



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Daniel Svartek

Hur man skapar två vinnare ur
en konflikt – två alternativa
tvistlösningsmetoder

Examensarbete
20 poäng

Katarina Olsson

Processrätt

HT 2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte, frågeställningar och avgränsningar	4
1.2 Metod och material	4
1.3 Disposition	5
2 BAKGRUND	6
2.1 Definition	6
2.2 ADR-former	6
2.3 Utvecklingen av ADR	7
3 DOMSTOLSANKNUTNA ADR- FORMER I SVERIGE	9
3.1 Bakgrund	9
3.2 Förlikning enligt rättegångsbalken	10
3.2.1 Fördelar med förlikning	11
3.2.2 Nackdelar med förlikning	12
3.3 Särskild medling enligt rättegångsbalken	13
3.3.1 Fördelar med särskild medling	14
3.3.2 Nackdelar med särskild medling	15
3.4 Konfliktlösningsteorier	16
3.4.1 Domarnas tvistlösningstrategier	18
3.5 Viktiga juridiska frågor för den alternativa tvistlösningen	19
3.5.1 Tystnadsplikt och sekretess	19
3.5.2 Förlikningsavtalet	20
3.6 Analys	21
4 ALLMÄNT OM DEN AMERIKANSKA CIVILPROCESSEN	25
4.1 Pretrial	25
4.1.1 Pleadings	25

4.1.2	Discovery	25
4.1.2.1	Depositions	26
4.1.2.2	Interrogatories	26
4.1.3	Pretrial conference	26
4.2	Trial	26
5	SPECIAL MASTERS	28
5.1	Bakgrund	28
5.2	Förordnanden av Special Masters	30
5.2.1	Val av Special Masters	31
5.2.2	Kostnader för Special Masters	32
5.3	Special Masters uppgifter under förberedelsen (pretrial)	32
5.4	Forskningsläget	34
5.5	Analys	35
5.5.1	Fördelar med Special Masters	36
5.5.2	Nackdelar med Special Masters	37
6	EARLY NEUTRAL EVALUATION	38
6.1	Bakgrund	38
6.2	Hänvisning av mål till ENE	40
6.3	ENE-proceduren vid norra Kaliforniens distriktsdomstol	40
6.4	Förordnaden av utvärderare	42
6.4.1	Kostnader för ENE	43
6.5	Forskningsläget	43
6.6	Analys	45
6.6.1	Fördelar med Early Neutral Evaluation	46
6.6.2	Nackdelar med Early Neutral Evaluation	46
6.6.3	Medling kontra Early Neutral Evaluation	48
7	SLUTSATS	50
	LITTERATURFÖRTECKNING	53

Sammanfattning

Allt som avviker från en normal domstolsförhandling, även om det är domstolsanknutet kan egentligen kallas för ADR. ADR utgör ett samlingsbegrepp för den flora av alternativa tvistlösningsmetoder som utvecklats i USA för att komma till rätta med ett växande internationellt problem - de långa handläggningstiderna och de höga processkostnaderna vid domstol. Drivkraften bakom den amerikanska utvecklingen har varit att skapa en effektiv process. Medan domstolen har en rättsskipande funktion – man fördelar det juridiska ansvaret för begångna fel - har ADR en konfliktlösningsfunktion.

Användandet av ADR är inte okontroversiellt. Förespråkarna för alternativ tvistlösning anser att processen ger en snabb och billig tvistlösning av god kvalitet och ser få eller inga risker med förfarandet. Motståndarna menar istället att ADR missgynnar de svaga i samhället, att processen inte är konstitutionellt acceptabel och medför att normbildningen passiviseras genom att samhället avhänder sig viss makt över rättsskipningen och inte genomför nödvändiga reformer. Behovet har dock visat sig stort för alternativ till den konventionella domstolsprocessen.

Konfliktlösningsteorier och metoder visar på olika sätt en konflikt kan lösas på. Syftet är att finna mindre konfliktorienterade vägar som ger parterna större kontroll över processen och dess utgång. Dessa skulle kunna prövas ytterligare i Sverige.

Den förhållandevis primitiva och oflexibla rättegångsbalken och det svenska systemet med dess begränsningar i möjligheten att beakta intressebaserade lösningar inbjuder till användandet och utvecklandet av alternativa tvistlösningsförfaranden. Förlikning och utseende av särskild medlare är två alternativ som påbjuds inom ramen för rättegångsbalken. Det har dock sina tillkortakommanden och begränsningar. Det finns därför anledning att uppmärksamma två alternativa tvistlösningsmodeller som utvecklats i USA och framstår som mindre främmande för svensk rättsordning än de övriga; Special Masters och Early Neutral Evaluation.

Special Masters förordnas främst vid stora och komplexa mål och kan få i uppgift att handlägga särskilda frågor. De används även för att underlätta förlikningar. Fördelarna är främst att processmaterialet blir mer lätthanterligt för domstolarna och att de kan utnyttja den expertis Special Masters har. Early Neutral Evaluation innebär att en tredje person värderar målet på ett tidigt stadium, dels i syfte att strömlinjeforma processen, dels i syfte att underlätta en uppgörelse mellan parterna. Bägge ADR-formernas fördelar är att processen effektiviseras. Genom att studera hur modellerna fungerar i USA och ta del av den forskning som gjorts om dem, kan värdefulla erfarenheter erhållas om hur de bäst skulle kunna användas i Sverige.

Förord

Jag fick först upp ögonen för detta mycket intressanta rättsområde under en föreläsning av advokat Finn Madsen vid ett besök på Vinge Advokatbyrå i samband med specialkursen Företagens expansion på en internationell marknad. Det som tilltalar mig mest med alternativ tvistlösning är att det är så praktiskt användbart. Syftet är konflikt- och problemlösningsinriktat, till skillnad från ordinärt domstolsförfarande som endast fördelar det juridiska ansvaret för begångna fel. Att överbygga konflikter mellan parterna, att motivera dem att kommunicera med varandra och slutligen komma fram till någon form av förlikning kan såväl underlätta domstolens arbete som främja långsiktiga affärsrelationer.

Apropå relationer vill jag passa på att tacka min underbara sambo Tina för att hon funnits där för mig – trots alla sena nätter och humörsvängningar. Hon har även fått stå för den självdisciplin jag stundtals saknat. Jag vill även tacka min mamma Lillemor för ekonomisk uppbackning och för att hon trott på mig genom alla år. Ni är fantastiska!

Detta examensarbete tillägnas min hund Teddy, som tragiskt gick bort den 17 november 2003, knappt åtta månader gammal. Han var den sötaste, gladaste, snällaste och finaste hunden som fanns. Jag vet, att han skulle ha älskat den här uppsatsen och att han, trots sina ringa kunskaper om alternativ tvistlösning, inte skulle ha tvekat att sätta tänderna i den.

Malmö den 20 februari 2004

Förkortningar

ADR	Alternative Dispute Resolution
BRU	Beredningen för rättsväsendets utveckling
CJRA	Civil Justice Reform Act
ENE	Early Neutral Evaluation
FJC	Federal Judicial Center
FR	Federal Rules of Civil Procedure
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
SekrL	Sekretesslag (1980:100, omtryck 1992:1474)
SOU	Statens Offentliga Utredningar
USC	United States Code

1 Inledning

1.1 Syfte, frågeställningar och avgränsningar

Jag kommer inom ramen för detta examensarbete främst att redogöra för två alternativa tvistlösningsmetoder, Special Masters och Early Neutral Evaluation, som används flitigt och med stor framgång i USA. Jag avser att beskriva hur dessa ADR-former fungerar i USA och vilka fördelar och nackdelar de har visat sig ha. Jag har valt att lyfta fram de svenska bestämmelserna om förlikning och medling för att illustrera de svenska processrättsliga alternativen till traditionell domstolsprocess och skapa ett underlag för diskussionen kring de amerikanska ADR-formernas användbarhet i Sverige. Jag kommer att försöka ge svar på ett flertal övergripande frågor i mitt arbete: Vilka fördelar kan ett ökat användande av ADR innebära för de olika aktörerna i processen? Finns det några risker med förfarandet? Varför används det särskilda medlingsförfarandet så sällan? I vilken utsträckning bör egentligen rättsskipningen privatiseras? Ytterligare en fråga som alternativa tvistlösningsformer aktualiserar är vilka frågor som överhuvudtaget är lämpliga att handläggas i domstol. Ska domstolens funktion vara rättsskipande eller konfliktlösande? Bör förlikning alltid eftersträvas? Jag har valt att inte gå in närmare på skiljeprocessen, då den redan är utförligt och värtaligt behandlad i litteraturen. Jag kommer heller inte gå in på olika hybrider mellan medling och skiljeförfarande då det skulle tynga framställningen alltför mycket. Jag har istället valt att avgränsa min framställning till de domstolsanknutna ADR-formerna Special Masters och Early Neutral Evaluation, dels för att de inte behandlats annat än i förbigående i den svenska litteraturen på området, dels för att jag anser att de är synnerligen intressanta för svenskt vidkommande - sett ur ett processrättsligt perspektiv.

1.2 Metod och material

En stor del av informationen har sökts via Internet och jag har haft mycket hjälp av artikeldatabasen HeinOnline. Det material jag har använt mig av har varit juridisk doktrin i form av rättsvetenskapliga artiklar och böcker, samt förarbeten i form av propositioner och offentliga utredningar. I stort sett all den litteratur som förekommer på området är från USA och beskriver ADR utifrån ett amerikanskt processrättsligt perspektiv. Metoden jag har använt mig av har därför till övervägande del bestått av traditionell juridisk analys av företrädevis amerikansk doktrin. De bägge alternativa tvistlösningsmodellerna Special Masters och Early Neutral Evaluation existerar ju inte i Sverige, varför metoden till största delen blivit deskriptiv. Jag har dock försökt att anlägga ett komparativt och kritiskt perspektiv vid analysen av hur modellerna skulle kunna implementeras i Sverige. Förarbetena till den svenska lagstiftningen samt svensk juridisk doktrin har

också analyserats med avsikten att förse läsaren med en bakgrund till - och en förståelse för - hur de alternativa tvistlösningsmetoder som förekommer inom ramen för rättegångsbalken fungerar.

I förekommande fall, där jag inte kunnat hitta någon korrekt översättning p.g.a. att den amerikanska processtermen saknar svensk motsvarighet, används den juridiska termen på originalspråket.¹ Jag har då lagt mig vinn om att förklara hur begreppet används i den amerikanska processen och har försökt att relatera detta till den svenska processen. Jag har valt att använda mig av APA-systemet för källredovisningen, då jag anser att det är ett lättöverskådligt och konsekvent system som passar för de slags källor jag använt mig av.

1.3 Disposition

Efter att kortfattat ha tecknat en bakgrund till utvecklingen av ADR och vilka ADR-former som finns redogör jag sedan för de svenska domstolsanknutna alternativen: förlikning och särskild medling. Jag diskuterar hur förlikning och särskild medling fungerar och analyserar vilka fördelar och nackdelar dessa bägge alternativ till ordinär domstolsprocess har. Efter en kort genomgång av den amerikanska civilprocessen, för att underlätta förståelsen och även belysa vissa skillnader mellan den amerikanska och den svenska processen, presenterar jag sedan den första av de två alternativa tvistlösningsmodeller denna uppsats kommer att behandla: Special Masters. Jag beskriver hur modellen fungerar i USA, redogör för forskning kring denna samt vilka fördelar och nackdelar modellen har. Den andra modellen, Early Neutral Evaluation, presenteras sedan på motsvarande sätt. Bägge avsnitten avslutas med en analys. I uppsatsens avslutande del försöker jag att sammanfatta mina slutsatser. Jag har också tagit mig friheten att delge läsaren mina egna synpunkter.

¹ Översättningen har främst skett med hjälp av Fyrspråkig juridisk ordbok, men till viss del även med hjälp av Babylon.com – en översättningstjänst på Internet.

2 Bakgrund

2.1 Definition

Definitionsfrågan är viktig, då den klargör vad som utgör innehållet i de olika former av ADR som finns och genom att den fäster uppmärksamheten inte bara på sådan alternativ tvistlösning som vi har i Sverige utan också på olika sätt en rättegång kan genomföras här. Begreppet alternativ tvistlösning ger vidare en utgångspunkt för funderingar över vad som med fog bör betecknas som alternativ tvistlösning. Begreppets innebörd är inte solklar, ens i USA, där det ändå diskuterats ingående. Allt som avviker från en normal domstolsförhandling, även om det är domstolsanknutet kan egentligen kallas ADR.² Denna definition är dock inte vedertagen. Brown & Marriott räknar exempelvis inte skiljeförfarande till ADR eftersom förfarandet enligt deras uppfattning mer och mer kommit att likna rättegångsförfarandet.³ Definitionen blir dock problematisk i de fall där ADR är domstolsanknuten och obligatorisk, vilket den är i vissa amerikanska delstater. Med ADR avses i Sverige huvudsakligen traditionella alternativ till domstol såsom förhandling, skiljeförfarande och medling.⁴

2.2 ADR-former

Skiljeförfarande, som ibland är den överlägset bästa formen för tvistlösning, framstår i andra sammanhang som olämpligt eftersom det är förhållandevis dyrt och känsliga relationer mellan parterna kan skadas. I takt med att denna insikt har vuxit fram, har andra former för tvistlösning rönt ökad uppmärksamhet. Det finns ett otal varianter av ADR-modeller i USA: Förhandling, Medling, Settlement Conference, Mini Trial, Summary Jury Trial, Rent a Judge, Early Neutral Evaluation, Meetings Facilitation, Partnering, Special Masters, Med/Arb, Final Offer Arbitration – för att bara nämna några ur den flora av tvistlösningstekniker som växt fram under de senaste decennierna.⁵ I USA finns också ADRs främsta förespråkare och utövare. Inriktningen mot ADR kommer också från offentligt håll – såväl presidenten som kongressen har uttalat sig för alternativa tvistlösningssformer och federala myndigheter har uppmanats att verka för användningen.⁶

Många ADR-former är för svenskt vidkommande mer okonventionella än andra och framstår ur ett svenskt processrättsligt perspektiv som delvis

² Lindell (2000), s 10.

³ Brown & Marriott (1993), s 9.

⁴ Norman (1999), s 13.

⁵ Lindell (2000), s 26 ff, Norman (1999), s 26.

⁶ Franke (1996), s 94.

främmande lösningar. Det svenska samhället är annorlunda organiserat än USA - såväl politiskt, ekonomiskt som socialt - vi har en annan rättstradition och andra rättspolitiska värderingar. Det är visserligen värdefullt att se att det finns olika lösningar på ett för många länder gemensamt problem; långa handläggningstider och höga processkostnader. Två modeller framstår dock som mindre främmande och kanske mer användbara i Sverige än de övriga; Special Masters och Early Neutral Evaluation, varför min framställning huvudsakligen kommer att inrikta sig på att beskriva dessa. Early Neutral Evaluation och Special Masters är bägge domstolsanknutna former av ADR. Early Neutral Evaluation innebär att en utvärderare, vanligtvis en erfaren advokat, redan på ett tidigt stadium värderar målet, dels i syfte att underlätta för rättvisans kvarnar att mala, dels i syfte att underlätta en uppgörelse mellan parterna. Special Masters förordnas ofta vid stora och komplexa mål och hjälper domstolarna på olika sätt på *ad hoc* basis. De kan få i uppgift att handlägga en särskild fråga och används också för att underlätta förlikningar.

2.3 Utvecklingen av ADR

Utvecklingen av alternativa tvistlösningsmetoder började på allvar i USA efter *the Pound Conference* år 1976. Syftet med konferensen var att diskutera allmänhetens stora missnöje med de långa handläggningstiderna och de höga processkostnaderna vid domstol. ADR introducerades som ibland det enda alternativet till konfliktlösning för låginkomsttagare. Poundkonferensen resulterade i bildandet av tre *Neighbourhood Justice Centers*, som väl närmast kan liknas vid en form av medlingsinstitut. Syftet med dessa var att undersöka medlingsförfarandets användbarhet vid tvistlösning. Medlingen utfördes av frivilliga med varierande bakgrund och träning och kom då att betraktas som 2:a klassens rättvisa. Försöket var dock framgångsrikt och målbalanserna minskades till allas belåtenhet. Sedan dess har fler s.k. center bildats och idag finns fler än 400 center i ett nationellt nätverk över USA där advokatbyråer och domstolar samverkar.⁷ I och med att domstolarna och myndigheterna i allt högre grad kommit att använda ADR har dock synsättet förskjutits. ADR och i synnerhet medling är idag tillgängligt i första hand för dem som har råd med det, medan resten får "hålla till godo" med domstolssystemet.⁸ Användandet har ökat alltmer och i mitten av 1990-talet hade alternativa tvistlösningsförfaranden, omfattande en eller flera ADR-former, etablerats i många federala distriktsdomstolar. Exempelvis hade vid den tidpunkten mer än hälften av alla federala distriktsdomstolar ett medlingsförfarande (54 %) och 15 % ett Early Neutral Evaluation förfarande.⁹

Drivkraften bakom den amerikanska utvecklingen inom processrätten - liksom även utvecklingen i Sverige och i andra länder - har alltså varit att

⁷ Lindell (2000), s 9.

⁸ Norman (1999), s 12.

⁹ Wissler (2002), s 200.

skapa en effektiv process. Den internationella utvecklingen har också styrts vidare av marknadsekonomiska krav. Alternativ tvistlösning (ADR) har i många fall framstått som ett kostnadsbesparande och mer tidseffektivt alternativ till traditionell tvistlösning i domstol. Det finns dock olika åsikter om det alternativa tvistlösningsförfarandets förtjänster.

Utvecklingen i USA, där användandet av alternativa tvistlösningsmetoder alltså växte fram p.g.a. de allmänna domstolarnas oförmåga att hantera de ökande målbalanserna är knappast förvånande och förutsättningar verkar finnas för en liknande utveckling i Sverige.

