bevisvärdering	113, 147, 163, 203, 248–249
Billighet	123–124, 193, 215
Blandad handläggning	140, 297–300

Brottmål	1, 42, 59, 63, 145, 167, 180–182, 197, 231, 235, 272–273, 305
<i>De lege ferenda</i>	28, 30, 305
Delegationsprincipen	130
Dispositiosprincipen	24, 167
Domstolar	
– Norge	216–217
– Sverige	197–198
– Tyskland	235–236
Domstolens sammansättning	
– Finland	159, 176
– förminskad	159, 245–246
– Norge	217
– Sverige	204, 211
– Tyskland	245–246, 258
Dysfunktion	19
EMRD	42 ff., 91–92, 107, 113–116, 122, 143
EMRK	
– allmänt	40 ff.
– artikel 6	42 ff., 91–92, 107, 113–116, 122
– terminologi	41
– tolkningsprinciper	41–42
Enskild rättsskydd	se rättsskydd
<i>Equality of arms</i>	89–90, 93–95, 99, 108
<i>Fair hearing</i>	43, 89–90, 92–95, 114–115
<i>Fair trial</i>	89–90, 95, 99, 101, 193
Familjemål	206, 250
<i>Final judgement rule</i>	5
Flexibel handläggning	se flexibilitet
Flexibilitet	
– handläggning	1, 90, 185, 295–300
– ledstjärna	129–131, 194
Formell sanning	126
<i>Forum privilegiatum</i>	51, 54, 57
Fri bevisföring	112–113
Fri bevisvärdering	60, 88, 94, 112–113, 146–147
Frist att överklaga	
– Finland	133–134
– Norge	218, 226
– Sverige	198–199
– Tyskland	239, 246
Frivillig rättsvård	9

Fullföljdsanvisning	134
Funktion	
– allmänt	18–19, 67 ff.
– allmänt plan	74 ff., 78–79, 81
– andra instansens	6–7, 82–85, 190–191
– enskilt plan	69 ff., 78–79, 80–81
– kontroll	78, 82, 190–191
– rättsskapande	77–78, 82
– övergripande	68
Funktionell ekvivalent	31–32, 33
Förberedelse	
– Finland	138, 140 ff.
– Norge	219–223
– Sverige	198–201
– Tyskland	242–244
Förbud mot att överklaga	238, 251
Föredragande	153, 155, 205
Föredragning	153, 155–156,
Förfarandepincip	
– indelning	87–88
– grundläggande	88–89, 91
Förhör	
– förnyat	145, 164 189, 199–200, 204, 212–214, 223
– vittnes-	156–157, 204, 223–224
Förkastande beslut	
– allmänt	265, 291–292
– kriterier	231–233, 256–257, 292–293
– Norge	231–233
– renodlad modell	268–271
– tidpunkt för avgörande	231, 257
– Tyskland	256–259
– överklagande av	232, 258
Förlustvärde	159, 237–239
Förnyad bevisupptagning	se förhör
Försvarlighet	131, 215–216, 262, 274, 283, 292, 297, 299–300, 304, 305
Förutsägbarhet	96, 126–127, 130, 193, 267–269, 279, 287, 302
Gallringsmekanism	265–266
<i>Gehörsrüge</i>	237, 253–256, 258–259, 266
Grundpelare	18 ff., 302–303
Gråa mål	9, 166, 206

Handläggning	
– blandad	140, 297–300
– flexibel	1, 90, 185, 295–300
– muntlig	54–55, 62–63, 262, 272, 295–297
– skriftlig	272, 297–298
Handlingsdirigering	74–76, 190
Handläggningsordning	
– sållning	159, 185
– val av	139, 142
Handläggningstid	63, 181–182
Hjälpmedel	237
Idealtyp	
– förkastande beslut	268–271, 291–294
– prövningstillstånd	268–271, 283–289
Indispositiva mål	9, 125, 150, 156, 166, 206, 222, 287, 305
Inlaga	138, 200, 220–221, 225, 243–244
Inspelning	168–169, 199, 212, 262
Instansordning	5
Irritant	36–37
<i>Jura novit curia</i>	105–106, 107
Juste rättegång	90–91, 98–101, 191–192
Jämlikhetsprincip	100
Kallelse till muntlig handläggning	156
Klagande	134
Kommunikation	104–106, 131, 200–201, 221–222, 245, 266–267
Komparativ rätt	
– metoder	29–30
– val av objekt	32–33
Kompendium	
– Finland	155
– Norge	221
Komplettering av överklagan	138, 139, 199, 218, 243
Koncentrationsprincipen	111 ff., 192–193
Konfliktlösning	72–74, 190
Kontradiktoriska principen	89, 101–104, 110
Kontrollfunktion	52, 57, 188, 190–191, 198, 246
Kontrollinstans	211
Kritisk rättspositivism	16–17, 21
Kvalitet	25–26
Ledstjärna	
– allmänt	121 ff.

