



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sara Petersson

Särskild medling i dispositiva tvistemål –
en komparativ utvärdering av den svenska medlingsmodellen
samt behovet av ett ackrediteringssystem för medlare i Sverige

JURM02 Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Karol Nowak

Termin: HT 2016

Innehållsförteckning

Sammanfattning	2
Summary	3
Förord	4
Förkortningar	5
1. Inledning	6
1.1 Frågeställning och problemformulering	7
1.2 Metod	8
1.3 Disposition	9
2. Medling som alternativ tvistlösningsmetod i Sverige	10
2.1 Utvecklingen av ADR i Sverige	10
2.2 Medlingsbegreppet och dess utveckling	13
2.3 Medling i förhållande till förlikning i rättegångsbalken	19
2.4 Medling i förhållande till särskild medling i rättegångsbalken	21
2.5 När bör medling inte användas?	23
2.6 När bör medling användas?	25
2.7 Medlarens roll	28
3. Behovet av ett ackrediteringssystem för medlare	30
3.1 Medlare listade av svensk domstol	31
3.2 En komparativ studie av ackrediteringssystemet för medlare i Australien	32
3.3 Ackrediteringssystemet i förhållande till sekretess av processen; vad händer när en medlare missbrukar sitt uppdrag i Sverige?	35
4. Särskild medling i förhållande till rättskipning	37
4.1 Stadfästelse och verkställbarhetsförklaring efter medlingsprocessen	39
5. Ackrediteringssystem utanför Sverige	41
6. Diskussion och slutsats	43
Käll- och Litteraturförteckning	45

Sammanfattning

Särskild medling erbjuds idag av Sveriges domstolar som ett alternativ till en domstolsprocess eller förlikningsprocess. Särskilda medlare i Sverige består idag utav en blandning av advokater, domare och socionomer.

Internationellt sätt finns det erkända institut som erbjuder ackreditering för medlare, däribland Centre of Dispute Resolution i London, Storbritannien. Medlare från Sverige och hela världen får därifrån ackreditering som medlare, vilket ger dem kunskap om olika medlingsmetoder och tekniker. Detta dels för att den internationella marknaden efterfrågar viss professionalitet kring medlingsprocessen.

Uppsatsen går igenom hur särskilda medlare i Sverige inte har tillgång till något svenskt ackrediteringssystem och att det enbart är en liten del av medlarna som själva tagit ansvar för sin ackreditering. Detta jämförs med det frivilliga ackrediteringssystem för medlare som finns i Australien, som även skapat en betydande efterfrågan från den privata marknaden på ackrediterade medlare.

Genom en rättsdogmatisk och komparativ studie läggs fördelar och nackdelar med ett svenskt ackrediteringssystem fram.

Det går inte att förutsäga huruvida ett ackrediteringssystem hade förbättrat särskild medling i svensk rätt, delvis beroende på att det först måste finnas ett beslut om vem som ansvarar för ackrediteringen; den privata marknaden eller staten.

Det finns dock flera fördelar med en ackreditering som hade hjälpt medlare att tillgodose sina klienter med de specifika fördelar som en medlingsprocess kan innebära och som annars riskerar att gå förlorad på grund av kunskapsbrist.

Slutsatsen blir därför att ett ackrediteringssystem behövs och att detta troligtvis hade ökat efterfrågan på den svenska marknaden för särskild medling.

Nyckelord: Medling, särskild medling, alternativ tvistlösning, konflikthantering, förlikning, dispositiva tvistemål, ackreditering.

Summary

The Swedish courts offer court-annexed mediation as an alternative to litigation or court-annexed conciliation. On the Swedish National Courts Administration's website, there is a list available of Swedish mediators available for court-annexed mediation that includes lawyers, judges and social workers.

From an international perspective, there are several institutes that offer accreditation for mediators, for example the Centre of Dispute Resolution in London, Great Britain. Some Swedish mediators have received accreditation from London, which gives them knowledge over mediation techniques and mediation models. On an international level, the accreditation services contribute with a high standard for mediators.

This thesis examines how court-annexed mediators in Sweden do not have access to a Swedish accreditation system. Only a small part of the mediators has taken the responsibility to become accredited mediators themselves. The Swedish system can be compared to the Australian national accreditation system that has provided the Australian private dispute resolution market with mediators of high standard. By legal dogmatic method and comparative method, this thesis examines the benefits and risks with a Swedish national accreditation system.

It is impossible to tell how an accreditation can contribute to the dispute resolution market since there is no official Swedish statistics over the current mediation market, but there are at least several benefits with an accreditation that a mediator can use in order to improve the standards of mediation, for example reduce the risks of power imbalances between parties.

The conclusion of this thesis is that an accreditation system probably would have improved the court-annexed mediation standard in Sweden, which would lead to an improved use of mediation.

Keywords: Mediation, alternative dispute resolution, dispute management, court settlement, court-annexed mediation, accreditation

Förord

Konflikthantering och speciellt medling är ett intresse som jag haft under alla mina terminer på juristprogrammet på Lunds Universitet. Efter kandidatexamen på juristprogrammet valde jag att läsa en extra master i konflikthantering vid University of New South Wales i Sydney, Australien. Mastern var mestadels inriktad på konflikthantering på en internationell nivå där jag snabbt insåg att medling var det jag tyckte var särskilt intressant. Anledningen till att jag studerade i Australien var delvis på grund av att en master inom konflikthantering inte fanns tillgänglig i Sverige.