Även i Europa har intresset för förhandling och medling växt sig starkare. Ett tvådagars seminarium, som kan ses som en första formell introduktion av ADR i Europa, hölls 1997 i Tyskland. Seminariet har även följts upp med ytterligare sådana.¹⁰

Fysiskt centrum för det akademiska intresset kring förhandling och medling är utan tvekan Harvard Law School i Boston med dess verksamhet ”Program on Negotiation”. Man anordnar också olika kurser och workshops i medling och förhandling som attraherar kända profiler inom området.¹¹

En utveckling motsvarande den i USA har visserligen inte ägt rum i Sverige, men alternativa tvistlösningsformer är inget okänt. ADR har haft sin största betydelse på konsumentområdet och när det gäller tvister mellan näringsidkare och privatpersoner. De viktigaste alternativen är reklamationsnämnder och försäkringsnämnder. Det finns dock skäl att nämna även alternativen i rättegångsbalken. Förlikning och utseende av särskild medlare är två alternativ som påbjuds inom ramen för rättegångsbalken. Dessa kommer att diskuteras närmare nedan.

¹⁰ Norman (1999), s 12.

¹¹ Ibid.

3 Domstolsanknutna ADR-former i Sverige

3.1 Bakgrund

När målet väl gått till rättegång inträffar två betydelsefulla saker. För det första så träder en tredje part, domstolen, in och övertar ansvaret för tvistens utgång. Detta innebär att domstolen försöker förlika parterna och att tidsfrister sätts. För det andra så måste parterna tydliggöra sin position. Yrkandet måste bestämmas¹² och invändningarna måste vara fullständiga.¹³ Att parternas positioner blir tydliga innebär emellertid inte att de inte kan ändras. En utvidgning från kärandens sida är dock behäftad med vissa problem. Ett nytt yrkande får framställas endast under vissa förutsättningar¹⁴ och nya bevis eller omständigheter kan avvisas om målet är dispositivt.¹⁵ Inskränkning av talan kan däremot ske fritt.¹⁶

En förhandling vid rättegång kännetecknas i normalfallet av att två parter står mot varandra, framställer krav och argumenterar för dessa. Parterna har intagit tydliga positioner – den ene strävar efter att vinna allt och den andre efter att ingenting förlora. Detta blir många gånger också resultatet – den ene vinner helt och den andre tappar målet helt. För att citera förre rådmannen Tord Widebeck, som har stor erfarenhet av förlikning:

Lika lite som det är ens fel när två träter brukar bara den ena parten ha rätt; man har soppat till någon grå röra. Ur denna röra ska domstolen gräva fram något svart eller vitt – till endera partens förtrytelse. Medlaren däremot kan låta grått förbli grått och därmed komma närmare verkligheten.¹⁷

Medan domstolen har en rättsskipande funktion – man fördelar det juridiska ansvaret för begångna fel - har ADR en konfliktlösande funktion. Många gånger skapar rättegångsbalkens begränsningar i möjligheten att beakta parternas intressen förlorare oavsett vem som vinner målet. Genom ADR finns dock möjligheten att lägga andra faktorer till grund för en uppgörelse, varvid parterna kan uppnå en lösning som känns tillfredsställande för dem bägge. Förlikning och särskild medling är två domstolsanknutna alternativ till den ordinära domstolsprocessen som kan användas i detta syfte.

¹² 42 kap. 2 § 1 p. RB.

¹³ 42 kap. 7 § 3 p. RB.

¹⁴ 13 kap. 3 § RB.

¹⁵ 43 kap. 10 § RB.

¹⁶ 13 kap. 3 § RB *in fine*.

¹⁷ Widebeck (1995), s 54.

3.2 Förlikning enligt rättegångsbalken

Förberedelsen har till syfte att klarlägga bl.a. om förutsättningar för förlikning finns.¹⁸ I 42 kap. 17 § 1 st RB återfinns de egentliga reglerna om rättens förlikningsverksamhet:

Är saken sådan, att förlikning därom är tillåten, skall rätten, i den mån det är lämpligt med hänsyn till målets beskaffenhet och övriga omständigheter, verka för att parterna förlikas.

Av paragrafens placering följer att domarens förlikningsverksamhet i första hand förutsätts äga rum under förberedelsen. Regeln tillämpas också i allmänhet så. I förarbetena till den nuvarande lydelsen av 42 kap. 17 § RB anfördes bl.a. att omständigheterna i själva saken samt parternas inställning till frågan om en frivillig uppgörelse är avgörande för om rätten skall försöka förlika parterna.¹⁹ Det framhölls särskilt att rätten är skyldig, att verka för en förlikning, om omständigheterna är de rätta. Regeln är m.a.o. obligatorisk.

När domaren försöker förlika parterna enligt 42 kap. 17 § 1 st agerar han utifrån de normer som är tillämpliga på tvisten. Det finns gränser för hur långt han kan gå för att hitta en kompromisslösning. Skulle förlikningsförsöket misslyckas kan domaren, genom att ha utövat allt för mycket materiell processledning i tvisten, undergräva den normativa grundvalen för ett senare avgörande och därmed äventyra sin egen opartiskhet (se avsnitt 3.6).

Den allmänna uppfattningen i dag torde vara att det är få mål som inte lämpar sig för förlikning eller i vart fall värt en diskussion om förlikning. Relationen mellan processkostnader och tvisteföremålets värde, parternas förlikningsvilja och tvistens juridiska och sakliga komplikation är några faktorer rätten har att ta hänsyn till vid avvägningen om huruvida tvisten är lämplig för förlikning eller inte. Erfarenheten säger att det är få parter som är missnöjda med en förlikningsuppgörelse. Att de ofta inte är helt nöjda ligger i förlikningens natur.²⁰

Utredningen *En modernare rättegång (SOU 2001:103)* noterar att det vid sidan av RB utvecklats andra sätt att åstadkomma uppgörelser i godo. Man anmärker att alternativ tvistlösning är ett tämligen vitt begrepp som har sitt ursprung i USA och omfattar flera olika varianter, t.ex. ”Summary Jury Trial” och ”Early Neutral Evaluation”. Man anmärker också att Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut numera är ett välkänt tvistlösningsinstitut i Sverige som också givit ut särskilda medlingsregler.²¹

¹⁸ 42 kap. 17 § RB.

¹⁹ Prop. 1986/87:89, s 207.

²⁰ SOU 2001:103, s 292.

²¹ Ibid.

Man föreslår dock inte några nya regler för medling. Däremot föreslår man en skärpning av rättens skyldighet att verka för förlikning mellan parterna. Enligt utredningens förslag skall rätten verka för en förlikning om det inte är olämpligt med hänsyn till målets beskaffenhet och andra omständigheter. Man skapar m.a.o. en omvänd presumtion – det skall i princip föreligga konkreta omständigheter som talar för att rätten skall förhålla sig passiv i förlikningsfrågan.²²

Utredningen har svårt att se någon typ av tvistemål där förlikningsfrågan inte under några omständigheter bör aktualiseras. Man menar dock att det alltid måste vara med parternas bästa i sikte som förlikningsfrågan väcks – en part som motsätter sig förlikningsdiskussioner får aldrig tvingas medverka. Detta skulle undergräva förtroendet för domstolarna. Parterna har alltid en befogad rätt att få sin tvist prövad och avgjord i sak. Man påpekar däremot att rätten efter omständigheterna bör ge parterna de argument som behövs för att de skall inse förlikningens fördelar. Domstolen bör alltså, utan att materiellt gå in i närmare i tvisten, förklara vilka de generella fördelarna skulle vara för parterna om de förliktes (se nedan).

Utredningen har beretts inom Justitiedepartementet tillsammans med förslagen i departementspromemorian *Hovrättsprocessen i framtiden*,²³ som bl.a. innehåller förslag om en utvidgning av systemet med prövningstillstånd till samtliga tvistemål och ärenden. Förslagen har remissbehandlats och tanken är att en lagrådsremiss beslutas före sommaren.²⁴ Annars har dock inte mycket hänt på det rättspolitiska området. Visserligen har läget inom rättsväsendet kartlagts av Beredningen för rättsväsendets utveckling (BRU) som kom med ett delbetänkande år 2003.²⁵ En av huvuduppgifterna för BRU var att undersöka möjligheterna att öka effektiviteten och kvaliteten i rättsväsendets arbete. Tyvärr såg dock BRU sig tvingade att begränsa sin redovisning till den del av rättsväsendet som verkar inom det kriminalpolitiska området²⁶, varför - i mitt tycke - en välbehövlig genomgång och analys av motsvarande möjligheter på den civilrättsliga sidan saknas.

3.2.1 Fördelar med förlikning

Fördelarna med en förlikning framför en rättsprocess är många. Det blir en billigare lösning än om målet går till dom. Parterna sparar såväl tid, arbete som pengar om målet kan avslutas redan på ett tidigt stadium. Man slipper höga ombudskostnader, rättegångskostnader och kostnader för bevisning. Tidsaspekten gör också förlikning till ett fördelaktigare alternativ än domstolsprocess. Det finns en risk att någon av parterna överklagar (och det

²² SOU 2001:103, s 298.

²³ Ds 2001:26.

²⁴ E-mail (2004-01-28) från Jan Ahlberg, rättsakkunnig, Enheten för processrätt och domstolsfrågor.

²⁵ SOU 2003:114.

²⁶ A.a., s 69.

kan ta väldigt lång tid innan lagakraftägande dom kan föreligga. Vad avser rättegångskostnaderna förslår eventuellt rättskydd inte långt och räcker ibland inte ens till kostnader i första instans. Förliks parterna kan bägge parter rättskydd utnyttjas. En pågående rättsprocess påverkar företagets värdering och goodwill negativt, medan en förlikning istället gynnar framtida affärsrelationer. Företaget har inte enbart kostnader för processen utan också för anställda inblandade i förberedelser och rättegång. Människor vill heller inte vara inblandade i processer och sväva i ovisshet om sin ekonomiska situation. En uppslitande process kan förstöra långsiktiga affärs- eller vänskapsrelationer, något som kan visa sig nog så kostsamt i förlängningen. Att förlikning leder till en snabbare lösning av tvisten kan också vara av yttersta vikt för att vissa affärer och kontrakt skall leva vidare.²⁷

En ytterligare fördel med förlikningsalternativet är ju också att det kan innebära en arbetsbesparing med över 80 % för domstolen, då den slipper lägga tid och resurser på mål som kan avslutas redan i ett tidigt skede.²⁸

3.2.2 Nackdelar med förlikning

Det finns också vissa nackdelar med förlikning. En förlikning baseras i princip alltid på ett mindre omfattande juridiskt underlag än en dom, då den oftast ingås innan huvudförhandlingen. En förlikning är ju i regel en kompromiss, där bägge parter efterger vissa anspråk för att undvika en konfliktsituation. För den juridiskt berättigade parten kan det därför innebära kostnadmässiga nackdelar att ingå en förlikning, sett till den faktiska utgången av processen. Användandet av ombud motverkar dock att den kostnaden blir alltför hög, då denne kan värdera uppgörelsen och diskutera igenom denna med sin klient. Förlikning kan ibland innebära en nackdel ur statsfinansiell synvinkel i de fall där domstolen inte kan förpliktiga någon part att återbetala kostnaderna för motpartens rättshjälp. Förtroendet för rättsväsendet kan också påverkas om en domare trycker på alltför aktivt för en förlikning. Den allmänna efterlevnaden av de civilrättsliga reglerna kan även påverkas om hänsyn tas till utomrättsliga faktorer vid förlikning.²⁹ En viss fara finns också för utarmning av prejudikatbildningen. Hyllengren anser dock att man inte får glömma att "all prejudikatbildning sker på någons bekostnad", d.v.s. den tappande partens, samt att domstolarna ju finns kvar och förhoppningsvis får utrymme att ägna sig åt att döma i mål där juridiska överväganden verkligen behövs.³⁰ Hyllengren synes alltså mena att detta skäl mot förlikning inte bör tillmätas alltför stor betydelse.

²⁷ Norman (1999), s 43.

²⁸ Prop. 1986/87:89, s 112.

²⁹ Prop. 1982:26, s 141.

³⁰ Hyllengren (1995), s 22 f.

3.3 Särskild medling enligt rättegångsbalken

Rätten har också möjligheten att utse en särskild medlare. Syftet med medlingen är självfallet detsamma som i föregående avsnitt, d.v.s. att få till stånd en förlikning mellan parterna. Medlaren kan antingen vara en utomstående domare eller en advokat med stor erfarenhet av tvistlösning, vilket är fördelaktigt för en preliminär bedömning av bevis- och rättsläge, eller en person med speciella sakkunskaper inom det område tvisten rör. En lämplig tidpunkt för medling anges vara en bit in på förberedelsen, sedan materialet fått viss struktur och parternas ståndpunkter klargjorts i målet.³¹ En medlare kan i allmänhet gå betydligt längre i sina förlikningsförsök än den domare som handlägger målet. I 42 kap. 17 § 2 st RB anges att

Om det med hänsyn till målets beskaffenhet är lämpligare att särskild medling äger rum, kan rätten förelägga parterna att inställa sig till förlikningssammanträde inför medlare som förordnas av rätten.

En förutsättning enligt lagrummet är alltså att målet är lämpligt för förlikning enligt första stycket. En grundläggande förutsättning är förstas att parterna inte motsätter sig en frivillig uppgörelse. Då är ju inte heller målet lämpligt för förlikning. Det skulle också förefalla orimligt om parterna tvingades delta i medlingsförsök som de dels inte vill vara med om, dels bär kostnaderna för.³² Parterna har ju alltid en rätt att få sin sak prövad inför domstol. Rättegångsbalken innehåller dock inga regler för hur själva medlingsförfarandet ska gå till.³³

De tvister som lämpar sig särskilt för medling är framförallt sådana där parterna är beroende av goda affärsmässiga relationer eller har annat intresse av fortsatta kontakter med varandra. Det kan vara fråga om

- Vanliga affärsrelationer,
- Anställningsförhållanden eller kompanjonskap,
- Familje- eller grannsämja,
- Internationella affärsförhållanden
- Tvister som gäller stora värden där juridiken är tveksam och bevisläget komplicerat,
- Tvister där det juridiska resultatet (total förlust/vinst) skulle vara moraliskt fel eller tveksamt,
- Tvister där juridisk-tekniska formaliteter av annat slag (t.ex. bevisbörda i stället för materiell rätt) kommer att styra avgörandet.

Den sista punkten omfattar i princip alla dispositiva tvistemål.³⁴

Det finns också mål som inte lämpar sig för medling. Mål där

³¹ Hyllengren (1995), s 9.

³² När parterna en förlikning skall kostnaderna för medling fördelas lika mellan parterna om inget annat avtalats enligt 18 Kap. 5 § 3 st RB.

³³ Franke (1996), s 100.

³⁴ Hyllengren (1995), s 22.

- Part vill ha ett prejudikat beträffande en principiell fråga,
- En viktig person inte kan delta i medlingen,
- Hot om kriminella åtgärder förekommer,
- Ena parten vill förhålla ett avgörande,
- Konkurs är sannolik,
- Edition eller omfattande bevisupptagning kommer att krävas,
- Ett verkställbart avgörande krävs.³⁵

Enligt förarbetena bör medling reserveras för mål som kan antas kräva stora resurser i det ordinära domstolsförfarandet. Följaktligen har medlingsförfarandet använts i blygsam omfattning och mest i komplicerade mål, som vid en ordinär process skulle medföra omfattande förberedelsearbete och en långvarig huvudförhandling.³⁶ Det är fortfarande inte så ofta som en särskild medlare utses, även om det blivit allt vanligare. Erfarenheterna av medlingsförfarandet är dock goda.³⁷ Medlingsförfarandet utnyttjas ojämnt mellan olika domstolar, vilket kan bero på att olika domstolar är olika aktiva när det gäller att uppmärksamma parterna på möjligheten till särskild medling.³⁸

Det förtjänar att påpekas att rätten även har möjlighet att hänvisa *delar* av ett mål till särskild medling. Medlaren kan alltså få i uppgift att förlika parterna avseende viss del av ett mål. Syftet skulle vara att rensa upp i processmaterialet och avlasta rätten, som då skulle kunna koncentrera sig på färre frågor. Rätten måste i förordnandet klart ange omfattningen av medlarens uppdrag.³⁹

3.3.1 Fördelar med särskild medling

Fördelarna med särskild medling framför rättens förlikningsverksamhet är flera. Att förlikningsarbetet bedrivs av en fristående person medför att medlaren inte behöver befatta sig med tvisten senare om förlikningen skulle misslyckas. Han behöver inte heller känna sig bunden i samma utsträckning som domaren av rent rättsliga överväganden. Det medför att medling ter sig som särskilt lämplig i fall där utomrättsliga faktorer kan antas leda till förlikning.⁴⁰ Medlaren kan koncentrera sig på väsentligheterna i tvisten och tala öppet med parterna om sakfrågor och rättsfrågor i tvisten. Han kan friare ge uttryck för sin åsikt och lägga konkreta förlikningsbud. Buden behöver inte grunda sig på strikt juridiska resonemang, utan medlaren bör betydligt mer än domaren kunna göra en skönsmässig bedömning, som främst grundas på sunt förnuft och de särskilda sakkunskaper som medlaren

³⁵ Kovach (1994), s 123.

³⁶ Prop. 1986/87:89, s 207 f.

³⁷ SOU 2001:103, s 291 f.

³⁸ Franke (1996), s 100.

³⁹ Prop. 1986/87:89, s 209.

⁴⁰ Hyllengren (1995), s 8.

kan ha.⁴¹ En ytterligare fördel är att parterna själva kan påverka valet av medlare. Medlaren bör vara fri att bedriva medlingsförfarandet på det sätt han anser vara mest lämpligt. Ingenting hindrar att medlaren förlikar målet i vissa delar för att underlätta en fortsatt handläggning av målet.⁴²

Förfarandet kan också skräddarsys för varje partskonstellation och för varje aktuell tvist – både valet av medlare och medlingsförfarande kan styras av parterna och skräddarsys efter tvistens karaktär, behovet av fackkunskaper eller efter medlarens personliga egenskaper.⁴³

Det kan också vara mer processekonomiskt fördelaktigt både för parterna och för det allmänna. Ett arvode till medlare skall jämföras med arvoden till två ombud, domarens lön och övrig domstolspersonal under hela den tid som tvisten handläggs av rätten. Är det till fördel från ekonomisk synpunkt bör en ökad användning av medlingsförfarandet uppmuntras.⁴⁴

För den händelse att parterna trots allt inte kan nå en förlikning finns ändå en positiv effekt av medlingen genom att den ofta bidrar till att förtydliga vad tvisten avser samt att irrelevant bevisning tas bort.