– gränsdragning	24–25
Legalitetsprincipen	91, 130
Materiell sanning	70–71, 125
Materiellt riktigt avgörande	70–71, 125–126, 174
Metapincip	88
Missnöjesanmälan	133–134, 198–199
Motbesvär	se anslutningsöverklagande
Motivering	
– förkastande beslut	232, 258, 270–271
– prövningstillstånd	211, 229, 251, 270–271
– sällning	159, 176
Motpart	134
MP-konventionen	1, 39–40, 42
Muntlig förhandling	
– allmänt	54–55, 62–63, 262, 272
– begränsad	295–298
– Finland	143–146, 156–157
– förlopp	156–157
– förutsättningar	114–115, 135, 143–144, 179–180, 183–184
– konsekvenser av	273–274
– möjligheter att neka	143
– Norge	223–225
– obligatorisk	144–145, 171, 179–180
– omfattning	180–182
– påskyndad	224–225
– Sverige	204
– Tyskland	245
Muntligt föreberedelsesammanträde	
– Finland	154
– Norge	220
– Sverige	201
– Tyskland	244
Muntlighetsprincipen	111 ff., 192–193
<i>Nektelse</i>	231–233, 274–275, 277–279
Omedelbarhet	
– bevis-	112–113, 116, 145, 151, 166, 168, 188
– förfarande-	111–115, 145, 183
Omedelbarhetsprincipen	111 ff., 165, 183, 188, 192–193
Plädering	156–158, 204–205, 224, 245
Prejudikat	175, 208, 251
Preklusion	
– Finland	135

– inom instans	135
– mellan instanser	135
– Norge	221–222
– Sverige	199
– Tyskland	247–248, 250
Processledning	107, 117, 215, 245, 296, 298–300
Proportionalitet	1–2, 130, 215
Prövningstillstånd	
– allmänt	184–185, 263–264, 283–291
– beslut om	210–211, 229, 289
– generellt	264, 289–291
– historisk	62, 64
– Norge	227–230
– partiellt	210
– renodlad modell	268–271
– Sverige	205–211, 212
– tidpunkt för avgörande	201, 212, 228–229
– tillståndsgrunder	207–210, 212, 263, 288–289, 290
– tillämpningsområde	205–207, 228–229, 263–263, 284–287
– Tyskland	251–253
– överklagan av	229
Pålitligt vittne	147
Referent	138, 153, 158, 204, 220
<i>Reformatio in pejus</i>	87
Rekommendationen om apellförfarande i tvistemål	1, 44 ff.
Redogörelse över fakta	220–221
Renodlad modell	
– förkastande beslut	268–271, 291–294
– prövningstillstånd	268–271, 283–289
<i>Rule of law</i>	93
Rätt att få uttalanden beaktade	108–109
Rätt att uttala sig	106–108
Rätt till information	104–106
Rättegångsfel	165–166, 173–174, 209, 228, 233, 241, 249
Rättegångsmaterial	
– nytt	7, 135
– i sällning	168
– åberopa	135
Rättelsefunktion	198, 246
Rätten att driva sin talan	91, 191–192
Rättsdogmatik	27–28

Rättsenhet	82–83, 208
Rättsfrid	70
Rättsfråga	164, 184
Rättskultur	16–17, 30–32
Rättskällelära	29, 34
Rättsmedel	
– allmänt	5–6
– <i>anke</i>	217, 219–227
– <i>Berufung</i>	236–237
– <i>Beschwerde</i>	236–237, 246
– besvär	246
– devolutiva	6
– Norge	217
– ordinära	6
– suspensiva	6
– uppkomst	49–50
– överklagande	133–134, 198
Rättsprincip	
– allmänt	19 ff.
– beslutsprincip	87
– förfarandepincip	87–88
– gränsdragning	20–21, 24–25
– gällande	21
– rollprincip	87
Rättsskydd	
– allmänt	74–75
– enskilt	69–72
Rättsstatprincipen	87, 98, 100, 110
Sakfråga	164, 184
Sammanfattning	136, 154
Sammanträde	se muntligt sammanträde
<i>Samtykke</i>	227–230, 277–280
Sanning	
– formell	126
– materiell	70–71, 125
Shackrutiga mål	9, 166, 206
<i>Silning</i>	2, 184, 279
Skriftligt förfarande	
– allmänt	272
– Finland	117
– flexibelt	297–298
– historiskt	56, 58