Med tanke på den utveckling som alternativ konflikthantering haft internationellt sätt tror jag att det kommer utvecklas i Sverige inom en snar framtid. Sverige har länge varit ett attraktivt land på marknaden för skiljedomsrätt, vilket framgår av statistik från Svenska Handelskammarens verksamhet. Tanken på om det hade funnits ett ackrediteringssystem där även standarden höjs för medlare tycker jag är väldigt intressant. Vad hade det inneburit för Sverige att bli mer attraktiv på marknaden för medling, inte enbart skiljedomsrätt? Vad hade det inneburit för Sverige nationellt sätt om ett ackrediteringssystem hade utvecklat marknaden för alternativ tvistlösning? Min tanke med den här uppsatsen är att väcka ett intresse för möjligheten kring ett ackrediteringssystem.

Jag skulle vilja passa på att tacka min pojkvän, min familj, mina vänner och mina kollegor som ställt upp på alla tänkbara sätt. Ni är fantastiska.

Växjö, 3 januari 2017

Förkortningar

ADR	Alternativ Dispute Resolution; Alternativ tvistlösning
EKMR	Europeiska Konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
EU	Europeiska Unionen
FN	Förenta Nationerna
CEDR	Centre for Effective Dispute Resolution
MSB	Mediator Standards Board
NADRAC	National Alternative Dispute Resolution Advisory Council
NMAS	National Mediator Accrediation System
OSL	Offentlighet- och sekretesslag
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk
RF	Regeringsformen
SOU	Statens Offentliga Utredningar
UNCITRAL	The United Nations Commission on International Trade Law

1. Inledning

Särskild medling är en del av den utveckling inom alternativ tvistlösning som på senare år ökat i Sverige. Det finns för närvarande 293 medlare på domstolsverkets hemsida som är listade som särskilda medlare. Av dessa 293 medlare är 22 medlare ackrediterade från CEDR; Center for Effective Dispute Resolution i London.¹

Vad innebär det att en medlare är ackrediterad? Internationellt sätt är medlare ackrediterade för att bli mer attraktiva på marknaden för alternativ tvistlösning, vilket har varit särskilt populärt i common law-länder som till exempel England, USA eller Australien.² Generellt sätt kan alternativ tvistlösning vara attraktivt på den privata marknaden för tvistlösning från ett kostnads-, effektivitet- och flexibilitetsperspektiv.³ Det finns därför två huvudsakliga anledningar till varför ackrediteringssystem har utvecklats. Dels är det för att skapa en fördel på den privata marknaden för medlare, vilket kan innebära en investering rent karriärmässigt.⁴ Dels skapar ackrediteringssystem en viss standard som kan medföra rättssäkerhet för de parter som genomgår en medlingsprocess.⁵ Eftersom medling är en del av alternativ tvistlösning som oftast sker under sekretess krävs givetvis att parter, trots deras frivillighet att delta i en medlingsprocess, tillförsäkras en viss standard. Frågan är om denna standard är upp till medlare att uppfylla, eller om det bör finnas ett ackrediteringssystem utvecklat från den privata marknaden eller som en myndighet.

Under 2011 ökade möjligheterna för domstolarna att erbjuda särskild medling i samband med de lagförändringar som genomfördes.⁶ Lagförändringarna innebar bland annat att domstolar ska verka för att hänvisa parter till särskild medling

¹ Sveriges domstolars hemsida, "förtäckning över särskilda medlare"

² McFadden, "Developments in international commercial mediation: US, UK, Asia, India and EU", 8:2, Contemporary Asia Arbitration Journal, 2015

³ Ibid nr 2

⁴ Resolution Institute:s hemsida, "mediation training"

⁵ Ibid nr 4

⁶ Norman, Öhman, *Medling och andra former av konflikthantering*, 1 upplagan (Sverige, Dansk band, 2011), s. 143

eller förlikning som ett alternativ till en domstolsprocess.⁷ Eftersom lagstiftaren då indikerat att särskild medling ska uppmuntras kan frågan ställas hur särskild medling används i Sverige idag, särskilt med tanke på att det inte förs någon statistik över hur och i vilken omfattning särskild medling används.⁸

Syftet med detta examensarbete blir därför att utforska behovet av ett frivilligt ackrediteringssystem i förhållande till domstolsanknuten särskild medling för dispositiva tvistemål.

1.1 Frågeställning och problemformulering

- Hur används medling som en alternativ tvistlösningsmetod i Sverige idag?
- Finns det ett behov att ett ackrediteringssystem för medlare i Sverige?
- Hur förhåller sig särskild medling i förhållande till rättsskipning?

Forskningsfrågan inriktar sig på huruvida det finns ett behov att ett ackrediteringssystem för medlare som utför särskild medling i anknytning domstol i dispositiva tvister. Det finns tydliga riktlinjer i facklitteratur, både internationell och svensk, angående de principer som en medlare bör upprätthålla, men det finns för närvarande ingen kontroll eller några krav på att medlare upprätthåller dessa principer och därigenom uppnår en viss standard.⁹ Dessa principer grundar sig bland annat på individers rättighet till en rättvis rättegång.¹⁰

Hur öppen eller stängd bör medlingsprocessen i särskild medling vara? I och med att medling i sig är ett relativt öppet begrepp med stort utrymme för tolkning kan kraven på utförandet av medling därför bli vaga.¹¹ Finns det anledning att forska

⁷ Ibid nr 6, s. 147

⁸ Ibid nr 6, s. 152

⁹ Ibid nr 6, s. 193, 203, 208

¹⁰ EKMR art 6

¹¹ Wolski, "On mediation, representatives and advocates", 38:1, UNSW Law journal, s. 9

fram den minimnivå på standard som medlare bör upprätthålla?¹² Kan denna standard nås genom krav på till exempel kontinuerlig utbildning, träning och kunskapsmätning av medling?¹³

Forskningsfrågan diskuteras specifikt vidare i kapitel 6, "Diskussion och slutsats".