3.3.2 Nackdelar med särskild medling

Det finns få nackdelar med särskild medling. Om medling sätts in för tidigt finns det dock en risk att konfliktfrågorna inte hunnit bli ordentligt identifierade och undersökta. Om parterna träffar en överenskommelse på ett material som är illa underbyggt uppkommer också en risk för att den inte håller i längden.⁴⁵

I situationer där en part befinner sig i en utsatt position p.g.a. att makten är ojämnt fördelad mellan parterna eller parten av någon annan anledning är mycket sårbar kan medling vara en direkt olämplig metod. Medlingen är informell och sker i enskildhet där offentligheten inte har insyn. Bristen på insyn får dels till följd att den starkare partens agerande inte utsätts för offentlighetens kritiska granskning, dels att medlaren får en stark maktposition. Advokater kan visserligen medverka som ombud i medlingsprocessen antingen genom aktiv närvaro, eller som expert, juridisk rådgivare och diskussionspartner. Inom doktrinen förs en diskussion huruvida ombud skall föra partens talan under medling, eller om parterna skall göra detta själva. Syftet med medlingen kan underlättas om parterna själva får berätta om tvisten, generera idéer och möjligheter. Det kan då finnas möjligheter att klargöra de underliggande behoven på ett enklare och tydligare sätt. Samtidigt finns det en risk att parterna ger uttryck för

⁴¹ Prop. 1986/87:89, s 207 ff.

⁴² Norman (1999), s 45.

⁴³ Hyllengren (1995), s 14.

⁴⁴ Prop. 1986/87:89, s 114.

⁴⁵ Lindell (2000), s 125.

positioner och inte behov, vilket kan motverka syftet.⁴⁶ Genom att medlingssituationen förutsätter att parterna möts på lika villkor kan det inträffa att den starkare parten har större frihet än t.ex. i en rättslig process eller i regelrätta förhandlingar mellan ombud att utnyttja sin styrka för att vinna egna fördelar. En uppmärksam och skicklig medlare kan i många fall motverka detta genom att insistera på att båda sidornas behov och intressen ska komma till uttryck. Om parterna är mycket olika starka kan det dock uppstå en konflikt för medlaren angående den egna rollen: den svagare parten behöver ett ombud som hjälper till att försvara den svagare partens intressen, men medlaren har till uppgift att vara opartisk.

Medling förutsätter också att båda parter har goda avsikter, d.v.s. verkar för att en förlikning ska kunna uppnås. Så behöver inte alltid vara fallet. Det finns en viss risk att medlingen missbrukas av en av parterna för att ta del av motpartens strategi och information, utan att denne haft någon som helst avsikt att förlikas.⁴⁷

Vidare måste medling vara av hög kvalitet för att bli ett attraktivt alternativ. Det är i hög grad medlarens personlighet och kapacitet som är avgörande. Chanserna för att en medling lyckas blir därför till stor del beroende av att rätt person utses för uppgiften. Möjligen skulle det med visst fog kunna hävdas att den mänskliga faktorn har alltför stor betydelse.

3.4 Konfliktlösningsteorier

Vilket är bästa sättet att lösa en konflikt på? Där om tvista de lärde. Olika teorier och förslag finns. Företag kan exempelvis utforma konflikthanteringssystem och utbilda sin personal i konflikthantering. Detta kan göra deltagarna mer medvetna om alternativen till regelrätt domstolsprocess och skillnaden i kostnader mellan de olika systemen. De blir också mer skickade att kunna delta i utformningen av system och kan sprida ADR-andan i företaget. Sex principer för systemarkitekturen har föreslagits av Constantino & Merchant. Dessa konfliktlösningrutiner kan tillämpas såväl företagsinternt som på externa konflikter och består av följande principer:

⁴⁶ Norman (1999), s 119 f.

⁴⁷ <http://www.kentlaw.edu/>

- Utveckla riktlinjer för situationer där ADR är tillämplig
- Skräddarsy ADR-processen till det aktuella problemet
- Bygg in preventiva ADR-metoder
- Försäkra dig om att parterna har tillräcklig kunskap för att kunna välja och använda ADR
- Skapa enkla och användbara ADR-system, som är tillgängliga och som löser tvisten tidigt, på lägsta organisationsnivå och med minsta byråkrati
- Tillåt parterna att behålla maximal kontroll över valet av ADR-metod och valet av neutral tredje part när detta är möjligt.⁴⁸

Ury, Brett & Goldberg har en annorlunda syn på konflikter och hur man ska komma till rätta med dessa. De har gjort gällande att konflikter har tre baselement – dels handlar det om intressen, dels om vad som är rätt och fel och dels om makt. Man kan därför välja att göra en intresseavvägning, att avgöra vem som har rätt och att låta maktförhållandena få bestämma. Konflikten kan lösas genom exempelvis förhandling, skiljeförfarande, rättegång eller medling. Fyra kriterier för att bedöma vilken konfliktlösningsmetod som är bäst har anförts:

- Hur stora blir transaktionskostnaderna?
- På vilket sätt blir parterna mest nöjda med utgången?
- Vilka effekter får en viss lösning på parternas framtida relationer?
- Kommer lösningen på problemet att vara slutgiltig?

Kriterierna är relaterade till varandra såtillvida att en intressebaserad lösning exempelvis kan ställas mot en maktbaserad lösning. En sådan analys visar att en intressebaserad förhandlingslösning i allmänhet är att föredra, då den har flest fördelar. Transaktionskostnaderna blir låga, man får en snabb lösning och parternas framtida relationer bibehålls. Undantag finns då konflikten rör grundläggande värderingar eller då det är uppenbart vem som har rätt.⁴⁹

Författarna föreslår följande systemdesign för att hitta en intressebaserad lösning:

- Sätt intressen/behov i fokus
- Bygg in möjligheter att återgå till förhandling från rättighets- och maktkamp
- Tillhandahåll lågkostnadsalternativ när det gäller att bestämma rättigheter (förhandling, medling m.fl.) och begränsade maktyttringar, som punktstrejker, maskning o.s.v.
- Bygg in konsultation före och feedback efter det att åtgärder vidtas mot motparten (notifikation, varsel, etc.)

⁴⁸ Constantino & Merchant (1996), s 76 f.

⁴⁹ A.a., s 15.

- Arrangera förfarandet i en låg-till-hög kostnadsordning (t.ex. konsultation – förhandling – summariska förfaranden – medling – skiljeförfarande – strejk)
- Motivera parterna att använda proceduren, att skaffa färdigheter och resurser.⁵⁰

3.4.1 Domarnas tvistlösningsstrategier

Enligt en stor amerikansk undersökning har forskare försökt att kartlägga domares förhållningssätt till att ingripa i tvisten. Denna undersökning är av intresse också för svenskt vidkommande. Enligt undersökningen använder sig domarna tre olika strategier: logikstrategin, den aggressiva strategin och den paternalistiska strategin.

Logikstrategin

- Domaren lämnar lösningsförslag som parterna inte har tänkt på;
- Domaren argumenterar rationellt för vitsordanden;
- Domaren gör en rättslig analys av tvisten;
- Domaren ger ombuden råd;
- Domaren lämnar ett konkret förlikningsförslag efter att ha fått bud från parterna.

Den aggressiva strategin

- Domaren pressar det ombud som är illa förberett;
- Domaren kräver en förlikningsförhandling⁵¹ fastän det inte föreligger lagliga förutsättningar för en sådan;
- Domaren nedgraderar styrkan av den starkare talan eller uppvärderar den svagare;
- Domaren samtalar *ex parte* (enskilt med en part) om förlikning;
- Domaren sätter snabbt ut en dag för huvudförhandling som påtryckningsmedel.

Den paternalistiska strategin

- Domaren ber båda ombuden att kompromissa
- Domaren nämner en viss summa (eller viss lösning) som rimlig,
- Domaren leder samtalen mellan parterna för att därmed skapa högsta möjliga sannolikhet för förlikning,
- Domaren talar om för parterna hur liknande fall har förlikts.

Undersökningen omfattade 1000 domare och genomfördes i början på 1980-talet. Den visade att den strategi som var mest framgångsrik var logikstrategin, där domaren med rationella argument försökte få parterna att

⁵⁰ Ury, Brett & Goldberg (1993), s 3 ff.

⁵¹ Eng. *settlement conference*.

träffa en förlikning. Den paternalistiska strategin kom på andra plats och den aggressiva på tredje plats. Strategierna överlappar varandra, och används säkerligen intuitivt, vilket också betyder att en domare kan använda en kombination av de olika strategierna eller växla mellan dem.⁵²

En uppföljande undersökning som gjordes 1984 visade att de domare som kände till och använde fler tekniker för att åstadkomma en förhandlingslösning var mer framgångsrika i förlikningshänseende än de som använde få tekniker. Detta är i och för sig inte ett förvånande resultat, men visar samtidigt att - även om teknikerna kanske inte är helt okända eller tillämpas intuitivt av många domare - domare kan ha stor nytta av att studera förhandlingslitteratur och ta del av de senaste rönen på området.⁵³

3.5 Viktiga juridiska frågor för den alternativa tvistlösningen

Flexibilitet är karaktäristiskt och utgör grundvalen för alternativ tvistlösning. Det står i princip parterna fritt att välja att använda alternativ tvistlösning, besluta vilken organisation eller enskild person som skall ansvara för förfarandet, bestämma ramarna för förfarandet, delta personligen eller låta sig företrädas, samt slutligen att bestämma över förfarandets utgång. Parternas fria (och goda) vilja, deras önskan att lösa tvisten samt att de själva behåller kontrollen över processen och disponerar över resultatet är avgörande faktorer för användandet av alternativ tvistlösning. Flexibiliteten medför nödvändigtvis också uppkomsten av vissa juridiska frågor, såsom tystnadspliktens omfattning, ingåendet och giltigheten av förlikningsavtal.

3.5.1 Tystnadsplikt och sekretess

Sekretesslagen (1980:100) innehåller bestämmelser om handlingssekretess och tystnadsplikt i myndigheters förhållande till enskilda och inbördes. Den ska tillämpas på uppgifter som finns hos myndigheter – d.v.s. inom den offentliga sektorn.⁵⁴ En särskild medlare enligt rättegångsbalkens regler går in under definitionen av uppdragstagare hos myndighet i 1 kap. 6 § SekrL.⁵⁵ Det betyder att en medlare har tystnadsplikt i fråga om sådana uppgifter som är sekretessbelagda enligt sekretesslagen. I utredningen *SOU 1982:26 Översyn av rättegångsbalken I - Processen: Tingsrätt* diskuterades det om en regel om generell sekretess skulle göras tillämplig, d.v.s. att sekretess skulle råda om part som lämnar uppgiften begär att den skall hållas hemlig. Utredningen kom dock fram till att detta var obehövligt, bl.a. därför att tvisten redan hade blivit offentlig.⁵⁶ Tyvärr, får man nog säga, då en

⁵² Lindell (2000), s 122.

⁵³ A.a., s 124.

⁵⁴ Dahlquist (2003), s 19.

⁵⁵ SOU 1982:26, s 161.

⁵⁶ Ibid.

generell tystnadsplikt nog hade underlättat medlarens uppdrag. Det finns dock skäl som talar mot en dylik lösning. I litteraturen har bl.a. anförts att medlarens verksamhet ligger relativt nära den förlikningsverksamhet som bedrivs av domare inom ramen för en rättegång och att det därför skulle vara svårt att motivera en total tystnadsplikt för den ene befattningshavaren, men inte för den andre.⁵⁷ Medling har en informell karaktär och bygger i hög grad på förtroende. Om medlaren skulle välja att samtala *ex parte* är det förstås viktigt att parten kan känna sig säker på att det han berättar inte förs vidare och framförallt att medlaren inte kan kallas som vittne i rättegången av motparten. Tystnadsplikten skulle även göra det möjligt att bättre definiera vilken roll medlaren skall ha i förfarandet för att garantera att förfarandet är rättvist. Kommunikation *ex parte* – där medlaren för ett enskilt samtal med endast en av parterna - är dock inte okontroversiell. EU-kommissionen skriver bl.a. att när medlaren aktivt söker en lösning på tvisten måste den kontradiktoriska principen respekteras och medlaren bör enbart utnyttja möjligheten att höra parterna i enrum om detta skulle underlätta en överenskommelse. Man anser också att möjligheten att höra den ena eller andra parten under tystnadsplikt bör uteslutas om medlaren skall fatta beslut eller utfärda en rekommendation när den alternativa tvistlösningen avslutas. Medlaren skall i princip inte heller kunna inkallas som vittne eller ingripa som skiljeman i samma tvist om den alternativa tvistlösningen misslyckas, eftersom han eller hon under förfarandet fått tillgång till uppgifter som en skiljeman inte nödvändigtvis kunnat få.⁵⁸

3.5.2 Förlikningsavtalet

Alternativ tvistlösning bygger på allmänna rättsprinciper inom avtalsrätt, civilprocessrätt och internationell privaträtt. I Sverige tillämpas allmänna avtalsrättsliga bestämmelser om den alternativa tvistlösningen givet resultat. Enligt 17 kap. 6 § RB kan parterna vid en förlikning begära att rätten stadfäster förlikningen genom dom, vilket krävs för att förlikningen skall få ställning som exekutionstitel.

Förlikningsavtalet som ingås mellan parterna är den viktigaste delen av förfarandet och i viss mån också den känsligaste. Avtalet som ingås måste ju vara giltigt. Uttrycker det slutliga avtalet inte den verkliga partsviljan, parternas faktiska kompromissvilja och allt det medför i fråga om eftergifter på de ursprungliga önskemålen har huvudsyftet med den alternativa tvistlösningen inte uppnåtts - tvisten har inte slutgiltigt lösts - vilket kan leda till nya problem. Exempelvis kan talan föras i domstol om att avtalet skall ogiltigförklaras, åberopande av tredje parts ansvar för att ha pressat en av parterna att gå med på en orättvis kompromiss, eller annat. Särskilt när en av parterna är ekonomiskt svagare, är det frestande att i skydds syfte

⁵⁷ Lindell (2000), s 126 ff.

⁵⁸ KOM 2002 (196), p. 81.

ställa vissa formkrav på hur avtalet skall ingås och undertecknas. Allt bör göras för att samtycket som lämnas skall vara giltigt.⁵⁹

3.6 Analys

Rättegångsbalken utgör ett förhållandevis primitivt och i många avseenden trubbigt verktyg för att lösa de mångfacetterade och komplicerade konflikter som kan uppstå idag. Särskilt de kommersiella rättsprocesserna blir allt fler, alltmer komplicerade och följaktligen också mer kostsamma och betungande för parterna. Användandet av en intressebaserad strategi, d.v.s. att åstadkomma en lösning som tillgodoser bägge parternas intressen, försvaras av att möjligheterna att utvidga tvisten och hitta objekt att ”kohandla” med är begränsade på olika sätt. Förutsättningarna för att utvidga talan och sammanslå mål är begränsade, både av reglerna i 13 kap 3 § RB och i 14 kap RB, men även av forumreglerna.⁶⁰

Ett fundamentalt problem med förlikningsverksamheten enligt 42 Kap. 17 § 1 st RB är också att domaren inte får engagera sig i dessa förlikningsförsök. Det uppstår på sätt och vis en ”moment 22 situation” – samtidigt som domaren förespråkar en förlikning är han förhindrad att ens lyssna till de förslag som parterna själva kan ha. Skulle rätten engagera sig för djupt uppstår en jävssituation. Domaren skulle kunna upplevas som partisk om han alltför aktivt arbetar för en förlikning. Eftersom domaren inte aktivt kan delta i förlikningsdiskussionerna blir de goda råden att träffa en förlikning ganska lama. Parterna kan då lätt få intrycket att domaren helst vill slippa döma i målet, vilket påverkar parternas förtroende för domstolen. Mer indirekta förlikningsmetoder existerar också. Handläggaren kan låta målet ligga tills parterna tar saken i egna händer och gör upp. Man kan krångla till målet så att det verkar besvärligt och gräva i detaljer så att parterna bibringas uppfattningen att det nog är säkrast att förlikas.⁶¹ Huruvida detta är vanligt förekommande eller inte känner jag dock inte till.

Enligt utredningen *En modernare rättegång (SOU 2001:103)* lägger många domare med växlande framgång ner mycket tid och kraft på att få målen förlikta.⁶² Det har dock framförts mycket kritik mot att den domstolsanknutna medlingen inte används oftare.⁶³ Regelrätt medling genom medlare utsedd av domstol hör till undantagen.⁶⁴ Varför det förhåller sig så beror troligen på en kombination av faktorer – obekantskap med hur medlingen används och domarkårens traditionalism skulle kunna utgöra två anledningar. Möjligen ser man särskild medling som att den konkurrerar med den dömande verksamheten.

⁵⁹ A.a., s 83.

⁶⁰ Lindell (2000), s 118.

⁶¹ Hyllengren (1995), s 11.

⁶² SOU 2001:103, s 292.

⁶³ Se bl.a. Lindell (2000), s 120 f och Hyllengren (1995), s 11.

⁶⁴ Hyllengren (1995), s 13.