– Norge	225–226, 226–227
– Sverige	202
– Tyskland	246
Skriftväxling	
– Finland	141–142
– Norge	225–226,
– Sverige	201
Småmål	
– allmänt	284–286
– Norge	227
– Sverige	206
– Tyskland	238, 251–256
Snabbhet	122–123, 193, 215
Stridig rättsvård	9
<i>Summa apellabilis</i>	51
Svar	
– Finland	141
– Norge	219
– Sverige	200–201
– Tyskland	243–244
Sållning	
– allmänt	64–65, 139–140, 159 ff., 280–281
– beslut	176
– förhållande till muntlighet	170–172, 183–184, 188–189
– karaktär	169–170, 185–187
– motivering	176, 185
– rättegångsmaterial	168
Sållningströskel	162–166
Säkert	125–127, 193
Terapeutisk juridik	72
<i>Tertium copmarationis</i>	31
Tillförlitlighet	125 ff., 193–194
Tillitsprincipen	
– egentlig	150, 165, 187–188
– ny betydelse	164, 187–188
Tillstånd att överklaga	238, 251–253
Tilltro	145 ff., 170–172, 203, 248–249
Transplantat	36–37, 276–278
Tredskodom	233–234
Trillingprincip	112, 192–193
Twistlösning	
– allmänt	78, 190–191

– alternativ	11, 74–75
Upplevd rättvisa	127–129
Utsiktslöst mål	
– Finland	139, 143, 163, 170, 182, 191, 194
– Norge	220, 224, 231–232
– Sverige	202
– Tyskland	256–259
Vederbörlighetsprincipen	90–91
Värdet på intresset	
– allmänt	284–286
– Norge	227–229
– Sverige	205–207
– Tyskland	238
Vittne, pålitligt	147
<i>Waffengleichheit</i>	95–98
Ändamålsenlighet	23, 24, 116–118
Ändamålsenlighetsprincipen	24, 117, 299
Överklagande (rättsmedel)	
– Finland	133–134
– Sverige	198
Överklagande (skrift)	
– Finland	134–137
– Norge	218
– Sverige	199
– Tyskland	239–242

Lagstiftaren har ställt upp som mål att begränsa tillgången till den andra instansen för att domstolarna ska kunna koncentrera sina resurser på svåra eller viktiga mål. Tillgången kan dock inte begränsas på vilket sätt som helst eftersom grundlagen och folkrätten ställer vissa krav på tillgången till och rättegången i den andra instansen. Tillgången till den andra instansen regleras också av krav som kommer inifrån civilprocessen. Dessa krav utgörs av funktioner, principer och ledstjärnor. I verket granskas dessa krav ur en kritisk synvinkel särskilt med tanke på förfarandet i hovrätten.

De finska bestämmelserna om förfarandet i hovrätten i tvistemål i allmänhet och sällningen i synnerhet har varit föremål för skarp kritik. Frågan är hur de gällande normerna om i synnerhet sällning bör tolkas och vilka problemen med de gällande bestämmelserna är. Det är också viktigt att fråga hur de gällande bestämmelserna ser ut i ljuset av civilprocessrättens immanenta krav.

I avhandlingen granskas tillgången till den andra instansen i Sverige, Norge och Tyskland. Genom att granska dessa tre länder är det möjligt att se det finska hovrättsförfarandet i nytt ljus. Såväl tillgången till muntliga förhandlingar som sällningen ser helt annorlunda ut i ett rättsjämförande perspektiv. Samtidigt synliggör rättsjämförelsen nya alternativa sätt att begränsa tillgången till den andra instansen.

Genom att pejla de krav som ställs på förfarandet och de rättsjämförande lärdomarna mot problemen med de gällande reglerna i Finland uppdagas nya möjligheter att begränsa tillgången till den andra instansen utan att begränsningarna skulle vara otillbörliga.