1.2 Metod

Metodvalet för denna uppsats är en traditionell rättsdogmatisk metod, där gällande rätt i Sverige har analyserats i syfte att ge läsaren en heltäckande bild av det nuvarande rättsläget. Rättsdogmatisk metod innefattar studier av bland annat förarbeten, lagtext och doktrin.¹⁴ Det finns dock inte särskilt mycket studier eller statistik över hur särskild medling används i Sverige, vilket har gjort att arbetet har kompletterats med en komparativ metod.

Den komparativa metoden har använts med syftet att jämföra den svenska medlingsmodellen i dispositiva mål och den Australiensiska medlingsmodellen. Anledningen till varför en jämförelse har gjorts med Australien är dels eftersom jag har erfarenhet från min master i konflikthantering i Australien, men mestadels för att Australien är ledande inom ADR och att det därför finns mycket material på området i form av publikationer, doktrin och utbildning.¹⁵ Vilket framgår i sektion 3.2, så finns det i Australien ett nationellt frivilligt ackrediteringssystem. Syftet med att göra en komparativ studie är att belysa de olika inriktningar av medling som finns för att förstå dess fördelar och nackdelar; hur olika tvistlösningssystem fungerar i praktiken. Kan ett ackrediteringssystem få samma fördelar i Sverige som i Australien?

¹² Ibid nr 11, s. 16-17

¹³ Ibid nr 4, se National Mediator Accreditation System (NMAS), "Approval standards"

¹⁴ Strömholm, *Allmän rättslära*, 6 upplagan, (Sverige, Norstedt juridik, 1988) s. 9

¹⁵ Bogdan, *Komparativ rättskunskap*, 2 upplagan, (Sverige, Norstedt juridik, 2003)

1.3 Disposition

Det nästföljande och andra kapitlet börjar med en introduktion av medling som en alternativ tvistlösningsmetod i Sverige och dess utveckling. Därefter följer en beskrivning av de utmaningar som medling kan anses ha generellt, inte enbart i förhållande till svensk rätt.

Kapitel tre behandlar behovet av ett ackrediteringssystem för medlare i Sverige och inkluderar en komparativ studie av ackrediteringssystemet i Australien.

Kapitel fyra utvärderar de föregående kapitlen i en diskussion över rättskipning och medlingens för- och nackdelar i denna kontext med fokus på svensk rätt. I slutet av kapitlet diskuteras stadfästelse och verkställbarhetsförklaring av ett förhandlat avtal i en medlingsprocess och hur detta kan påverka diskussionen över rättskipning och särskild medling.

Kapitel fem behandlar det faktum att de ackrediterade medlare som finns i Sverige har erhållit ackreditering från utlandet och om detta kan anses vara tillräckligt för att tillgodose marknaden i Sverige.

Kapitel sex innehåller en diskussion och slutsats över de forskningsresultat som getts i tidigare kapitel. Här kommenterar jag de resultat som framkommit och min personliga inställning till om och varför det finns ett behov ackrediteringssystem för medlare i Sverige.

Därefter följer käll- och litteraturförteckning.

2. Medling som en alternativ tvistlösningsmetod i Sverige

Medling ingår som en del av begreppet alternativ tvistlösningsmetod, där även förhandling och skiljedomsrätt kan räknas in. Alternativa tvistlösningsmetoder har funnits mycket länge, men den utveckling kring ADR (Alternative Dispute Resolution) som funnits under de senaste tjugo åren pekar på en viss ökad intensitet av alternativa tvistlösningsmetoder.¹⁶

Följande sektion behandlar utvecklingen av ADR och hur detta påverkat Sverige.

2.1 Utvecklingen av ADR i Sverige

Under senare år har ADR tagit stor plats i svensk, utländsk och internationell rätt.¹⁷ Detta märks i form av ökad facklitteratur¹⁸ och utbildningar på området över världen¹⁹, men även i form av förändrade rättssystem.²⁰ I ett flertal common law länder har ADR slagit igenom på ett mer märkbart sätt jämfört med länder med en civil law tradition. En teori till skillnaden på utvecklingen är att det finns ett behov av en mer effektiv metod i common law länder till tvistlösning i form kostnad och tid, jämfört med domstolsprocesser.²¹

Begreppet alternativ tvistlösningsmetod antyder att dessa processer utgör ett alternativ till den traditionella rättskipningen i domstol, och även domstols förlikningsverksamhet. Domstolarnas verksamhet utgör dock ett grundläggande element i en modern rättsstat,²² där varje medborgare har rätt till en rättvis rättegång²³ och där lagarna hela tiden utvecklas för att tillgodose medborgarnas och samhällets intressen.