Medling rekommenderas endast för mål som kan antas kräva stora resurser i det ordinära domstolsförfarandet - där det blir mycket tidsödande och dyrbart att klarlägga parternas ståndpunkter och där bevisningen är omfattande. Mål som rör rena rättsfrågor anses generellt sett olämpliga för medling, då de har en prejudikatbildande funktion och det ofta finns lite eller inget utrymme för medling.⁶⁵ Det fanns vissa farhågor att medlingsförfarandet skulle fördröja den ordinära domstolsprocessen.⁶⁶ Mot bakgrund av vad vi vet idag, nästan två decennier senare, så kan vi se att dessa farhågor varit tämligen ogrundade och inte besannats. Varför skall då endast mycket kostsamma och tidsödande tvister anses lämpliga för medling? Lindell ser inga andra skäl än att domstolen avlastas från dessa mål och istället kan ägna sig åt andra, vilket medför en stor besparing.⁶⁷ Han anser dock detta skäl vara fullt legitimt då stora och komplicerade mål fungerar som proppar i systemet på bekostnad av mindre mål som får stå på kö. En riskkalkyl utfaller också till de större målens fördel – det finns helt enkelt mer att tjäna på en lyckosam medling i ett mål som annars hade krävt tre veckors förhandling och mer att förlora på en misslyckad medling i ett mål som kunde ha klarats av på en dag i rätten. Det sker m.a.o. en skälighetsbedömning.⁶⁸ Varför ska de komplicerade målen grundas på en skälighetsbedömning och de mindre komplicerade på strikt regeltillämpning? Detta hänger samman med synen på medlarens roll och att medling inte är avsedd att användas när tvisten huvudsakligen rör rättsfrågor. Förarbetena bygger på uppfattningen att medlaren är tänkt att fungera som en domare mellan parterna. Detta framgår relativt tydligt – medlaren behöver exempelvis inte tveka att säga sin åsikt om sakfrågor och rättsfrågor eller om att lägga konkreta förlikningsbud. Om man istället omdefinierade medlarens uppgift till att underlätta förhandlingar mellan parterna skulle denna begränsning dock försvinna.

Det bör framhållas att mindre mål också kan vara lämpade för medling. Det gäller dock att välja ut dessa med stor träffsäkerhet så att inte onödiga kostnader uppkommer för rättsväsendet.

I vilken utsträckning tillämpas då särskild medling enligt 42 kap 17 § 2 st RB? Enligt en enkät gjord av Jan Norman 1999, hade 66 % av de tillfrågade domarna någon gång förordnat en särskild medlare. 70 % av de tillfrågade domarna ansåg att initiativet till särskild medling normalt sett kom från rätten, 27 % att det kom från ombuden och 3 % att initiativet kom från parterna. På frågan om de själva någon gång tagit upp alternativet särskild medling svarade 70 % av domarna ja, 26 % nej och 4 % att det skedde ofta. Samtliga domare som besvarade enkäten kände visserligen till begreppet medling, men 73 % hade inte deltagit i någon medling det året och 27 % hade deltagit i färre än 10 medlingar. Ingen hade deltagit i fler. 82 % av

⁶⁵ Prop. 1986/87:89, s 207.

⁶⁶ A.a., s 209.

⁶⁷ Lindell (2000), s 120.

⁶⁸ Prop. 1986/87:89, s 208.

domarna skulle dock vilja använda medling i högre utsträckning och 84 % trodde att medlingen hade en framtid i Sverige.⁶⁹ Domstolsverket för ingen statistik över hur medlingsförfarandet enligt RB 42 Kap. 17 § 2 st används i domstolarna och vilka resultat som uppnåtts.⁷⁰ Jag tycker detta är beklagligt.

Förlikning och medling är naturligtvis ingenting nytt utan de torde tillhöra de äldsta formerna av tvistlösning. Vad som är nytt är däremot att de fått en mer framträdande roll inom både nationell och internationell tvistlösning samt att tekniken utvecklats och uppgiften som förlikningsman/medlare professionaliserats.⁷¹ Numera finns, som tidigare nämnts, Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut som bildades 1999 och erbjuder privat medling.⁷²

ADR är idag ett välkänt begrepp och tillämpas över en stor del av världen. I takt med att intresset för ADR ökat har även intresset för särskild medling ökat i Sverige. Långdragna processer som cementerar motsättningarna mellan parterna och en avsiktlig och medveten polarisering av intressena kan bli följden av ett domstolsförfarande. Om domaren, eller av en av domstolen utsedd medlare, istället kan skapa kontakt och bygga broar och motivera parterna att komma överens kan segdragna processer förebyggas och både tid, arbete och pengar sparas för såväl parterna som domstolen. De enda som förlorar på detta är väl egentligen ombuden. Men, som Abraham Lincoln en gång lär ha sagt: *"there will be enough work"*. Det skulle dock kunna innebära en fara om statsmakten tar intresset för alternativ tvistlösning till intäkt för att inte tilldela domstolar tillräckliga resurser eller vidmakthålla kvaliteten i den dömande verksamheten.

Syftet med de konfliktlösningssmodeller som redovisats ovan är att finna mindre konfliktorienterade vägar som ger parterna större kontroll över processen och dess utgång. Fördelarna är många. Parternas kostnader och tidsåtgång minskar och modellerna befrämjar lösningar som passar parternas behov. De ökar också den frivilliga efterlevnadsgraden av överenskommelser samtidigt som de återställer förtroende och relationer. Inte minst avlastas ju också domstolarna – handläggningstiderna kan förkortas och värdefull tid och resurser sparas, vilket skulle öka samhällsnyttan – sett såväl ur ett ekonomiskt perspektiv som ur ett rättsäkerhetsperspektiv. Det vore, enligt mitt förmenande, alltså av stort intresse om dessa metoder användes i betydligt större utsträckning i Sverige – självfallet med bevarandet av möjligheten att få ett slutligt rättsligt avgörande. Att informera och utbilda domarkåren kan vara ett första steg på vägen. Andra sätt skulle kunna vara att föra fram frågan politiskt och kanske också att debattera den offentligt i högre grad än vad som görs idag. En offentlig utredning, där särskild medling och förlikning analyseras utifrån hur de påverkar effektiviteten och kvaliteten i rättsväsendets arbete skulle

⁶⁹ Norman (1999), enkät angående förekomsten och användandet av medling.

⁷⁰ E-mail (2004-01-27) från Carina Johansson, statistikansvarig vid Domstolsverket.

⁷¹ Franke (1996), s 92.

⁷² <http://www.sccinstitute.com/se/Medlingsinstitutet/>

vara på sin plats. BRU:s uppdrag borde ha utökats till att också omfatta detta!

Man skulle kunna säga att den förhållandevis primitiva och oflexibla rättegångsbalken och det svenska systemet med dess begränsningar i möjligheten att beakta intressebaserade lösningar inbjuder till användandet och utvecklandet av alternativa tvistlösningsförfaranden. Visserligen finns det vad man skulle kunna kalla för ADR inom domstolarna. Förenklad handläggning enligt 42 kap. 20 § RB är ett reducerat förfarande, som dock utmynnar i ett bindande beslut. Förlikning i domstol och särskild medling utgör två exempel på alternativa tvistlösningsförfaranden till den traditionella domstolsprocessen. Dessa bägge alternativ är dock långt ifrån fulländade och skulle med fördel kunna utvecklas vidare. I övrigt är dock rättegångsbalken inte ett särskilt flexibelt instrument. Muntlighets-, koncentrations- och omedelbarhetsprinciperna skulle kunna mjukas upp ytterligare. Den rigida tillämpningen av dessa utgör en hämsko för utvecklingen av en mer flexibel process.⁷³ Det kan således vara av intresse att titta lite närmare på två ADR-former som tillämpas med stor framgång i USA; Special Masters och Early Neutral Evaluation. Den amerikanska civilprocessen skiljer sig dock i vissa avseenden från svensk tvistemålsrättegång. För att underlätta förståelsen för hur – och i vilken rättslig kontext – modellerna fungerar har jag därför valt att först ge läsaren en översiktlig bild av hur förfarandet i den federala civilprocessen ser ut.

⁷³ Lindell (2000), s 241.

4 Allmänt om den amerikanska civilprocessen

4.1 Pretrial

Den amerikanska civilprocessen kan delas in i två stadier: *pretrial* och *trial*. *Pretrial* kan sägas motsvara vår förberedelse och *trial* vår huvudförhandling.

Pretrial kan i sin tur huvudsakligen delas in i två faser: *pleadings* och *discovery*. Till detta kommer i vissa fall en (eller flera) *pretrial conference(s)* – sammanträden för muntlig förberedelse – som anordnas under *pretrial*-stadiet.

4.1.1 Pleadings

Pleadings innefattar parternas inledande skriftväxling, vilken fastlägger ramen för processen. Käranden ska åberopa de rättsfakta han har bevisbördan för, men någon argumentation i rättsfrågan får inte förekomma. Svaranden tar i sitt svaromål ställning till yrkandena och framför sina sakinvändningar. När skriftväxlingarna avslutats, går rättegången in i nästa fas, *discovery*-fasen, som efter tillkomsten av the Federal Rules of Civil Procedure (FR) 1938, utvecklats till att bli det viktiga inslag i amerikansk process det är idag.

4.1.2 Discovery

Med *discovery* avses det processuella instrument som parterna använder sig av för att få information om de i målet aktuella sakförhållandena. *Discovery* anses ha tre huvudsyften: att införskaffa och bevara de bevis som annars inte skulle kunna förebringas vid huvudförhandlingen, att fastställa vad som är ostridigt och att fastlägga så många fakta som möjligt före huvudförhandlingen. *Discovery* fungerar som ett sätt att bespara domstolen arbete med målet genom att istället skjuta över ibland avsevärda bördor på parterna. Ofta används *discovery* i processfientligt syfte, där den ena parten trakasserar den andre med hyllmeter med material som denne har att svara på. Sambandet mellan det mått av *discovery* som förväntas förekomma i målet och förlikningsbenägenheten – som är större än i Sverige – är därför starkt. Man skulle kunna likna *discovery* lite grand vid den svenska förundersökningen i brottmål – dock med en viktig skillnad: den sköts till övervägande del av parterna själva. Efterforskningarna sker främst genom *depositions* och *interrogatories* – muntliga och skriftliga förhör.

4.1.2.1 Depositions

Depositions kan gå till så att ombudet frågar ut förhörspersonen (motparten eller ett kommande vittne) inför en tjänsteman och under ed – förhöret skrivs sedan ut och undertecknas av förhörspersonen eller av tjänstemannen. Tjänstemannen kan vara en Special Master (se avsnitt 5.3) *Written depositions* förekommer också – frågorna formuleras i skrift och framställs av tjänstemannen muntligen. Angående det första syftet (se ovan) fungerar *discovery* som de svenska reglerna för bevisupptagning utom huvudförhandlingen – endast om ett vittne inte kan närvara vid huvudförhandlingen får bevisning förebringas på detta sätt. Man talar heller inte om att bevara bevis, utan snarare om att bevara information – informationen blir inte bevis i teknisk mening förrän vid huvudförhandlingen. Det bör dock framhållas att möjligheterna att använda sig av *depositions* som bevisning under huvudförhandlingen är ganska liberala – exempelvis tillåts användandet av ett vittnesförhör som upptagits under *discovery* enligt Rule 32 (a)(3)(B) FR om vittnet bor längre bort från platsen för huvudförhandlingen än 100 engelska mil (ca 16 mil).

4.1.2.2 Interrogatories

Interrogatories kan bara användas mot part och består i att den ena parten skickar ett (ofta mycket stort) antal frågor till den andre som har att besvara dem skriftligen och under ed. *Interrogatories* tillåts i allmänhet inte som bevisning vid huvudförhandlingen. Rättens inblandning inskränker sig till att avgöra om part är skyldig att besvara viss fråga när detta förnekas av käranden. Ett annat sätt att bedriva *discovery* är genom *inspection of documents*, som kan sägas motsvara våra editionsförelägganden.

4.1.3 Pretrial conference

Syftet med en *pretrial conference* är att förbereda målet för huvudförhandling, vilket skall ske genom att man överväger processens fortsatta utformning. Målsättningen är ofta att förlika parterna och på så sätt undvika huvudförhandling. Man kan notera att bestämmelsen i Rule 16 FR är fakultativ, men att vissa delstatliga distriktsdomstolar valt att göra *pretrial conference* obligatorisk. Detta för att minska domstolens arbetsbörda genom att man på ett tidigt stadium uppnår förlikning. Domstolen har i allmänhet fria händer att bestämma de närmare formerna för en *pretrial conference*. Allt från formella förhandlingar i rättsalen till informella samtal i domarens arbetsrum förekommer. Vanligen hålls *pretrial conference(s)* först sedan *discovery*-fasen är avslutad.

4.2 Trial

Huvudförhandlingen (*trial*) går i allmänhet till på ungefär samma sätt som den svenska, såtillvida att käranden och svaranden först håller sina

inledningsanföranden (*opening statements*) och förklarar vad de avser bevisa under huvudförhandlingen. Bevisupptagning sker sedan – huvudprincipen är att denna skall ske vid huvudförhandlingen. Som ovan berörts får material från *discovery*-fasen endast i undantagsfall användas som bevis. Därefter håller parterna sina slutanföranden (*closing arguments*), där tonvikten ligger på att summera den bevisning som stöder respektive parts talan – snarare än på att belysa rättsfrågorna. Anledningen är att sakfrågorna normalt avgörs av juryn medan domaren ensam avgör rättsfrågorna. Parterna finner det därför mer mödan värt att påverka juryn angående sakfrågorna, än att påverka domarens bedömning av rättsfrågorna. Huvudförhandlingen avslutas med att domaren instruerar juryn i rättsfrågan: ”finner ni att det och det är bevisat skall ni döma... etc.” Huvudförhandlingen präglas i hög grad av förhandlingsprincipen (*the adversary system*). Domarrollen är i huvudsak passiv och domarens aktivitet styrs i hög grad av ombudens yrkanden, åberopanden och invändningar. Domen avkunnas på ungefär samma sätt som i Sverige.

Rättegångsbalkens grundläggande principer om muntlighet, omedelbarhet och koncentration präglar visserligen inte den amerikanska huvudförhandlingen, men de faktiska skillnaderna förefaller ändå vara relativt små. Jag kommer därför inte närmare att gå in på dessa, då det skulle föra för långt samt saknar relevans för förståelsen av följande avsnitt.⁷⁴

⁷⁴ För hela detta avsnitt, se Lindblom (1989), s 241 ff.

5 Special Masters

5.1 Bakgrund

Amerikanska domstolar förordnar Special Masters som ett medel att ta itu med tre sammanfallande problemkategorier: rättsliga begränsningar, det traditionella processrättsliga systemets brister samt parterna och deras ombuds tillkortakommanden. Grunden för att utse en Special Master står att finna i Rule 53 (a) FR, där det framgår att domstolen kan utse en Special Master i alla mål som anhängiggjorts vid densamma. Domstolarnas användande av Special Masters är en sedan länge etablerad, men relativt sällan använd metod. Förordnande av Special Masters är också tänkt att endast ske i undantagsfall (se avsnitt 5.2).⁷⁵

Rättsliga begränsningar inkluderar bl.a. tidsbegränsningar och brist på kunskap inom teknologiskt sofistikerade områden. Etiska regler för hur en domare bör agera i vissa fall samt om en domare visar sig vara oskicklig i utövandet av vissa av sina domarfunktioner – exempelvis vid underlättandet av förlikningsförhandlingar – liksom även begränsningar som följer av själva domarrollen inkluderas också i detta begrepp.

Det traditionella processrättsliga systemets tillkortakommanden är mer subtila. För det första, så institutionaliserar och legitimerar den kontradiktoriska och dialektiska förberedelsen i processen såväl misstro som själviskhet.⁷⁶ Friktion och sammanstötningar parterna emellan är normen, men berövar också energi och förbrukar resurser. För det andra, så är det processrättsliga systemet belamrat med formalism. Parternas rättegångshandlingar kan vara omgärdade av ritualer och föga kommunikativa. *Discovery* (se avsnitt 4.1.2), som är ämnad att kompensera för begränsningar i parternas rättegångshandlingar har på likartat sätt förtagits verkan; överdriven formalism och rädslan för att förlora en process undantränger väsentlig kommunikation, sunt förnuft och god tro mellan parterna.

Systemets aktörer (parterna och ombuden) betar sig ibland också olämpligt. Parter kan påbörja att processa på ett ogenomtänkt sätt – när det inte finns något hopp om att vinna eller där en vinst inte skulle vara en effektiv lösning. Dolda motiv till processande förekommer också. Man kan vilja använda processen som ett ekonomiskt vapen utanför den ekonomiska sfären eller för att demonstrera sin makt eller ihärdighet. Parterna erfar ofta betydande kommunikationsproblem och kan ofta agera utifrån missuppfattningar. Förbindelserna mellan parterna kompliceras och genomsyras också av misstro. Även om misstro kan hjälpa parterna att

⁷⁵ Manual for complex litigation (1995), s 111.

⁷⁶ Lieberman & Henry (1986), s 427.

vidta vissa skyddsåtgärder, så förmörkar det ofta deras omdöme och inspirerar till alltför tuff taktik eller otydlig respons på *discovery* eller andra rättegångshandlingar. Emellanåt kan detta leda till en upptrappning av fientligheter, så att ett fall blir så påverkat, att förlikningsmöjligheter i realiteten försvinner.⁷⁷

I ett försök att kringgå dessa hinder förordnar domstolen alltså Special Masters. Skadeståndsmål med flera kärande; stora förmögenhetsrättsliga tvister samt vissa offentlighetsrättsliga tvister som berör en eller flera samhälleliga institutioner utgör några exempel på komplicerade mål där Special Masters har förordnats för att hjälpa domstolen.

Man kan faktiskt gå så långt tillbaka i tiden som till 1791, för att hitta ett framträdande av en person, som utnämns av domstolen för att fullgöra vissa av dess uppgifter.⁷⁸ Användandet av Special Masters är således ingen ny företeelse. Special Masters roll och uppgifter har sedan dess självklart förändrats. Till en början användes Special Masters för rätt enkla uppgifter, som att sitta ordförande vid vissa sammanträden och göra vissa rekommendationer eller utföra skadeståndsberäkningar. I dessa roller har de arbetsuppgifter Special Masters utfört varit tämligen okontroversiella, då uppgifterna inte inneburit något egentligt utövande av eget omdöme, någon rättslig analys eller bestämmande av policy. Det ökande antalet stora och komplexa mål i USA har tårt på rättsväsendets resurser och tvingat detta att utveckla mera effektiva metoder för målhantering. Med alltför begränsade maktbefogenheter kunde dock Special Masters inte bidra i någon större utsträckning till att påskynda och rationalisera lösningen av komplexa mål. Special Masters har därför efterhand givits ökade befogenheter av rätten.⁷⁹

Föga överraskande har domstolen använt sig av Special Masters i de mest komplexa och resurskrävande målen. Special Masters har oftast använts under förberedelsen (*pretrial*), men domstolen kan använda dem under olika stadier i processen. De har i skadeståndsmål och komplexa kommersiella mål använts för många olika ändamål. De mest betydelsefulla har varit att strömlinjeforma och rationalisera processen med att frambringa väsentlig information för att kunna avgöra skuldfrågan och ersättningsanspråken, såväl som försök att hjälpa parterna att förlikas.⁸⁰

Ett känt mål är *United States v. Michigan* (1979) som rörde en konflikt mellan olika intressegrupperingar rörande fiskerätten i "the great lakes". Målet hade pågått i tolv år och positionerna var låsta. En juridikprofessor utsågs till Special Master av domstolen och gavs i uppdrag att förbereda målet för rättegång och samtidigt föra förlikningsförhandlingar. Målet var komplext såtillvida att hänsyn skulle tas till ett flertal av varandra beroende faktorer som i grund och botten var av rättspolitiskt slag. Tvistefrågan var

⁷⁷ Brazil (1986), s 394 f.

⁷⁸ Carstens (2001-2002), s 641.

⁷⁹ Lindell (2000), s 32.

⁸⁰ Farrell (1994), s 588.

alltså polycentrisk. Special Mastern tog till sin hjälp en modellerare som med hjälp av ett avancerat datorsystem tog fram olika lösningsförslag, vilka hade byggts upp efter en intresseinventering. Efter tre dagars intensiva förhandlingar kom parterna fram till en uppgörelse.⁸¹

5.2 Förordnanden av Special Masters

Special Masters förordnas av domstolen främst med stöd av Rule 53 FR.

Av Rule 53 (a) FR framgår att domstolen kan utse en Special Master i alla mål som anhängiggjorts vid densamma.

Förordnandet av en Special Master enligt Rule 53 (b) FR är dock tänkt att vara

”...the exception and not the rule. In actions to be tried by a jury, a reference shall be made only when the issues are complicated; in actions to be tried without a jury, save in matters of account and of difficult computation of damages, a reference shall be made only upon a showing that some exceptional condition requires it. Upon the consent of the parties, a magistrate judge may be designated to serve as a special master without regard to the provisions of this subdivision.”

Förordnandet av en Special Master är alltså tänkt att ske undantagsvis, när det är fråga om komplicerade sakfrågor, svåra skadeståndsberäkningar eller liknande. Om parterna är överens om förordnandet, faller dock kravet på att det ska vara fråga om ett undantagsfall. Enligt litteraturen så har den ökade arbetsbelastningen på domstolarna, den ökade vetenskapliga och teknologiska komplexiteten i målen, den enorma mängden information som domstolen har att ta hänsyn till, att målen vuxit i omfång både vad gäller antalet kärande och storleken på yrkade belopp gjort att domstolen ofta vill använda sig av en Special Master. Bestämmelsen har därför kommit att luckras upp och tillämpas mer liberalt.⁸²

Enligt en studie gjord av the Federal Judicial Center (benämns härnäst FJC-studien) (se avsnitt 5.4) framgår att en Special Master oftast är en advokat (76 %), en professor i juridik (19 %) eller en pensionerad domare (10 %) som utnämns med eller utan parternas godkännande för att assistera domstolen.⁸³ Studien visar också att en Special Master exempelvis kan vara läkare (6 %) revisor (5 %), ingenjör (2 %) eller forskare (2 %).⁸⁴ Kvalifikationerna kan alltså variera, beroende på inom vilket område domstolen behöver expertishjälp. Han utses på *ad hoc* basis för att assistera

⁸¹ McGovern (1986), s 458 ff.

⁸² Farrell (1994), s 579 f.

⁸³ Att siffrorna överstiger 100 % beror på att mer än en kategori kan vara tillämplig på ett enskilt förordnande.

⁸⁴ Willging (2000), s 40.

domstolen med ett enskilt fall.⁸⁵ En Special Master är alltså inte stadigvarande anställd av rättsväsendet, utan snarare en privatperson som engageras mot ett arvode.

Enligt bestämmelsens lydelse i 53 (c) så kan rättens förordnande

”specify or limit the master’s powers and may direct the master to report only upon particular issues or to do or perform particular acts or to receive and report evidence only”.

Som framgår kan rätten alltså specificera eller begränsa en Special Masters bemyndigande. En Special Master kan också få i uppgift att handlägga en särskild fråga. Till skillnad från andra neutrala aktörer i processaren kan en Special Master utses genom en process där parter med ombud spelar en viktig, t.o.m. bestämmande roll. Även om det är generellt accepterat att federala domstolar har makt att, med stöd av Rule 53 FR, tvinga parter att acceptera en Special Masters tjänster mot deras vilja, så lägger ofta domstolen stor vikt vid ombudens förslag vid förordnanden av Special Masters.⁸⁶

5.2.1 Val av Special Masters

Ett återkommande problem är att hitta neutrala, förutsättningslösa kandidater som har erforderlig expertis. Hur hanterar då rätten neutralitetsproblematiken? Bakgrundskontroll för att avgöra om det förelåg någon form av intressekonflikt kunde endast påvisas i 11 % av de utnämningar som FJC-studien behandlade, en siffra som kan tyckas låg. FJC-studien visade att urvalsmetoden, för det mesta, var avhängig av uppdragets natur. Rätten förordnade exempelvis rutinmässigt domare som Special Masters (31 %) för att leda vissa delar av *pretrial discovery*-processen (se avsnitt 4.1.2). Parterna motsatte sig sällan dessa förordnanden. Den vanligaste metoden var annars att begära in förslag på kandidater från parterna (56 %). Dessa inkom med gemensamma eller separata listor på kandidater och domaren valde oftast en kandidat utifrån dessa. För de fall där parterna inte kunde enas, eller där domaren inte accepterade parternas nomineringar, hade domstolen att välja sin egen sökmetod för att hitta lämplig kandidat. Man valde då i regel en person vars kvalifikationer var kända sedan tidigare eller någon som rekommenderades av andra domare (10 %). Denna metod ansågs dock inte vara helt oproblematiserad av vissa advokater, då parternas ombud knappast skulle klandra en sådan utnämning. Man hade då endast domarens ord på att kandidaten var oberoende, förutsättningslös och kunnig. Enligt studien hörde det till ovanligheterna att Special Masters tidigare tjänstgjort som Special Masters (5 %). Special Masters utan tidigare erfarenhet som sådan välkomnade dock möjligheten att få tjänstgöra igen.

⁸⁵ Brazil (1982), s 295.

⁸⁶ Ibid.

5.2.2 Kostnader för Special Masters

Parterna står för Special Masterns arvode enligt Rule 53 (a) FR. FJC-studien visade att kostnaderna i regel inte var någon begränsande faktor för parterna för förordnanden av Special Masters. Parterna välkomnade ofta förordnandet, då de ansåg att den expertis som behövdes för att föra fallet närmare sin lösning annars inte skulle bli tillgänglig för dem och för domstolen. Domarna ansåg det dock viktigt att parterna var överens om förordnandet, då det var de som skulle stå för kostnaderna – var någon av parterna emot p.g.a. kostnadsskäl förordnades normalt inte en Special Master.⁸⁷

Arvodets storlek bestäms i sin tur av domstolen enligt samma regel. Studien visade dock att domstolen generellt sett inte fastslog någon taxa för Special Masters. Istället var det mer vanligt förekommande att parterna och Special Mastern sinsemellan förhandlade fram en taxa - normalt sett dennes standardtaxa. Parterna delade typiskt sett lika på kostnaderna. I vissa fall, där skuldfrågan redan avgjorts, betalade svarandesidan alla kostnader. Medellönen för en Special Master var 200 \$ i timmen, men kunde variera från 150 \$ till 250 \$.

FJC-studien kunde säkerställa hur stora de totala kostnaderna för användandet av en Special Master var för 12 förordnanden. I genomsnitt låg dessa på ca 63,000 \$, men för en fjärdedel av fallen låg kostnaderna på 315,000 \$ eller mer.⁸⁸

5.3 Special Masters uppgifter under förberedelsen (pretrial)

Genom att domstolen kunnat delegera olika uppgifter till Special Masters har man kunnat spara både tid och pengar. Variationen på de uppgifter som delegerats har varit stor, vilket jag tänkte illustrera med några exempel.⁸⁹

En Special Master blev bemyndigad att åka till Orienten för att observera, för domstolens räkning, ett särskilt känsligt vittnesförhör (*deposition*). Funktionen var enbart att observera vad som förekom och rapportera till domaren hur parterna uppträdde. Närvaron av en Special Master hade önskvärd effekt – framtagandet gick friktionsfritt och parterna uppträdde disciplinerat. Genom att domaren inte behövde företa den tidskrävande resan kunde han fortsätta arbeta i domstolen och genom Special Masterns närvaro slapp domstolen också att lägga tid på att lösa ytterligare konflikter relaterade till *discovery*.⁹⁰

⁸⁷ Willging (2000), s 29 f.

⁸⁸ A.a., s 43.

⁸⁹ Exempelen är hämtade från Brazil (1982) s 295 ff. där inget annat anges.

⁹⁰ Se även Manual for Complex Litigation (1995), s 108.

Mer vidsträckt kompetens har också delegerats. Förutom att underlätta kommunikationen mellan parterna, fick en Special Master också uppskatta behovet av information och utvärdera de störningar och bördor som alternativa sätt att framta dokument skulle få. Han skulle även rekommendera kompromissprocedurer och framföra sin uppfattning om omfattningen av den lagliga skyldigheten att framta dokument. Hans tjänster resulterade i en välordnad *discovery*, vilket sparade väsentligt med tid för domaren som blivit tilldelad fallet.

En annan uppgift som tilldelats Special Masters av domstolen, har varit att delta i *depositions* (avgivande av vittnesmål med parter och viktiga vittnen, se avsnitt 4.1.2.1 ovan). Sådana uppgifter brukar tilldelas när samarbetsviljan försvunnit och det föreligger motsättningar och sabotage mellan parterna. Liksom vid dokumentframtagning kan en Special Masters roll vara begränsad till att observera och rapportera parternas uppförande till domaren. Oftare får dock en Special Master göra direkta uttalanden angående lämpligheten av vissa frågor. Dessa uttalanden sammanställs i en rapport som delges parterna och officiellt lämnas in till domstolen. Även om sådana uttalanden får överklagas av parterna inom 10 dagar efter att de delgivits rapporten enligt Rule 53 (e) (1) och (2) FR – är det ovanligt att så sker. Närvaron av en neutral och erfaren advokat har generellt sett ansetts ha en modererande effekt och uppmuntrat ett mer professionellt uppförande. Genom dessa direkta uttalanden påskyndas också *discovery*.

När antalet förhör är väldigt stort, eller när frågorna är av en specialiserad eller teknisk natur, där en Special Master har avsevärt större kunnande än domaren, kan sådana utslag spara mycket tid åt rätten. Såväl pålitligheten och effektiviteten i processen kan förbättras genom användandet av Special Masters i dessa fall.

Special Masters har även använts för att koordinera kontakterna, schemaläggningar och *discovery* mellan delstatliga och federala domstolar - särskilt i komplicerade skadeståndsmål med många kärende.⁹¹

Special Masters har även fått i uppgift att konstruera databaser med relevant information för smidigare hantering av vissa mål med många kärende.⁹²

Granskande av dokument för att säkerställa om det omfattas av något sekretesskydd (exempelvis för företagshemligheter, tystnadsplikten advokat-klient eller liknande) är den uppgift som oftast åläggs Special Masters av domarna. I ett stort mål kan detta vara en formidabel uppgift då det kan vara fråga om tusentals dokument. Genom att kvalificerad expertis kan anlitas till uppgiften, exempelvis juridikprofessorer, kan beslutsprocessen underlättas och parternas förtroende för processen förbättras. Sannolikheten att parterna överklagar besluten minskar också.

⁹¹ A.a., s 315.

⁹² A.a., s 323. Se även s 326.

Större ansvarsområden har också delegerats till Special Masters. I vissa fall har domstolar tilldelat en Special Master den generella uppgiften att ”övervaka” hela *discovery*-stadiet i processen. I dylika fall har vissa domare tillåtit att en Special Master utför praktiskt taget alla de uppgifter domstolen själv skulle utfört under detta skede. Special Masters har även fått organisera och schemalägga *discovery* och sätta deadlines för delar av denna.

Ytterligare en uppgift har bestått i att assistera vid förlikningsförhandlingar. En domare som kommer in från ett annat distrikt för att försöka förlika parterna i en komplex sak kan dra nytta av en Special Masters kunskaper om fallet, parterna och ombuden. Närvaron av en erfaren och neutral person som är bekant med bevisningen i målet motverkar ombudens tendenser till olämpligt beteende.

I de fall en Special Master har särskilda kunskaper, eller genom sitt deltagande under *discovery* förvärvat detaljerad kunskap om ett komplext mål, kan denne fortsätta att vara en tillgång för domstolen under rättegången. Domstolen har i några fall utnyttjat denna resurs för att exempelvis förstå tekniska aspekter kring bevisning i målet och att få en heltäckande förklaring av de relevanta juridiska frågorna. Man har även kunnat utnyttja den akademiska status vissa personer haft, då denna medfört att parterna avhållit sig från att överklaga olika beslut. Detta har markant reducerat antalet tvister som krävt rättens avgörande.⁹³

Ett innovativt sätt att använda Special Masters, har utvecklats genom ENE-programmet i norra Kalifornien (se avsnitt 6).⁹⁴

5.4 Forskningsläget

1979 finansierade *the American Bar Foundation* studier av hur *discoverysystemet* fungerade i civilmål. Studierna byggde primärt på extensiva intervjuer med advokater och domare. Den bild som framtonade av *discoverysystemet* var oroande. Processen var ineffektiv (både tidsmässigt och kostnadsmässigt) och misslyckades ofta med att uppfylla primärsyftet: att jämnt fördela den relevanta och ej sekretessbelagda informationen mellan parterna på vilket målet skulle avgöras. Domare och advokater var eniga om att *discovery* inte kunde förbättras utan utövande av en systematisk, neutral och bestämd kontroll över processen. I teorin finns redan en sådan kontroll – domare har vidsträckta möjligheter att vägleda, undertrycka och leda alla större aspekter av förberedelsen (*pretrial*). I praktiken fungerar dock inte detta. Domstolarna har inte tillräckligt med resurser för att lägga ner mer tid på *discovery* än vad som redan görs.⁹⁵

⁹³ Brazil (1982), s 295.

⁹⁴ Brazil (1986), s 407.

⁹⁵ Brazil (1982), s 290 ff.

Domare Wayne D. Brazil, för övrigt en av upphovsmännen till ENE-programmet, diskuterar i en artikel vilken potential användandet av Special Masters har, liksom även vilka problem som kan uppkomma. I avsaknad av någon empirisk forskning på området, blir de data som finns till stor del "impressionistisk", då de består till största delen av de intervjuades egna observationer av sina egna erfarenheter. Brazil betonar behovet av experiment och betydande studier för att med säkerhet kunna fastställa implikationerna av att använda Special Masters under förberedelsen.⁹⁶

En till stora delar "impressionistisk" studie genomfördes av the Federal Judicial Center år 2000. Studien visade att förordnanden av Special Masters förekom sällan och inträffade huvudsakligen i speciellt komplicerade mål där stora belopp stod på spel. Studien visade också att förordnanden av Special Masters tillkom främst på parternas initiativ eller genom deras tysta eller uttalade samtycke och lagregler verkade inte i vare sig pådrivande eller begränsande riktning. Röster höjdes dock för införandet av klargörande regler i relation till vissa problemområden, såsom metoder för att utse Special Masters och *ex parte* samtal med Special Masters.⁹⁷

5.5 Analys

Special Masters har länge fyllt flera viktiga funktioner i USA. En av deras främsta uppgifter har varit att strukturera och begränsa det enorma processmaterial som ofta förekommer under *discovery* vid stora och komplicerade mål. I stället för att domarna har behövt sovra i den digra pappersskörden har de istället kunnat erhålla sammanfattande rapporter och underhandsyttranden gällande vissa frågor. Rapporterna delges parterna och inges officiellt till rätten. Dessa rapporter och underhandsyttranden kan överklagas av parterna inom en tiodagarsfrist (se avsnitt 5.3). Resultaten av rapporterna kommer att utgöra beslutsunderlag för rätten om de inte överklagats av någon av parterna enligt Rule 53 (e)(2) FR. Det bör understrykas att Special Masters saknar kompetens att avge för domstolen bindande beslut. De har en understödande men ingen dömande funktion. I praktiken överklagas dock sällan rapporter och underhandsavgöranden, av den enkla anledningen att dessa i regel är väl underbyggda. Parterna har kunnat utgå från att domstolen skulle komma fram till samma slutsats som Special Mastern gjort i sin rapport och därför accepterat denna. Domstolen har på detta sätt kunnat lyfta ut vissa besvärliga delar ur processen för att istället kunna koncentrera sig på andra uppgifter och problemområden. Detta har dels bidragit till att effektiviteten i processen förbättrats, dels att de rättsliga avgörandena fått högre kvalitet. Special Masters har även kunnat bidra med sitt tekniska kunnande och sin expertis inom vissa specialområden. I och med att Special Masters har förordnats på *ad hoc* basis har domstolen också kunnat anpassa uppgifterna till de särskilda kvalifikationer och egenskaper som Special Mastern har. Special Masters

⁹⁶ A.a., s 292 f.