¹⁶ NADRAC, *The development of standards for ADR – discussion paper*, 1 upplagan, (Australien, Commonwealth of Australia, 2000)

¹⁷ Ibid nr 16, samt Ibid nr 6, s. 18-19

¹⁸ Ibid nr 6, s. 155

¹⁹ Till exempel University of New South Wales Masterprogram i konflikthantering

²⁰ Ibid nr 6, s. 18-19, 147, 155

²¹ Alexander, "From common law to civil law jurisdictions: court ADR on the move in Germany", 4:8, artikel 3, ADR Bulletin, 2002, s. 1

²² Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian law, The Hague Institute for the internationalisation of law, *Rättsstaten*, Sverige, 2012, s. 29

²³ EKMR art 6

En viktig del i utvecklingen av ADR som en tvistlösningsmodell inkluderad i till exempel svensk rätt, blir därför att utforska om rättigheter säkerställs även på den privata marknaden, då ADR helt och hållet bygger på principen att de parter som når en överenskommelse eller lösning på en konflikt gör detta på en frivillig basis. Kan parter då, trots principen om frivillighet, hamna i situationer på den privata tvistlösningsmarknaden då deras rättigheter inte säkerställs, jämfört med en domstolsprocess?

Vilket ansvar har privata aktörer och vilket ansvar bör läggas på lagstiftaren när det kommer till lagstiftningsmetod för reglering av den privata marknaden?

Frågorna kan kopplas till politiska ideologier om relationen mellan staten och den privata marknaden, vilket i sig leder till den lagstiftningsteknik som olika länder utvecklat i form av tvistlösning på den privata marknaden. Vilken teknik har svensk rätt utvecklat över ADR? Enligt Lindell är den svenska lagstiftningstekniken på området över ADR, och då särskilt omnämnt angående medling, direkt olycklig.²⁴ Vad är det som gör att den svenska lagstiftningstekniken på området kan uppfattas som olycklig?

Det perspektiv som alternativ tvistlösningsmetoder ger är att lagar och domstolar ofta fokuserar på specifika, juridiska och avgörande, delar av konflikter.²⁵

Samtidigt kan en konflikt bestå av fler faktorer, en del avgörande sådana, än de som kan tas upp för rättskipning i en domstol.²⁶ Meyer (2015) beskriver hur en konflikt kan analyseras utifrån en mängd olika perspektiv där den juridiska sakfrågan ofta kan framstå som enbart en del av ett flertal konflikter. Ett exempel på en sådan konflikt kan vara en konflikt där det underliggande problemet kan anses större än en specifik konflikt, till exempel diskriminering i form av ålder, kön eller etnicitet, vilket kan ta sig i uttryck i specifika konflikter.²⁷

Under senare år har det även diskuterats i främst amerikansk facklitteratur huruvida konflikter kan antas "tas från parterna" av samhället, i dess försök att

²⁴ Lindell, *Civilprocessen: rättegång samt skiljeförfarande och medling*, 3 upplagan (Sverige, Iustus förlag, 2012), s. 678

²⁵ Ibid nr 24, s. 677

²⁶ Ibid nr 24, s. 678-679

²⁷ Bernard Mayer, *The Dynamics of Conflict*, 2 upplagan (USA: John Wiley & Sons, 2012) s. 11

skapa rättvisa.²⁸ Konflikter kopplade till brottmål har särskilt tagits fram som ett exempel på en typ av konflikt där olika parter som är inblandade i konflikten i princip inte kommunicerar med varandra och där nästan all kommunikation i tvistlösningen sköts av domstol.²⁹ Aspekten för huruvida det finns underliggande intressen för försoning och kommunikation har då bortprioriterats av ett system där preventiv snarare än reparativ lagstiftning gått före med fokus på samhällsnyttan.³⁰ Frågan är dock om alternativa tvistlösningsmetoder på den privata marknaden, intagna i rättsystemet under noga övervägande, kan utgöra en balans till det ibland snäva konfliktlösningssystem som domstolar utgör.³¹ Hur kan till exempel svensk tvistlösning mellan privata aktörer förbättras genom en ökad kunskap om ADR utvecklas, både för privata aktörer och medlare?

Aspekter av alternativ tvistlösning som ses som rent samhällsnyttiga är bland annat effektivitet i form av kostnad och tid.³² Särskilt i common law-länder där privaträttsliga tvister kan kräva mer tillgång till finanser och tid, har alternativa tvistlösningsmetoder vunnit stor framgång.³³ Samtidigt har motfrågan ställts huruvida parter kan avtala bort rättigheter enligt EKMR när de väljer att till exempel gå igenom en medlingsprocess istället för att få tillgång till en rättegångsprocess.³⁴ Går det att välja bort en domstolsprocess och skriva in en tvistlösningsklausul där endast ADR ingår? Det står givetvis fritt för parter att själva bestämma över tvistlösningsklausuler, men absolut frivillighet att inträda i en alternativ tvistlösningsprocess är därför väsentligt för att parter inte ska förlora sin grundlagsskyddade rättighet till en rättvis rättegång.³⁵ Frågan huruvida vissa kontroversiella delar av ADR, till exempel obligatorisk medling, skulle kunna utvecklas inom svensk rätt är därför intressant, men kommer inte att diskuteras vidare i denna uppsats eftersom uppsatsen istället behandlar det frivilliga

²⁸ Ibid nr 6, s. 124-125, samt ibid nr 27 s. 35

²⁹ Nolan-Haley, "Self-determination in international mediation: some preliminary reflections", 7:277 (2006), Cardozo journal of conflict resolution, samt Harris, "The Koori court and the promise of therapeutic jurisprudence", 1 eLaw Journal (special series) 129, 2006

³⁰ Welsh, "The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: the Inevitable Price of Institutionalization?", 6, (2001), Harvard Negotiation Law Review, samt Ibid nr 24 s. 677

³¹ Ibid nr 24, s. 687, samt ibid nr 6 s. 21-23, 46

³² Ibid nr 24, s. 702, 705, SOU 2007:26 s. 76, 114, 165-170

³³ Ibid nr 24, s. 673- 674, samt Ibid nr 32 s. 146 – 149, 149-151

³⁴ Ibid nr 32, s. 156

³⁵ Ibid nr 32, s. 156, Regeringsformen 11§ samt 19§, EKMR art 6

medlingsalternativ som "särskild medling" i svensk rätt erbjuder (se vidare sektion 2.4).