⁹⁷ Willging (2000), s 76.

har alltså bidragit till att höja kompetensnivån inom domstolen i vissa avseenden. I Sverige skulle man väl närmast kunna likna en Special Master vid en sakkunnig som fått vissa judiciella befogenheter. Genom att bygga ut sakkunnigreglerna i 40 kap. RB eller 42 kap.17 § RB (eller bägge) skulle man kunna tillämpa ett liknande system i Sverige. Vad finns det då för fördelar respektive nackdelar med systemet?

5.5.1 Fördelar med Special Masters

En av de största fördelarna med att använda Special Masters till att utföra vissa av domstolens uppgifter är tidsvinsterna som uppstår när processen rationaliseras och strömlinjeformas. Domstolen avlastas och domaren kan lägga sin tid på ett annat fall eller att avancera det aktuella fallet i något annat hänseende.⁹⁸ Som jag har försökt illustrera ovan (se avsnitt 4.4), så har Special Masters tilldelats en stor variation av arbetsuppgifter.

Special Masters har också visat sig ha en modererande effekt på ombudens uppträdande, som blivit mer professionellt och disciplinerat i dennes närvaro. Special Masterns kompetens och status kan även avhålla ombuden från att försöka med fula tricks, vilket ytterligare effektiviserar processen.

Medan domarna till sin natur är generalister, så kan en Special Master vara expert på vissa områden och förordnas utifrån sina sakkunskaper. En expert behöver avsevärt mindre tid på sig än en generalist för att bemästra den relevanta lagstiftningens subtiliteter. När frågorna är av en specialiserad eller teknisk natur där en Special Master besitter avsevärt större kunnande än domaren kan därför användandet av en Special Master förbättra såväl pålitligheten som effektiviteten i processen.

En annan fördel är att en Special Master kan hålla både formella som informella utfrågningar med parternas ombud. I denna sin medlarroll är han heller inte bunden av processprinciperna om koncentration, omedelbarhet och muntlighet. Därigenom ges möjlighet till en särskilt smidig handläggning, avpassad efter sakens beskaffenhet och parternas önskemål. Tvisten kan t.ex. behandlas i former som gör det lättare för parterna att för framtiden behålla den inbördes affärsrelationen. Samtal *ex parte* är som tidigare påpekats inte någon okontroversiell fråga och är mycket begränsad, främst av två anledningar. Dels av rädsla för att beslutsfattaren ska uppfattas som - eller bli - partisk i sin bedömning om han bara får höra den ena partens argument oemotsagda, dels p.g.a. avsaknaden av skriftlig dokumentation om vad som förevarit.⁹⁹ Den enda gången en Special Master kan fortskrida *ex parte* är om part inte kommer till ett avtalat möte, enligt FR 53 (d) 1p.

⁹⁸ Lord (1986), s 68.

⁹⁹ DeGraw (1991), s 816.

Slutligen kan en Special Master lägga ner hela sin själ i ett enda mål för att göra det redo för rättegång eller förlika parterna och kan på så sätt bli bekant med detaljer, tekniska fakta och parterna på ett helt annat sätt än en domare, som ju ofta har flera processer löpande parallellt, har möjlighet till. En Special Master har tid att analysera, vara kreativ och leta innovativa och alternativa möjligheter att få parterna att närma sig varandra.¹⁰⁰

5.5.2 Nackdelar med Special Masters

Användandet av Special Masters kan även medföra vissa nackdelar. Brazil har pekat på några risker. En sammanhänger med den amerikanska domarrollen. Den amerikanska rättegången är omgärdad av mer attribut eller symboler än den svenska: stämningen är högtidlig, domaren sitter i högsätet med sin slängkappa, flankerad av den amerikanska flaggan. Domaren förväntas inte blanda sig i rättegången för att samtala med parterna på samma sätt som en svensk domare gör. Mer interventionistiska åtgärder har därför överlämnats till en Special Master, av rädsla för att domaren ska bli uppfattad som partisk – en risk som är större i USA än i Sverige p.g.a. ovannämnda attribut. Special Masters har därmed åtnjutit ökade befogenheter samtidigt som domaren fjärrat sig från målet.¹⁰¹

En annan nackdel är att Special Masters i vissa mål vidtagit alltför kostsamma förberedelseåtgärder.¹⁰² Motsatsvis kan det informella i förfarandet leda till inexakta eller dåligt underbyggda beslut, vilket medför att domstolen istället får extra utredningskostnader.¹⁰³ Användandet av Special Masters medför också direkta processkostnader för parterna.¹⁰⁴ Dessa kan vara avsevärda, men som tidigare anmärkts förordnar domaren sällan Special Masters om parterna inte är överens om det. Som tidigare också påpekats förhåller sig parterna i allmänhet positiva till förordnandet av Special Masters, då de anser att kostnaderna väl kompenseras av effektivitetsvinsterna med förfarandet.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Brazil (1986), s 412.

¹⁰¹ A.a., s 397 ff.

¹⁰² A.a., s 401.

¹⁰³ A.a., s 420.

¹⁰⁴ Farrell (1994), s 621.

¹⁰⁵ Manual for Complex Litigation (1995), s 64.

6 Early Neutral Evaluation

6.1 Bakgrund

En arbetsgrupp, bestående bl.a. av domare verksamma vid norra Kaliforniens distriktsdomstol inrättades 1982 i Kalifornien, med uppgift att utveckla procedurer för att reducera förseningar och kostnader under förberedelsen (*pretrial*) vid domstolen. Man fann att huvudorsakerna till dessa var: komplex och oklar *pleadings* (se avsnitt 4.1.1) som ofta rörde ihop tvistens kärnfrågor; advokaternas och parternas misslyckanden med att bedöma fallet grundligt och opartiskt i ett tidigt skede; advokaternas och parternas orealistiska förväntningar på framgång i målet; parternas känsla av alienation från rättsprocessen; dålig och indirekt kommunikation mellan käre och svarande och slutligen advokaternas ovillighet att ta upp frågan om förlikning av rädsla för att bli betraktad som den svagare parten.¹⁰⁶

En alternativ tvistlösningsform, Early Neutral Evaluation (ENE) utformades därför av arbetsgruppen, så att parterna skulle uppmuntras att konfrontera och analysera sin egen situation tidigt i processen och för att möjliggöra för parterna och deras ombud att höra varandras presentation av fallet. Syftet med ENE var att hjälpa parterna att identifiera vilka områden de var överens om och vilka som var tvistiga. Den skulle hjälpa dem att utveckla ett förhållningssätt till *discovery*, där kärnfrågorna omedelbart skulle vara i fokus och där nyckelbevisning skulle inges omgående. Alla parter och ombud skulle erbjudas en konfidentiell, rak och grundlig bedömning av en neutral utvärderare av deras respektive positioners styrka samt fallets allmänna värde, d.v.s. vad eventuella ersättningsanspråk kunde tänkas landa på. Arbetsgruppen hoppades också att ENE skulle ge parterna tillfälle att förlikas redan i ett tidigt skede, även om huvudsyftet med proceduren var att göra processen mer effektiv.

Utvärderaren, vars roll är central för ENE, är oftast en erfaren advokat. Hans uppgifter består i att bistå parterna med att göra en plan för *discovery*, att identifiera de tvistiga frågorna, att strukturera argument och bevisning och att uppskatta hur starka dessa är. Han bedömer parternas position utifrån vilken styrka och vilka svagheter som finns och ger sedan ett icke bindande utlåtande över tvisten, d.v.s. han bedömer den sannolika utgången av målet. Skulle parterna vilja det kan utvärderaren vara dem behjälpliga med att försöka nå en överenskommelse (se nedan). I hans arbetsuppgifter ingår också att undersöka hur tvisten kan lösas på bästa sätt om parternas förhandlingar visar sig resultatlösa. Det bör understrykas att resultatet av ENE inte är bindande för parterna.

¹⁰⁶ Rosenberg & Folberg (1994), s 622.

Genom att ge de tvistande parterna en första rådgivande utvärdering av den troliga utgången av tvisten kan planeringen i domstolen förbättras och möjligheten till en framgångsrik tvistlösning förbättras. I utvärderarens mandat ingår inte bara att se på vilka styrkor och svagheter som finns i fallet, utan också att utreda hur processen kan utföras på snabbast och mest ekonomiskt sätt. Biläggs inte tvisten på detta stadium förs den vidare till domstolsförhandling.¹⁰⁷

I en försöksverksamhet, som inleddes 1985, valde arbetsgruppen ut fall, som hänsköts till en neutral part – en utvärderingsman - för utvärdering inom 160 dagar innan domstolsprocessen skulle börja. Till en början utvärderades ett dussin fall och en studie av försöksverksamheten visade lovande resultat, men visade också att vissa förbättringar behövdes.¹⁰⁸

I en andra fas tilldelade domstolen försöksverksamheten med ENE 150 fall, varav 67 stycken fullföljde ENE-proceduren. En utvärdering visade att de flesta av deltagarna var övertygade om att ENE var givande (se även avsnitt 6.5).¹⁰⁹ Baserat på detta lovande resultat expanderade domstolen försöksverksamheten ytterligare och förfinade den 1988 och igen 1989. De regler distriktsdomstolen har att följa för ENE återfinns i femte kapitlet i domstolens processregler för ADR (*ADR Local Rules*) som trätt istället för domstolens *General Order 26* i samband med ikraftträdandet av *the Alternative Dispute Resolution Act* 1998. Lagstiftningen tillåter distriktsdomstolarna att hänvisa ett mål till ADR utan parternas samtycke – dock är de former för ADR som omfattas begränsade till skiljedom, Early Neutral Evaluation eller medling.¹¹⁰

Genom användandet och utformandet av sitt ENE-program har norra Kaliforniens distrikt rönt nationell (och i viss mån även internationell) uppmärksamhet och intresse. Distriktet var därför ett av sex distrikt som användes som demonstrationsdistrikt i *the Civil Justice Reform Act* (CJRA) som kom 1990.¹¹¹ CJRA krävde av alla distriktsdomstolar att de utvecklade en distriktsspecifik plan för att reducera kostnader och dröjsmål i civilprocessen. Distriktsdomstolarna hade ett visst spelrum i bestämmandet av planen och innehållet i denna, men oavsett valet av plan krävdes att domstolen hade avslutat handläggningen av målet inom 18 månader. CJRA krävde också att alla distriktsdomstolar övervägde användandet av ”*neutral evaluation programs*”.¹¹² Studier har visat att ENE numera används av 14 distriktsdomstolar över hela USA.¹¹³ ENE-proceduren varierar något från domstol till domstol, men huvuddragen i proceduren är konstanta. ENE-programmet i norra Kalifornien har accepterats som en permanent procedur

¹⁰⁷ Brown & Marriott (1993), s 40.

¹⁰⁸ Levine (1987), s 236 ff.

¹⁰⁹ Levine (1989), s 47 ff.

¹¹⁰ 28 U.S.C. § 651 (1998).

¹¹¹ CJRA kodifieras i 28 U.S.C. §§ 471-482.

¹¹² U.S.C. § 473 (b) (4).

¹¹³ Plapinger & Stienstra (1996), Rosenberg & Folberg (1994), s 629.

och fall hänskjuts numera regelbundet för prövning enligt ENE.¹¹⁴ Metoden stöds entusiastiskt av de domare som lanserade den.¹¹⁵

Då det skulle föra för långt att gå in på hur ENE-proceduren ser ut för varje distriktsdomstol har jag valt att koncentrera mig på hur den fungerar vid norra Kaliforniens distriktsdomstol – vilket faller sig naturligt då ENE har sitt ursprung där och också varit föremål för ett flertal studier (se avsnitt 6.5).

6.2 Hänvisning av mål till ENE

Norra Kaliforniens distriktsdomstol införde 1993 ett *ADR Multi-Option program*, i syfte att uppmuntra tvistande parter att använda sig av ADR och sörja för att parterna får kvalificerad hjälp att identifiera vilken ADR-form som lämpar sig bäst för deras fall. Mål kan fördelas automatiskt till *ADR Multi-Option* programmet (*ADR Local Rule 3-3*). De tvistande parterna tvingas då att välja någon av de ADR-former som erbjuds av domstolen (skiljedom, Early Neutral Evaluation eller medling). Vilken ADR-form som väljs beslutas av parternas ombud i samråd, eller, om dessa inte kan enas, av domaren (*ADR Local Rule 3-2*) under en s.k. *case management conference*.

Ombud, vars mål på så sätt automatiskt har hänvisats *ADR Multi-Option* programmet, kan inkomma med en inlaga där de begär att domstolen tar bort målet från detta. Detta regleras i *ADR Local Rule 2-3 (c)*. Inlagan behandlas av en domare som kan bevilja denna om ombudet lyckas övertyga honom om att målet är olämpligt för ADR. Detta regleras närmare av *ADR Local Rule 3-5(g)(3)*.

Likaså kan mål som inte automatiskt hänvisats programmet komma att överföras till detta efter överenskommelse mellan parterna och domaren eller genom hänvisning från den domare som tilldelats fallet på begäran av någon av parterna eller av domaren *ex officio*. Detta regleras i *ADR Local Rule 2-3 (b)*. Mellan januari och september 1994 hänvisades 138 fall till ENE under *ADR Local Rule 5*. Ytterligare 74 fall hänvisades till ENE via *ADR Multi-Option* programmet.¹¹⁶

6.3 ENE-proceduren vid norra Kaliforniens distriktsdomstol

De regler distriktsdomstolen har att följa för ENE återfinns i femte kapitlet i domstolens processregler för ADR (*ADR Local Rules*). Hur ENE-

¹¹⁴ A.a., s 42.

¹¹⁵ Nolan-Haley (2001), s 180.

¹¹⁶ Plapinger, & Stienstra, (1996), s 100.

proceduren går till regleras närmare av *ADR Local Rule 5-11*.¹¹⁷ Proceduren går i huvudsak till på så sätt att parterna föreläggs att inställa sig till ett icke-offentligt, informellt sammanträde inför den domstolsutsedde utvärderaren efter *the first status conference* (det första sammanträdet för muntlig föreberedelse, se även avsnitt 4.1.3). En vecka innan detta sammanträde skall parterna inkomma med en kort beskrivning av de tvistiga frågorna och ange vilken slags ”*discovery*” som de anser skulle underlätta möjligheterna till förlikning. De skall också ange vilka personer de anser bör närvara vid sammanträdet. Om någon av parterna är ett företag måste detta vara representerat av en person som har fullmakt att ingå bindande utfästelser och kunna binda företaget vid en eventuell förlikning. Domstolen förelägger i de allra flesta fall parterna själva att närvara, såvida inte undantag medges.¹¹⁸

Om utvärderaren anser att det är lämpligt och att det skulle kunna föra processen framåt kan uppföljningsaktiviteter efter det inledande sammanträdet arrangeras. Detta kan isåfall ske i form av skriftliga rapporter eller telefonkontakter – antingen parterna emellan eller mellan parterna och utvärderaren. Om parterna önskar så kan också ett andra utvärderingssammanträde anordnas, se nedan.¹¹⁹ Det inledande sammanträdet ska hållas inom 90 dagar från *the case management conference* (se avsnitt 6.2) enligt *ADR Local Rules 5-4 (b)*.

Antalet sammanträden - och hur långa dessa är - varierar, men en studie som gjorts visade att 30 % av sammanträdena inte varade längre än två timmar, 40 % varade mellan två och fyra timmar, 20 % varade mellan fyra och sex timmar och 10 % varade längre än sex timmar. I 20 % av fallen hölls mer än ett sammanträde.¹²⁰

Sammanträdet innehåller följande moment:

- Den opartiske utvärderaren håller ett öppningsanförande där han förklarar syftet med ENE-programmet och hur proceduren går till.
- Respektive part, eller deras juridiska ombud, presenterar därefter under ca 15 minuter fallet utan avbrott från vare sig utvärderaren eller den andre parten. Parterna utbyter i regel också mer detaljerad information om fallet. Ordinära bevisregler tillämpas inte och annan bevisföring än den som presenteras av parterna förekommer inte.
- Utvärderaren har sedan möjlighet att ställa frågor till parterna för att klargöra sakfrågor, argument och bevisning. Utvärderingssammanträdet sker ”*off the record*” och den kommunikation som sker mellan parterna

¹¹⁷

http://www.adr.cand.uscourts.gov/adr/adrdocs.nsf/668baffad4ffea4888256ccd00665842/964e5218c43c712788256cd8007f9cac?OpenDocument#TOC2_30

¹¹⁸ Lindell (2000), s 30.

¹¹⁹ Brown & Marriott (1993), s 41.

¹²⁰ Plapinger & Stienstra (1996), s 101.

samt den information som förekommer är hemlig och får inte användas i anhängiggjorda eller efterföljande processer.

- Utvärderaren identifierar de områden av tvisten där parterna är överens (och uppmanar dem att ingå avtal och utfästelser om så är lämpligt). Han identifierar även de tvistiga kärnfrågorna.
- Utvärderaren drar sig sedan tillbaka för att förbereda en skriftlig fallutvärdering. I utvärderingen uppskattas respektive sidas styrkor och svagheter. Utvärderaren bedömer vilken sida som troligast kommer att vinna målet. Det ungefärliga skadeståndsintervallet i den händelse att så sker etableras också. I fallutvärderingen redovisar och utvecklar även utvärderaren sitt resonemang kring dessa frågor.
- Utvärderaren återvänder och talar om för parterna att han/hon har förberett en informell utvärdering av fallet och frågar parterna om de vill utforska möjligheterna till en förlikning innan resultatet delges dem. Om någon av parterna tackar nej till detta så delges resultatet utan dröjsmål dem, annars försöker utvärderaren att underlätta förlikningsdiskussionerna.
- Om parterna inte är intresserade av att inleda några förlikningsdiskussioner, eller om diskussionerna inte leder någon vart, så hjälper utvärderaren parterna att utveckla en effektiv plan för hur de ska driva målet. Denna hjälp kan inkludera schemaläggande av yrkanden och *discovery*, som kan ge målet bättre förutsättningar att avgöras snabbare.
- Efter ENE-sammanträdet kan parterna komma överens om att ha ett uppföljningssammanträde eller annan form av aktivitet. Med domstolens tillåtelse kan parterna fortsätta att använda utvärderarens tjänster mot kompensation för detta.¹²¹

6.4 Förordnaden av utvärderare

Domare rekommenderade i inledningsskedet utvärderare till ENE främst utifrån deras personliga lämplighet och expertis inom det område tvisten gällde. I ett andra skede valdes personer, som kom rekommenderade av domare eller kollegor. Vissa av dessa erbjöd sina tjänster frivilligt redan från början och blev senare rekommenderade av domare och advokater som var involverade i ENE-programmet. Domstolen har efterhand upprättat en förteckning över de utvärderare som kan komma ifråga för ENE och utökat sin panel av kvalificerade utvärderare. Man väljer huvudsakligen erfarna advokater, som oftast tilldelas fallen utifrån sin tillgänglighet och expertis.

¹²¹ Rosenberg & Folberg (1994), s 621 f.

I början av programmet krävdes av alla utvärderare att de skulle genomgå ett två och en halv timme långt utbildningspass. De som organiserade ENE-programmet videofilmade detta så att de utvärderare som inte kunde vara närvarande kunde se videofilmen. Utvärderarna fick också skriftligt material som allmänt beskrev programmet och föreslog hur de bäst skulle utföra sina roller. Utbildningen har sedan utökats och omfattar nu ett endagspass.¹²²

Alla utvärderare vid Kaliforniens norra distriktsdomstol ska ha följande kvalifikationer enligt *ADR Local Rule 2-5 (b)(2)*:

- Minst 15 års erfarenhet av att utöva yrket;
- Processerfarenhet av civilmål i federal domstol;
- Personlig lämplighet;
- Juridisk expertis inom det rättsområde fallet omfattas av och
- Utbildning av domstolen.¹²³

Utvärderarna lyder under samma jävsregler som domarna (28 U.S.C. § 455) och skall även svära domareden (28 U.S.C. § 453).

6.4.1 Kostnader för ENE

Tiden det tar för utvärderaren att förbereda sig inför ENE, liksom de första fyra timmarna av ENE-sammanträdet, är kostnadsfri för parterna. Utvärderaren arbetar då *pro bono*. Efter fyra timmar kan utvärderaren välja att antingen fortsätta att arbeta kostnadsfritt, eller ge parterna valet att avsluta ENE, alternativt fortsätta ENE mot att de betalar utvärderaren 200 \$ i timmen. ENE fortsätter endast om alla (parterna och utvärderaren) är överens om det. Efter åtta timmar, fördelade på ett eller flera ENE-sammanträden, får utvärderaren, om han och parterna är överens, debitera sin normala timlön. Parterna och utvärderaren kan även komma överens om en annan lön. Detta regleras av *ADR Local Rules 5-3 (b)*, där det också framgår att ingen av parterna får erbjuda eller ge utvärderaren någon form av gåva.

I normalfallet delar parterna lika på kostnaderna, men de kan själva komma överens om en annan uppdelning om de så vill enligt *ADR Local Rules 5-3 (c)*.

6.5 Forskningsläget

Under den första fasen hade utvärderarna fått explicita instruktioner att inte ägna sig åt någon förlikningsverksamhet. De som utformat ENE ville inte att det skulle bli ett förliknings-sammanträde. Man trodde heller inte att fallet

¹²² [http://library.lp.findlaw.com/articles/file/00078/002954/title/subject/topic/intellectual%20property%20law_other/filename/intellectualpropertylaw_1_324%20%20\(6](http://library.lp.findlaw.com/articles/file/00078/002954/title/subject/topic/intellectual%20property%20law_other/filename/intellectualpropertylaw_1_324%20%20(6)

¹²³ <http://www.adr.cand.uscourts.gov/adr/adrdocs.nsf/0/c721a136da682c8c882564e600603882?OpenDocument>

skulle vara ”moget” att förlikas, då ENE skedde på ett så tidigt stadium. Huvuduppgiften för utvärderaren skulle istället vara att förmå parterna att närma sig fallets meriter mer noggrant och att utveckla ett effektivt förhållningssätt till tvistefrågorna och till *discovery*. De framkom dock att utvärderarna kände sig ”bakbundna” av den begränsningen och att den försvårade deras arbete.¹²⁴ Uppgiften att underlätta för parterna att förlikas lades därför sedermera till programmet. Utvärderaren bemyndigades att hjälpa parterna, i gemensamma eller separata möten, att utforska möjligheterna till förlikning. En annan funktion för utvärderaren blev att undersöka om fallet kunde lösas snabbare och mer effektivt på annat sätt än genom process.

Efter att försöksverksamhetens första fas utvärderats och inför att CJRA skulle träda ikraft 1990, genomfördes en kvantitativ och kvalitativ studie av försöksverksamhetens andra fas vid norra Kaliforniens distriktsdomstol. Studien, *Early Neutral Evaluation: The Second Phase*,¹²⁵ genomfördes av professor David Levine, som även hade utvärderat den första fasen av försöksverksamheten. Hans forskningsresultat visade att ENE fungerade och att de flesta av de mål som satts upp av dem som utformat ENE uppnåts. Studien visade att parterna och ombuden hade stort förtroende för integriteten i processen. De som deltagit i ENE rekommenderade starkt att verksamheten expanderades till att omfatta fler fall. Som ett slags ”kvitto” på att parterna ansåg ENE värdefull uppgav parterna att de var villiga att betala upp till ca 500 \$ (att delas lika mellan parterna) för ENE. Domstolen har dock valt att, inledningsvis, inte påföra parterna några kostnader för ENE (se föregående avsnitt). Studien kunde dock inte visa huruvida ENE var kostnadseffektiv eller inte i jämförelse med andra ADR-former.¹²⁶

Ytterligare en utvärdering av ENE gjordes 1994, *Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis*, som baserades på flera hundra fall som tilldelats ENE mellan 1988 och 1992. De viktigaste resultaten av utvärderingen kan sammanfattas enligt följande¹²⁷:

- Ca två tredjedelar av de som deltog i ENE kände sig nöjda med förfarandet och ansåg det vara värt de resurser som ägnats åt programmet.
- ENE-processen varierade märkbart från fall till fall och från utvärderare till utvärderare. Den viktigaste faktorn för, om ENE blev betraktad som framgångsrik av deltagarna eller inte, var kvaliteten på utvärderaren. Missnöje med ENE berodde till stor del på missbelåtenhet med utvärderaren.

¹²⁴ Levine (1987), s 238.

¹²⁵ Levine (1989), s 4 ff.

¹²⁶ A.a., s 48.

¹²⁷ Rosenberg & Folberg (1994), s 621 ff.

- Även om den procentandel av parter som rapporterade att de sparade pengar genom ENE var lika med den andel som rapporterade att de förlorade pengar, så var besparingarna i medeltal 10 gånger större än kostnaderna (47,000 \$ respektive 4,600 \$).
- Den behållning av ENE som oftast angavs var erhållandet av en bättre förståelse för den andra sidans bild av fallet.
- Cirka hälften av deltagarna i ENE rapporterade att deltagande minskade handläggningstiden i domstolen.
- När parter och ombud ombads rangordna olika alternativ (medling, förlikningssammanträde m.fl.) kom ENE först – vilket också är förenligt med studiens resultat att de flesta väljer ENE framför andra ADR-former under domstolens *ADR Multi-Options* program.
- Även om förlikning inte var främsta syftet med ENE rapporterade 23 % av ombuden och 35 % av parterna att deras mål hade förlikts, som ett direkt resultat av ENE.¹²⁸

6.6 Analys

ENE modellen har varit föremål för ett flertal studier i USA och resultaten visar att processen fungerar tillfredsställande och allmänt anses vara rättvis och värdefull, även om det är några aspekter som behöver förbättras och utvecklas.¹²⁹ Forskningen har visat att flertalet parter såg utvärderingarna som tillförlitliga och användbara. Det förekom dock parter som inte förstod hur utvärderaren hade kommit fram till sin slutsats och som var besvikna på den. För att undvika detta är det därför nödvändigt att utvärderaren tar sig tid att utförligt utveckla sina resonemang och tankegångar.

Användningen av ENE och hur pass framgångsrik metoden blir, är till stor del avgörande av att domstolen väljer rätt mål till denna ADR-form. Erfarenheten har visat att de mål som lämpar sig bäst för ENE är mål som rör kommersiella kontrakt, samt skadeståndsmål.¹³⁰

Eftersom ENE-processen också till stor del är beroende av vilken utvärderare som tilldelas fallet, måste följaktligen stor möda läggas på utbildning och utnämningförfarandet för att ENE ska bli så rättvis – och så rättvisande – som möjligt. En standardisering av förfarandet och hur utvärderaren närmar sig fallet och parterna kan dock skapa en rigiditet som skulle kunna motverka ett av syftena; att skapa möjligheter för en förlikning.

¹²⁸ Den procentuella skillnaden torde bero på att färre parter än ombud svarade på frågeformuläret; 143 st. respektive 377 st.

¹²⁹ Brown & Marriott (1993), s 41.

¹³⁰ Nolan-Haley (2001), s 180.

6.6.1 Fördelar med Early Neutral Evaluation

ENE har visat sig ha flera fördelar. Proceduren har bl.a. lett till att parterna och ombuden undersöker sitt fall mer noggrant och systematiskt, vilket ger dem en bättre förståelse för rättsfrågorna. Informationsutbytet och kommunikationen mellan parterna har också förbättrats, vilket ökat förutsättningarna för tidiga förlikningsdiskussioner.

En stor processekonomisk fördel har varit att förhållningssättet till *discovery* blivit mer ekonomiskt och att målen kunnat avgöras snabbare – till nytta såväl för det allmänna som för parterna.¹³¹

Förfarandet är också gratis – i alla fall till en början. Efter de första fyra timmarna av en session får utvärderaren ta betalt 200 \$ per timme (se avsnitt 6.4.1).¹³² Förfarandet sker på ett tidigt stadium, generellt sett inom 90 dagar från tidpunkten för *the case management conference* (se avsnitt 6.2). Utvärderingen är inte bindande utan parterna behåller kontrollen över processen och tvingas inte gå med på saker de inte vill. Det finns heller inga sanktioner om man inte accepterar utvärderarens bedömning eller följer dennes procedurmässiga råd.

Utvärderingen sker konfidentiellt. All kommunikation som förekommer vid en ENE-session skall behandlas som konfidentiell av domstolen, ombuden och parterna. De skriftliga rapporterna som givits in av parterna (se avsnitt 6.3), de diskussioner som förekommit under ENE-sammanträdet och utvärderarens utvärdering är alla konfidentiella och kommer inte att avslöjas för domaren som tilldelats fallet. Detta regleras närmare av *ADR Local Rule 5-12*. Utvärderaren får be samtliga som närvarar under ett ENE-sammanträde att skriva under ett avtal om tystnadsplikt enligt *5-12 (c)*.

6.6.2 Nackdelar med Early Neutral Evaluation

Det har förekommit sparsamt med kritik riktad särskilt mot ENE. ADR har av vissa advokater kritiserats för att utgöra ”*secret justice for the privileged few*”, vilket främst syftar på de höga kostnaderna och konfidentialiteten. Vissa delar av den generella kritiken kan dock tillämpas även på ENE.

Användandet av advokater istället för domare för att utvärdera fall har kritiserats som en avsägelse av judiciellt ansvar och för att vara potentiellt ineffektivt. Betydelsen av att handläggningstiderna blivit kortare ska inte överdrivas, menar kritikerna. Det saknas, som tidigare nämnts, belegg för att ENE skulle vara mer kostnadseffektivt än andra ADR-former. Kritikerna

¹³¹ Niemic (2001), s 22.

¹³² [http://library.lp.findlaw.com/articles/file/00078/002954/title/subject/topic/intellectual%20property%20law_other/filename/intellectualpropertylaw_1_324%20%20\(6](http://library.lp.findlaw.com/articles/file/00078/002954/title/subject/topic/intellectual%20property%20law_other/filename/intellectualpropertylaw_1_324%20%20(6)

anser att den sammanlagda efterfrågan på domstolens resurser inte har minskat, utan att kostnaderna endast omfördelats till början av processen och till användandet av icke-judiciella resurser.¹³³

Vad som är säkert är dock att i realiteten få domare kan avvara den tid som behövs (i genomsnitt fyra timmar plus förberedelsetid) för ett meningsfullt utvärderingssammanträde. Att låta domare handha ENE skulle därför vara en praktisk omöjlighet, utan en samtidig ökning av domstolens resurser. Till yttermera visso kan parter befara att en domares deltagande skulle försämra dennes möjligheter att vara opartisk och rättvis under en efterföljande process. Även om den obligatoriska utbildningen och urvalet av utvärderare ska garantera en generellt hög kvalitetsnivå är det ofrånkomligt att vissa avvikelser förekommer. På det hela taget så har dock användandet av advokater fungerat bra och såväl parter och ombud har uttryckt stort förtroende för processen.

Ytterligare kritiska röster har höjts mot domstolens roll i ENE. Att hitta advokater, som utan ersättning ska hjälpa parterna att förstå sig på deras mål är ju egentligen inte domstolens uppgift, utan vad parterna betalar sina ombud för. Om parterna vill ha en andra, neutral åsikt, borde de få betala för den, menar kritikerna, som också undrar om advokaternas *pro bono*-arbete inte skulle kunna användas på ett bättre sätt.¹³⁴

Att hitta rätt person kan också visa sig svårt. Idealkandidaten skall ha erkänd expertis inom det område tvisten gäller – utan att för den skull vara så insatt i tvistens art eller parternas ställning att hans neutralitet kan ifrågasättas av dem. Detta problem kan vara särskilt framträdande när tvisten berör rättsliga specialområden, såsom patenträtt eller sjörätt, där antalet rättsliga aktörer är förhållandevis få och ”alla känner alla”. En partiell lösning på detta problem är att använda juridikprofessorer eller pensionerade domare som utvärderare.¹³⁵

Timingen av ENE har också ifrågasatts. Genom att kräva ett ENE-sammanträde i ett så tidigt skede, tvingas parter och ombud att lägga ner mycket tid, arbete och resurser på *discovery* för att försöka omfatta materialet och värdera fallet mycket tidigare än normalt.¹³⁶ Även om detta kan uppfattas som negativt för somliga, gynnar det samtidigt en hastig och effektiv lösning av fallet. Anledningen till att ingripandet sker på ett så tidigt stadium är ju att utvärderaren i samarbete med parterna ska kunna planera effektiva sätt att strömlinjeforma fallet på – genom att exempelvis hindra parternas *discovery* från att svälla ut okontrollerat och koncentrera parternas argument till att avse kärnfrågorna.

¹³³ Stienstra & Willging (1995), s 37.

¹³⁴ A.a., s 42.

¹³⁵ Brazil (1986), s 409.

¹³⁶ Niemic (2001), s 17.

Utvärderarens roll kan även kollidera med advokat- och klientrelationen. En farhåga är att parterna ser utvärderaren som kritisk till sina ombud, när denne kommer med nya och mer övertygande argument och lösningsförslag som ombuden inte tidigare givit uttryck för. Utvärderare tränas att förklara sin neutrala roll för parterna. Det är då möjligt att en utvärderare kan verka mer kapabel än en dåligt förberedd advokat. I den utsträckningen, att en part möjligen kan förlora förtroendet för sitt ombud, är det ett litet pris att betala för effektivitet.

En utvärdering av en skicklig praktiker kan också rubba maktförhållandena mellan parterna. Detta är nog den allvarligaste teoretiska kritiken mot ENE. Innan ENE kunde ett av ombuden vara mer erfaren och kunnig om fakta och juridiken i målet än den andra sidans ombud. Genom att utsätta bägge sidor för en genomträngande analys och därigenom blottlägga de brister i resonemang eller strategi som lämnats av den ”svagare” advokaten kommer utvärderaren till att effektivt arrangera om de bägge sidornas relativa uppskattningar om fallets styrkor och svagheter. Mer specifikt, så kan utvärderaren erbjuda en ny infallsvinkel, ett annat sätt att närma sig fakta eller en nyckelteori som kan ändra fallets inriktning. Detta kan rubba maktbalansen mellan parterna och slutligen utgången i målet. Ska detta tillåtas? Eller ska utvärderaren avstå från att frivilligt erbjuda nya och annorlunda teorier, hur övertygande de än må vara? I norra Kaliforniens distriktsdomstol har man valt linjen att göra en fullständigt genomgripande analys. Man har ansett att ändamålet, att uppnå en rättvis och snabb lösning på tvisten, kräver inte mindre än detta.¹³⁷

6.6.3 Medling kontra Early Neutral Evaluation

Vid en första anblick kan det verka som om medling och ENE är tämligen likartade. ENE påminner visserligen om medling, och kan på parternas begäran också övergå i sådan, men förfarandena skiljer sig åt på vissa avgörande punkter. ENE fyller primärt en utredande och i förlängningen en utvärderande funktion, vilket inte medlingen gör. Utvärderingen är inte huvudmålet för medlingsprocessen. Huvudsyftet med medling är istället att få parterna att förlikas. Någon egentlig utvärdering sker inte, utan medlingsarbetet bedrivs i samarbete med parterna som en kontinuerlig process. I ENE så är utvärderingen direkt och explicit och är baserad på öppen information som alla parter har delat med sig av. Huvudsyftet med ENE är utvecklandet av olika strategier för ”*case-management*”; metoder att göra processen mer effektiv (se avsnitt 6.1. bl.a.). Förlikning är inte huvudsyftet med ENE utan snarare ett sekundärmål. Parterna har inte skyldighet att diskutera eller inleda förlikningsförhandlingar. Utvärderaren har heller inte mandat att tvinga fram några sådana.

¹³⁷ <http://www.adr.cand.uscourts.gov/adr/adrdocs.nsf/0/c721a136da682c8c882564e600603882?OpenDocument>

En annan skillnad består i de kunskaper en medlare respektive en utvärderare bör ha. Vid medling behöver medlaren processerfarenhet, snarare än sakkunskaper, medan vid ENE behöver utvärderaren framförallt kunskaper om sakfrågan.