Den frivilliga medlingsprocessen bör dock hålla en hög nivå för att kunna erbjudas som ett skäligt alternativ till en förliknings- eller ett domstolsförfarande, särskilt eftersom alternativet särskild medling är direkt domstolsanknytt.³⁶ Frågan är vem som bär ansvar över professionalitet i en medlingsprocess; parterna, medlaren eller lagstiftaren? Om lagstiftaren lägger fram en tvistlösningsmodell om särskild medling, vad ingår då i detta?

En medlingsprocess som inte uppfyller grundläggande krav, som till exempel att medlaren inte är jävig eller att parterna har rätt att göra sig hörda, kan bli svårt att försvara utifrån skyddet som EKMR erbjuder.³⁷ En mer utförlig diskussion över denna problematik finns vidare i sektion 2.5 och 2.6.

Den del av alternativ tvistlösning som den här uppsatsen fokuserar på är medling. Följande sektion kommer behandla medlingsbegreppet och dess utmaningar.

2.2 Medlingsbegreppet och dess utveckling

Medling är en gammal tvistlösningsmetod som sträcker sig tillbaka tusentals år i tiden. Inom den svenska rättshistorien finns särskild medling intagen i rättegångsbalken sedan 1930-talet.³⁸ Medling har i svensk rätt beskrivits som en process där en neutral och opartisk tredje part hjälper två eller flera parter att lösa en uppkommen konflikt.³⁹ I medlingsdirektivet (europaparlamentet och rådets direktiv om medling på privaträttens område) beskrivs medling som "en strukturerad process där två eller flera parter i en tvist på frivillig basis själva försöker nå en överenskommelse om lösning av tvisten med hjälp av en medlare. Medling kan initieras av parterna eller föreslås eller beslutas av en domstol eller

³⁶ Engström, *Lag om medling i vissa privaträttsliga tvister – en kommentar*, 1 upplagan (Sverige, Jure Förlag AB, 2011), s. 12

³⁷ Ibid nr 6

³⁸ SOU 1938:44, s. 437

³⁹ Ibid nr 36, s. 29

föreskrivas i lag [...].”⁴⁰

Tillvägagångssättet att hjälpa parter att lösa en konflikt kan sedan se väldigt olika ut beroende på konflikten och dess kontext, vilket kan göra medling till en utmaning att inkludera i ett rättssystem.⁴¹

Under 2007 utredde lagstiftningen kring särskild medling i SOU 2007:26; ”alternativ tvistlösning”.⁴² Utredningen ledde till en rad förslag med åtgärder i syfte att reformera tvistlösningsprocessen i svensk rätt. Dock införlivades enbart ett av dessa förslag under 2011 när regeringen reformerade medlingslagstiftningen.⁴³ En helhetsbedömning av SOU 2007:26 kan dock visa på det intresse och behov av alternativ konflikthantering som finns i Sverige.⁴⁴ En av flera fördelar med alternativ tvistlösning är att det inte fokuseras på en ”vinnare-förlorare”-aspekt på samma sätt som en domstolsprocess ibland kan göra i och med att juridiken ofta pekar ut vem som har rätt och fel. Alternativ tvistlösning fokuserar istället på parternas underliggande intressen, samt hur parterna kan uppnå dessa genom att förhandla fram en lösning där fokus inte ligger på rätt och fel, utan istället hur parterna ska kunna uppnå både gemensamma och egna intressen.⁴⁵

SOU 2007:26 ledde vidare till prop. 2010/11:128, som även baserades på medlingsdirektivet. De lagförändringar som infördes 2011 på området diskuteras vidare i sektion 2.3 - 2.4.

Medling är i stort sett omöjligt att definiera eftersom det kan betyda väldigt olika saker inom t ex kultur eller tvist.⁴⁶ Vilken förhandling eller tvistlösning som helst med en tredje part, oavsett grad av aktivitet från denne tredje part, skulle kunna uppfattas som medling beroende på vilket perspektiv man använder. Gäller det internationell medling, medling utifrån ett specifikt rättssystem eller medling

⁴⁰ Medlingsdirektivet, 2008/52/EG, 2008

⁴¹ Ibid nr 40, samt Clarke, Davies ”Mediation – When is it not an Appropriate Dispute Resolution Process?” (1992) 3:2, Australian Dispute Resolution Journal 70, 70-71

⁴² Ibid nr 32

⁴³ Medling och förlikning – ökade möjligheter att komma överens, Prop 2010/11:128, s. 17

⁴⁴ Ibid nr 32, s. 70, samt ibid nr 6.

⁴⁵ Ibid nr 24, s. 677

⁴⁶ Ibid nr 36, s. 28-30, samt Brigg, ”Mediation, Power, and Cultural Difference” (2003), 20:3, Conflict Resolution Quarterly, 287

på arbetsplats där kanske juridiska frågor inte ens tas upp? Medling utifrån ett rättsperspektiv har däremot blivit definierat av både författare och lagstiftare.