Framställningarna riktas också mot olika mål. Vid medling riktas den ena partens presentation av fallet mot den parten, vid ENE inriktas framställningarna mot utvärderaren. Var medling och ENEs huvudsakliga fokus ligger skiljer sig också åt. Vid medling fokuseras på intressen (snarare än positioner) - varje sida försöker identifiera och förklara sin situation, sina behov och perspektiv. Vid ENE ligger fokus under fallpresentationen först på att uppskatta bevisning och juridiska aspekter, och senare på "*case management*", d.v.s. att skapa möjligheter för en effektiv processföring.¹³⁸ Förutom vad avser aktiviteter relaterade till schemaläggning av ENE så förekommer ingen kommunikation *ex parte* med utvärderaren innan denne formulerar sin rapport.¹³⁹

¹³⁸ Plapinger & Stienstra (1996), s 63f.

¹³⁹ Ibid.

7 Slutsats

ADR anses av många vara ett överlägset alternativ till den konventionella domstolsprocessen.¹⁴⁰ Det råder dock delade meningar om detta. Motståndarna menar att ADR missgynnar de svaga i samhället, att processen inte är konstitutionellt acceptabel och medför att normbildningen passiviserar genom att samhället avhänder sig viss makt över rättsskipningen och inte genomför nödvändiga reformer. Förespråkarna för alternativ tvistlösning anser istället att processen ger en snabb och billig tvistlösning av god kvalitet och ser få eller inga risker med förfarandet.

Sverige har visat ett stort intresse för olika former av alternativ tvistlösning (t.ex. nämndlösningar samt medling och skiljeförfarande som alternativ till rättegång); i sistnämnda hänseende intar Sverige en framskjuten position internationellt. Lindell planerar f.n. ett stort projekt över fakultetsgränserna rörande bl.a. förlikning och medling med deltagande även av forskare i freds- och konfliktlösning.¹⁴¹ Att behovet av enklare och billigare tvistlösningssmodeller är stort visas t.ex. av att Stockholms Handelskammare 1999 lanserade ett medlingsförfarande som ett komplement till sina regler om förenklat skiljeförfarande från 1995.¹⁴² Lagstiftaren har än så länge inte visat något större intresse för frågan, men hovrättsprocessutredningen snuddade 1995 vid tanken och föreslog ett helt nytt institut, nedsättning av förlikningslikvid, för att få parter att ingå förlikning och för att förhindra att seriösa förlikningsbud avvisades.¹⁴³ Någon lagstiftning kom emellertid inte till stånd, vilket har lett till att Stockholms Handelskammares regelverk är det enda privata regelverk som behandlar medling som finns tillgängligt på marknaden.¹⁴⁴

Inom EU finns också ett ökande intresse för ADR, vilket bl.a. har lett fram till en Grönbok om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt.¹⁴⁵ Tillgång till domstolsprövning är en grundläggande rättighet som följer av bland annat artikel 6 i Europakonventionen.¹⁴⁶ Flera faktorer talar för att utvecklingen mot alternativa tvistlösningssformer kommer att fortsätta i Sverige. Ökad kunskap om olika alternativ kan exempelvis leda till lagstiftningsinitiativ och ökad beredvillighet hos parter att pröva nya former. Utbildning av domarkåren skulle kunna fylla en funktion. I Sverige förekommer ingen utbildning i ADR. Undervisning bedrivs dock vid olika universitet i USA, i England, på Irland och i Tyskland. Harvard Law School anordnar årligen en veckolång s.k. *workshop* för medlare. I Danmark

¹⁴⁰ Lieberman & Henry (1986), s 429.

¹⁴¹ <http://www-hotel.uu.se/juri/forskning/katalog/processratt.html>

¹⁴² http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/regler/medlingsregler.pdf

¹⁴³ SOU 1995:124, s 24.

¹⁴⁴ Sjölin (2000), s 8.

¹⁴⁵ KOM (2002) 196 slutlig.

¹⁴⁶ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

anordnas vissa kurser av Dansk Forligsaevn med egna eller utländska föreläsare.¹⁴⁷

Nedskärningarna inom domstolsväsendet påverkar också i samma riktning - domstolsalternativet riskerar att bli ännu långsammare och dyrare. Inom näringslivet, där långsiktiga affärsförbindelser främjas bäst genom förlikningslösningar kan kravet på snabb tvistlösning driva fram nya alternativ. Med USA som förebild kommer tekniken sannolikt att utvecklas och förfinas.¹⁴⁸ Sverige har dock delvis en annan situation än USA, främst p.g.a. kostnadsfördelningsskäl -risken att behöva stå för alla kostnader har en starkt återhållande verkan på stämningbenägenheten.

Några väsentliga förändringar kan därför knappast förväntas i Sverige vad gäller tvistlösning, däremot kommer det antagligen att ske en utveckling, liksom förskjutningar mellan olika tvistlösningsformer, i första hand från domstolsprocessen till andra former. Nedskärningar inom domstolsväsendet kommer driva fram effektiviseringar och processuella begränsningar. Avgifter och tidsaspekten kan göra andra tvistelösningssformer intressantare. Med ett ökat utrymme för olika förlikningslösningar och en snabbare utveckling av domstolsprocessen, torde vi i Sverige kunna se fram emot ett mer varierat system av tvistelösningssformer. Organisatoriskt skulle man kunna ha särskilda förlikningsavdelningar vid de större tingsrätterna, som bör kunna arbeta under samma villkor som de dömande avdelningarna (d.v.s. att något särskilt arvode inte skall utgå till medlaren/utvärderaren, utan parterna betalar en vanlig ansökningsavgift).¹⁴⁹

En viktig skillnad mellan konventionellt rättegångsförfarande och ADR ligger också i själva handläggningen. I Sverige destinerar t.ex. ett mål till specialdomstol enligt i lag på förhand fastställda förutsättningar, medan i USA så undersöks eller "scannas" först målet och sedan väljs lämplig typ av ADR. Detta torde öka förutsättningarna för att målet blir effektivare handlagt.¹⁵⁰

Förutom tillhandahållandet av domstolsanknuten förlikning enligt 42 kap. 17 § RB 1 st, förordnade av särskild medlare enligt 2 st och den förenklade handläggningen enligt 42 kap. 20 § RB utgör rättegångsbalken inte ett särdeles flexibelt instrument för tvistlösning. Principerna om muntlighet, koncentration och omedelbarhet borde kunna mjukas upp för att ge utrymme för en mer flexibel process. Införandet av ytterligare alternativa tvistlösningssformer skulle kunna göra processen mer ändamålsenlig och anpassad till de allt större krav som ställs på den av de rättsliga aktörerna - parterna, ombuden och inte minst domarna.

¹⁴⁷ Hyllengren (1995), s 21.

¹⁴⁸ Franke (1996), s 101 ff.

¹⁴⁹ Hyllengren (1995), s 25.

¹⁵⁰ Lindell (2000), s 241.

Ett införande av de alternativa tvistlösningsförfarandena Special Masters och Early Neutral Evaluation skulle därvid kunna tillgodose vissa behov. Genom att studera hur modellerna fungerar i USA och ta del av den forskning som gjorts om dem, kan värdefulla erfarenheter erhållas om hur de bäst skulle kunna användas i Sverige. De stora och komplicerade målen har lång handläggningstid och kan blockera domstolens arbete med andra mål under en lång tid. Det kunde vara en fördel om domstolen hade möjlighet att låta en eller flera utomstående experter bedöma utvalda tvistiga frågor och sedan lämna en värdering till parterna och domstolen. Domstolen skulle på detta sätt kunna avlastas och erhålla ett mer strukturerat underlag för bedömningen av de svåra bevis- eller rättsfrågorna. Detta kunde lagtekniskt ske genom en utbyggnad av sakkunnigreglerna i 40 kap. RB eller 42 kap.17 § RB (eller bägge). Man skulle på så sätt kunna frigöra resurser och minska handläggningstiderna. Man kan också utforma ett system för Early Neutral Evaluation som skulle kunna fungera parallellt med förlikningsförfarandet och den särskilda medlingen enligt RB. Självfallet får man nog balansera hur långtgående befogenheter Special Masters och utvärderare kan ges, utan att domstolens rättsskapande och dömande funktion, liksom även rättssäkerheten urholkas. Lämpligheten i att Special Masters tilldelas en rättsskipande roll har exempelvis ifrågasatts i litteraturen.¹⁵¹

Utformandet av etiska regler, utbildning av medlare/utvärderare och en kvalitetssäkring i form av auktorisation eller liknande kan vara lösningar för att säkra att de alternativa tvistlösningsförfarandena håller en jämn och hög kvalitet. Kommissionen väcker frågan om staten bör ta över de insatser som gjorts av de yrkesverksamma och inrätta ett system för auktorisation av tredje part, under förutsättningen att det inte kommer att påverka den alternativa tvistlösningens flexibilitet och enkelhet.¹⁵² Personligen tror jag att det skulle vara en god idé, då det annars skulle kunna leda till en uppsjö av mer eller mindre seriösa alternativ.

Domstolens begränsade resurser och de långa handläggningstiderna minskar förtroendet för domstolarna. Tidsbristen medför samtidigt en risk för att domarna blir sämre skrivna och motiverade, mindre genomtänkta och kanske även materiellt felaktiga. Rättvisan och rättssäkerheten tenderar att bli lidande. Allt handlar egentligen om hur man bäst utnyttjar de begränsade resurser som rättsväsendet har till sitt förfogande. Kan ADR bidra med att ta bort en del av pressen på domstolarna kanske detta väger upp dess nackdelar. Isåfall har man kommit en bra bit på väg mot det slutliga målet med ADR – att skapa två vinnare ur en konflikt.

¹⁵¹ Little (1984), s 469.

¹⁵² KOM (2002) 196 slutlig, s 92.

Litteraturförteckning

Offentligt tryck

SOU 1982:26 Översyn av rättegångsbalken I - Processen: Tingsrätt.

SOU 1995:65 Näringslivets tvistlösning.

SOU 1995:124 Ett reformerat hovrättsförfarande.

SOU 2001:103 En modernare rättegång.

SOU 2003:114 Delbetänkande av Beredningen för rättsväsendets utveckling

Prop 1986/87:89 om ett reformerat tingsrättsförfarande.

Prop 1998/99:35 Ny lag om skiljeförfarande.

Ds 2001:26 Hovrättsprocessen i framtiden

Rättsfall

United States of America v State of Michigan, 623 F2d 448 (CA 6, 1980)

Europarättsligt material

Grönbok om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt
(KOM (02) 196 slutlig - ej offentliggjord i EGT)
(http://europa.eu.int/eur-lex/sv/com/gpr/2002/com2002_0196sv01.pdf)

Litteratur

Brazil, W. D. (1982). Special masters in the pretrial development of big cases: potential and problems. *American Bar Foundation Research Journal*, 287(2), 289-374.

Brazil, W. D. (1983). Referring discovery tasks to special masters: is rule 53 a source of authority and restrictions? *American Bar Foundation Research Journal*, 141, 43-156.

- Brazil, W. D. (1986). Special masters in complex cases: extending the judiciary or reshaping adjudication? *University of Chicago Law Review*, 53(2), 394-423.
- Brown, H., & Marriott, A. (1993). *ADR principles and practice*. London: Sweet & Maxwell.
- Carstens, A-M. C. (2001-2002). Lurking in the shadows of judicial process: special masters in the Supreme Court's original jurisdiction cases. *Minnesota Law Review*, 86, 625-716.
- Constantino, C. A. & Merchant, C. S. (1996). *Designing Conflict Management Systems*. San Fransisco: Jossey-Bass.
- Dahlquist, A-L. (2003). *Sekretess inom rättsväsendet*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- DeGraw, J. S.(1991). Rule 53, inherent powers, and institution reform: the lack of limits on special masters. *New York University Law Review*, 66, 800-849.
- Farrell, M.G. (1994). Special Masters. I Cecil, J. S. mfl. (Red.,). *Reference Manual on Scientific Evidence*. 575-622. Federal Justice Center.
- Farrell, M. G. (1997). The function and legitimacy of special masters. *Widener Law Symposium Journal*, 2, 235-297.
- Franke, U. (1996). ADR - svaret på ett amerikanskt dilemma eller framtidens tvistelösningsmodell? *Ny Juridik*, 1, 90-105.
- Hyllengren, K. (1995). RB 42:17 - ett bortglömt lagrum? *Ny Juridik*, 3, 7-27.
- Kovach, K.K. (1994). *Mediation. Principles and Practice*. St. Paul, Minn.: West Group.
- Levine, D.I. (1987). Early neutral evaluation: a follow-up report. *Judicature*, Vol. 70 (4), 236-240.
- Levine, D.I. (1989). Northern District of California adopts Early Neutral Evaluation to expedite dispute resolution. *Judicature*, Vol. 72 (4), 235-238.
- Levine, D.I. (1989). Early Neutral Evaluation: The Second Phase. *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 1989, 1-57.
- Lieberman, J. K. & Henry, J. F. (1986). Lessons from the alternative dispute resolution movement, *University of Chicago Law Review*, 53(2), 424-439.

Lindblom, P.H. (1989). *Grupptalan Det anglo-amerikanska class actioninstitutet ur svenskt perspektiv*. Stockholm: Norstedts.

Lindell, B. (2000). *Alternativ tvistlösning, Särskilt medling och skiljeförfarande*. Uppsala: Iustus Förlag.

Little, T. G. (1984). Court-appointed special masters in complex environmental litigation: City of Quincy v. Metropolitan District Commission. *Harvard Environmental Law Review*, 8, 435- 475.

Lord, M. W. (1986). Discovering abuse: appointing special masters. *Hamline Law Review*, 9, 63-68.

McGovern, F. E. (1986). Toward a functional approach for managing complex litigation. *University of Chicago Law Review*, 53(2), 440-493.

Nolan-Haley, J. M. (2001). *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*. St. Paul, Minn.: West Group.

Norman, J. (1999). *Medling och andra typer av ADR-alternativ konfliktlösning-introduktion och handbok*. Uppsala: Iustus Förlag.

Rosenberg, J. D. & Folberg, H. J. (1994). Alternative Dispute Resolution: An empirical analysis. I Riskin, L. L. & Westbrook, J. E. (Red.) *Dispute resolution and lawyers*. (2nd Ed.) 621- 630. St. Paul, Minn.: West Group.

Sjölin, C. (2000). Praktisk tvistlösning i väster. *Advokaten*, 4, 8-12.

Ury, W. L., Brett, J. M., Goldberg, S. B. (1993). *Getting disputes resolved, designing systems to cut the cost of conflict*. Cambridge, Mass.: The Program on Negotiation at Harvard Law School.

Widebeck, T. (1995). Några medlarfunderingar. *Ny Juridik*, 3, 52-58.

Wissler, R. L. (2002). When does Familiarity Breed Content? A Study of the Role of Different Forms of ADR Education and Experience in Attorneys' ADR Recommendations. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2, 199-224.

Internetlänkar

[The Alternative Dispute Resolution \(ADR\) Program at the United States District Court for the Northern District of California](http://www.adr.cand.uscourts.gov/adr/adrdocs.nsf/0/c721a136da682c8c882564e600603882?OpenDocument)

<http://www.adr.cand.uscourts.gov/adr/adrdocs.nsf/0/c721a136da682c8c882564e600603882?OpenDocument> (senast besökt den 31 januari 2004)

FindLaw for Legal Professionals – Judicial Strategies for Resolving IP Cases Without Trial: Early Neutral Evaluation

http://library.lp.findlaw.com/articles/file/00078/002954/title/subject/topic/intellectual%20property%20law_other/filename/intellectualpropertylaw_1_324 (senast besökt den 31 januari 2004)

The Alternative Dispute Resolution (ADR) Program at the United States District Court for the Northern District of California

http://www.adr.cand.uscourts.gov/adr/adrdocs.nsf/668baffad4ffea4888256ccd00665842/964e5218c43c712788256cd8007f9cac?OpenDocument#TOC1_5 (senast besökt den 31 januari 2004)

Chicago-Kent College of Law

<http://www.kentlaw.edu/> (senast besökt den 31 januari 2004)

Stockholms Handelskammars Medlingsinstitut

<http://www.sccinstitute.com/se/Medlingsinstitutet/>
http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/regler/medlingsregler.pdf
(senast besökt den 31 januari 2004)

Uppsala Universitet

<http://www-hotel.uu.se/juri/forskning/katalog/processratt.html>
(senast besökt den 31 januari 2004)

Övrigt material

Manual for Complex Litigation. (1995). Manual från the Federal Judicial Center. ([http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mcl.pdf/\\$File/mcl.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mcl.pdf/$File/mcl.pdf))

Niemic, R.J., m.fl. (2001). *Guide to Judicial Management of Cases in ADR.* Rapport från the Federal Judicial Center. ([http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/ADRGuide.pdf/\\$file/ADRGuide.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/ADRGuide.pdf/$file/ADRGuide.pdf))

Norman, J. (1999). Enkät om medling (ej publicerad).

Plapinger, E. & Stienstra, D. (1996). *ADR and Settlement in the Federal District Courts, a sourcebook for judges & lawyers.* Rapport från the Federal Judicial Center & CPR Institute for Dispute Resolution. (http://www.fjc.gov/newweb/jnetweb.nsf/autoframe?openform&url_r=pages/556&url_l=index)

Stienstra, D & Willging, T.E. (1995). *Alternatives to Litigation: Do They Have a Place in the Federal District Courts?* Rapport från the Federal Judicial Center. (http://www.fjc.gov/newweb/jnetweb.nsf/autoframe?openform&url_r=pages/556&url_l=index)

Willing, T.E. m.fl. (2000). *Special Masters' Incidence and Activity*. Rapport från the Federal Judicial Center. ([http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/SpecMast.pdf/\\$file/SpecMast.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/SpecMast.pdf/$file/SpecMast.pdf))