Lindell (2012) beskriver medling som "inträdet av en av parterna accepterad tredje man i en konflikt med inga eller små maktbefogenheter, vilken ska hjälpa parterna att träffa en överenskommelse om de tvistiga frågorna".⁴⁷

Norman (2011) beskriver medling som "en organiserad förhandling där en eller flera medlare försöker få två eller flera parter att komma fram till en gemensam överenskommelse".⁴⁸

Definitionerna är medvetet breda och vaga med tanke på hur olika processer de kan innefatta. Enligt Lindell kan en medlare ha maktbefogenhet, men detta tas inte upp i Normans definition. Norman beskriver att medling är en organiserad förhandling, men Lindell tar inte upp detta i sin definition. Skillnaderna påvisar de svårigheter som finns att beskriva medling och hur dessa svårigheter blir en utmaning för lagstiftaren vid försök att kontrollera en process som är svår att beskriva. Medling kan dessutom anpassas utifrån rättsområde, vilket bland annat gör sig tydligt när det handlar om medling i brottsmål, familjerättsmål eller i privata sammanhang.⁴⁹

En aspekt av medling som i viss litteratur knyter an till definition av medling är huruvida en neutral och opartisk tredje part kan föreslå en lösning på en konflikt utan att på så sätt förlora sin neutralitet eller opartiskhet.⁵⁰ I den svenska lagstiftningen har tredje parts behörighet att presentera en lösning innefattats i medlingsbegreppet,⁵¹ även om detta i flera (särskilt common law-) länder skulle betyda att den tredje parten inte medlar utan istället övergår till annan typ av tvistlösningsmetod, till exempel en slags hybrid mellan privat domare och medling.⁵²

⁴⁷ Ibid nr 6, s. 78

⁴⁸ Ibid nr 6, s. 77

⁴⁹ Ibid nr 6, s. 103, 124, 143

⁵⁰ Ibid nr 6, s. 208-209, 212, samt Astor "Rethinking Neutrality: A Theory to Inform Practice- Part II" (2000), 11:3, Australian Dispute Resolution Journal, 145

⁵¹ Ibid nr 36, s. 16, 44-45, samt ibid nr 6 s. 47

⁵² Ibid nr 6 s. 24-25, 86, 98, samt Della Noce, Mediation theory and policy: The legacy of the Pound Conference, Ohio state journal on Dispute Resolution 2002

Målet med medling kan diskuteras i samband med definition av medling, eftersom ett mål med att utreda en uppkommen konflikt kan variera.⁵³ Är målet att finna lösningen i lagarna med en rent juridisk inriktning, eller är det att hitta parternas underliggande intressen i konflikten, vilket kan leda fokus bort från lagar till andra komponenter, som till exempel en affärsrelation, eller är det att enbart få parterna att kommunicera med varandra på ett effektivt sätt? Målet kan variera från fokus på bland annat kostnad, effektivitet, förhållandet mellan parter och framtida relationen mellan parterna.⁵⁴

Särskild medling i svensk rätt utgör ett alternativ för parter i en dispositiv tvist där parterna innan rättegång kan ta ett gemensamt beslut om att försöka lösa tvisten genom särskild medling eller förlikning.⁵⁵ Processerna skiljer sig från varandra på så sätt att i särskild medling utses en medlare av rätten att medla konflikten.⁵⁶ I förarbeten nämns särskilt att domaren från rätten inte ska medla tvisten, till skillnad från en förlikningsprocess där domaren agerar för att verka för en förlikning mellan parterna. Särskild medling i svensk rätt beskrivs som en process där medlaren aktivt verkar för att parterna ska samverka och gemensamt uppnå en lösning till konflikten. Det unika för särskild medling i förhållande till ett allmänt internationellt medlingsbegrepp är att medlaren tillåts lägga fram förslag på lösningar.⁵⁷ På domstolsverkets hemsida nämns till exempel att "medlaren kan också få i uppdrag att få parterna att komma överens i en eller flera delar av målet".⁵⁸ Problematiken kring medlingsbegreppet gör sig här särskilt tydligt eftersom medling från flera common law-länders perspektiv går emot presumtionen att medlaren skulle få frihet att själv framföra en lösning, vilket kan få effekter på både opartiskhet och neutralitet.⁵⁹ Generellt sett ses medling som en process där fokus ligger på parterna, men i särskild medling tillåts alltså medlaren att medverka i processen vilket kan leda till en diskussion huruvida särskild

⁵³ Ibid nr 24, s. 678

⁵⁴ Ibid nr 6 s. 46, samt ibid nr 24 s. 675 - 678

⁵⁵ Ibid nr 24

⁵⁶ Ibid nr 43, s. 28

⁵⁷ Ibid nr 1

⁵⁸ Ibid nr 1

⁵⁹ Mayer, "The Dynamics of Power in Mediation and Negotiation" (1987) 16:1, *Mediation Quarterly*, 78, samt Ilan Gewurz, "(Re)Designing Mediation to Address the Nuances of Power Imbalance" (2001), 19:2, *Conflict Resolution Quarterly* 135

medling verkligen utgör medling utifrån det internationella perspektiv som omnämns i Europaparlamentets och Europeiska rådets direktiv (2008), art 3 (a)(b) och 4 (1)(2).⁶⁰ Där framgår det bland annat att medling bör användas när parterna vill förhandla fram en lösning på konflikten med *assistans* av en medlare, samt att det inte ingår i en medlingsprocess att en medlare lägger fram förslag på lösningar.⁶¹

I USA, där ADR har fått stor genomslagskraft, och där olika tvistlösningsmodeller såsom privat domare, facilitering eller med-arb⁶² är välutvecklade fungerande tvistlösningsprocesser är frågan huruvida särskild medling i så fall kan uppfattas som en form av med-arb eller kanske till och med privat domare, beroende på medlarens tillvägagångssätt i medlingsprocessen. I den lista som domstolsverket presenterar på sin hemsida över medlare med uppdrag i särskild medling finns ett flertal domare med som valbara alternativ. Om en domare i en medlingsprocess lägger fram en lösning för parterna, kan detta då uppfattas som en form av tvistlösningsprocess med privat domare, där både sekretess och effektivitet innebär fördelar för parterna, om medlaren även lägger fram ett konkret förslag på en lösning?⁶³ Dessa fördelar kan uppmärksammas från ett politiskt perspektiv, där medlingens funktion kan ifrågasättas utifrån vilka behov parterna som söker sig till medling kan tänkas ha.

Inom medling finns det flera olika tillvägagångssätt och medlingsmodeller som på olika sätt skulle påverka denna fråga. Transformativ, utvärderande eller faciliterande medling utgör helt skilda processer där viktiga aspekter hamnar i fokus, såsom rättvisa (att komma till tals) mellan parterna diskuteras, medlarens roll (främst i form av behörighet och befogenhet) och vilket resultat som eftersträvas (win-win, försoning eller juridisk lösning). Vilken roll ska särskild medling ha? Finns det någon problematik över det faktum att det inte finns några specifika tillvägagångssätt för val av medlingsmodell eller medlare? Hur flexibel kan medlingsprocessen vara utan att bli en annan process än just medling?

⁶⁰ Ibid nr 40

⁶¹ Ibid, art 3 (a)

⁶² En hybrid mellan medling och skiljedomsrätt; *mediation-arbitration*; *med-arb*

⁶³ Ibid nr 52

Westberg (2012) beskriver hur medling som en alternativ tvistlösningsmetod ibland kan marknadsföras som en bättre metod än domstolsprocess i och med de ofta nämnda fördelarna i en "frivillig, informell, privat, snabb och billig" alternativ tvistlösningsprocess, jämfört med en motsatsvis "påtvungen, formell, offentlig, långsam och dyr" civilrättsprocess.⁶⁴ Frågor kan dock uppkomma hur frivillig en process kan eller bör vara, huruvida en informell process gynnar parter eller samhället, om privatisering av rätten är vad medborgare verkligen vill ha, hur snabbt en konflikt kan lösas och hur billig en högkvalitativ medlingsprocess verkligen är. Frågorna är öppna på så sätt att det inte finns ett givet svar eftersom resultatet av medlingen beror på parterna, medlaren och konflikten i varje enskilt fall.⁶⁵ Frågan är då om det finns en fördel med att lagstifta mer ingående på området?⁶⁶ Vilka konsekvenser skulle en mer kontrollerad process från lagstiftaren kunna medföra?⁶⁷

I flera common law länder har frivilliga ackrediteringssystem utvecklats som ett svar på vikten att kontrollera processer som sker under sekretess för att rättigheter inte ska kunna gå förlorade under sekretess.⁶⁸ Ett ackrediteringssystem skulle till exempel kunna innebära att de medlare som medlar i de tvister som kopplats till domstol i första hand (till exempel särskild medling) måste genomgå en personlighetsbedömning samt löpande träning för att tillgodose vissa grundläggande krav för att utöva medling. Ett sådant krav kan till exempel vara att medlaren uppfyller en allmänt erkänt Code of Conduct eller att medlaren har genomgått träning där aspekter såsom skeva maktförhållanden mellan parter eller vikten av att anpassa medlingsmodeller utifrån vilken konflikt som medlas kan tas upp.⁶⁹

En ansvarig organisation eller myndighet för ackrediteringen skulle i så fall utses

⁶⁴ Westberg, *Civilrättskipning*, upplaga 2 (Sverige, Norstedts juridik, 2013) s. 409

⁶⁵ Ibid nr 64, s. 407-408

⁶⁶ Ibid nr 64, s. 408

⁶⁷ Ibid nr 64, s. 413, 415

⁶⁸ Noone, Ojelabi, "Ethical Challenges for Mediators around the Globe: An Australian Perspective", 45, (2014), *Washington University Journal of Law & Policy*, s. 146

⁶⁹ Ibid nr 68 s. 191-192, samt Delgado, Dunn, Brown, Lee, Hubbert, "Fairness Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution" (1985), 1359, *Wisconsin Law Review*

av lagstiftaren, vilket även innebär en ideologisk utmaning. Bör en privat aktör eller myndighet ha ansvar över ett ackrediteringssystem, även om detta skulle vara frivilligt? Vem bör vara ansvarsbärande?

I kapitel 3 kommer behovet av ett ackrediteringssystem att vidare diskuteras. Följande sektion diskuterar medlingsprocessen i förhållande till förlikning i anknytning till en domstolsprocess.

2.3 Medling i förhållande till förlikning i rättegångsbalken

Regeln att rätten som förberedelse inför huvudförhandlingar ska erbjuda parterna möjlighet att förlikas eller medla fram en lösning är ett obligatoriskt moment för svenska domstolar.⁷⁰ Enbart i de situationer då förlikning eller medling anses direkt olämplig med hänsyn till målets beskaffenhet eller övriga omständigheter kan undantag ske från huvudregeln att erbjuda parter denna möjlighet.⁷¹

Förlikning och medling nämns båda som två alternativ till ett redan anhängiggjort mål i domstolen genom rättegångsbalken, vilket vid första anblick kan ge intrycket att processerna är tämligen lika, på så sätt att de erbjuder en snabbare och billigare samförståndslösning av en konflikt jämfört med en domstolsprocess.⁷² Det finns dock grundläggande skillnader i processerna som bör belysas för att parter ska kunna förstå, och utnyttja, ett säkert alternativ till rättsprocessen i domstol. Vilka möjligheter finns, och vilka rättigheter har parterna under dessa alternativa processer?

I en förlikningsprocess har den domare som senare kan komma att styra över en eventuell domstolsprocess att arbeta för att parterna kommer fram till en samförståndslösning. Detta kan givetvis ske på olika sätt, och det är upp till domaren att även avgöra hur lämplig en konflikt är för en förlikningsprocess eller en domstolsprocess. Om det skulle finnas ett värde för allmänheten i fråga om sakfråga eller vägledning för framtida liknande fall kan detta givetvis framföras till

⁷⁰ Ibid nr 24, s. 290

⁷¹ Ibid nr 24, s. 303

⁷² Ibid nr 64, s. 407

parterna. Om det istället är lämpligt för parterna att förlikas kan både samhälle och parter spara kostnader genom förlikning eller medling.

I en förlikningsprocess är parterna i likhet med medlingsprocessen mer fria att lösa konflikten utan de formella regler som en domstolsprocess innebär.⁷³ Samtidigt är den stora skillnaden just den att domaren är den som styr över den förhandlingsprocess som en förlikning innebär, även om den rent praktiskt kan komma att likna medling till stor del.⁷⁴ I förarbeten till särskild medling i rättegångsbalken nämns särskilt att det inte är lämpligt att samma domare som utsett att hantera konflikten i domstol skulle medla samma konflikt. När det gäller förlikning är det dock domaren som agerar. Vad är lagstiftarens motivation över dessa skilda processer? Vad vill man undvika med en domare som medlar i särskild medling och vad vill man uppnå i en förlikningsprocess där domaren i princip medlar mellan parterna?

En av de stora skillnaderna ligger i att medlaren till skillnad från domaren inte ska lägga fram en lösning för parterna, eftersom parternas främsta uppgift i en medlingsprocess är att komma fram till en lösning där deras gemensamma intressen och behov tillgodoses.⁷⁵ I en förlikningsprocess kan domaren vara mer inflytelserik i lösningen av konflikten. Även om en förlikningsprocess inte är bindande för parterna kan domaren i större utsträckning öppna upp för parterna hur hen ser på konflikten och hur denne förstår parterna i förhållande till den juridiska sakfrågan.⁷⁶ Detta är givetvis kopplat till att EKMR art 6 inte är tillämplig på medling, men på domares förlikningsverksamhet. Detta innebär att en domare som utövar en förlikningsprocess automatiskt måste tänka på de viktiga aspekter som en "rättsvis rättegång" enligt EKMR art 6 medför.⁷⁷ Förlikningsprocessen är dessutom i de flesta fall begränsad utifrån en tidsaspekt, vilket kan ha stor betydelse när det gäller att enas kring parternas gemensamma intressen och behov. Är det en komplicerad konflikt kan detta vara mycket tidskrävande.⁷⁸

⁷³ Ibid nr 64, s. 417

⁷⁴ Ibid nr 36, s. 43

⁷⁵ Ibid nr 24, s. 719

⁷⁶ Ibid nr 64, s. 432

⁷⁷ Ibid nr 24, s. 720

⁷⁸ Ibid nr 64, s. 436, samt Ibid nr 36, s. 46

Kostnadsaspekten är givetvis även viktig eftersom parterna vid en förlikningsprocess inte betalar extra utöver rättegångskostnader, jämfört med en medlingsprocess där parterna själva får stå för kostnaderna.

Nästköljande sektion kommer behandla särskild medling, som är den medling som erbjuds av domstolen i samma kontext som en förlikningsprocess. De skillnader som finns mellan särskild medling och förlikning kan i praktiken se väldigt lika ut eftersom en domare även kan vara medlare i en förlikningsprocess, men den juridiska kontexten ser lite annorlunda ut. De krav som ställs på en domare och en medlare kan även skilja sig markant, vilket särskilt framgår i diskussionen över huruvida ett ackrediteringssystem för medlare behövs i Sverige.⁷⁹

För domare finns det ett ansvar enligt EKMR art 6, men även ett grundlagsskydd för domare att hålla sig inom lagens ramar.⁸⁰ Regeringsformen inkluderar i 1 Kap 2§ att den offentliga makten ska utövas "med respekt för människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet". För medlare finns inga sådana grundlagsskyddade krav, men kan samtidigt i vissa fall inkluderas om det är en annan domare än den som fått fallet tilldelat till sig på domstolen som medlar. På domstolsverkets lista över särskilda medlare är sjutton av 293 medlare även aktiva som domare.⁸¹

2.4 Medling i förhållande till särskild medling i rättegångsbalken

Särskild medling enligt rättegångsbalken Kap 42:17§ och Kap 50:11§ gäller medling inom ramen för ett redan anhängiggjort mål vid domstol, och då medling initieras av en domstol genom ett beslut om hänskjutande till medling och förordnande av medlare.⁸²

Enligt domstolsverket är medlarens uppgift att "leda samtalet, lyssna in parternas ståndpunkter och sedan få dem att enas i en överenskommelse som båda kan

⁷⁹ Se kapitel 3

⁸⁰ Högsta domstolens hemsida, "God domarsed – om etik och ansvarstagande", s. 18, 39

⁸¹ Ibid nr 1

⁸² Ibid nr 24, s. 192

känna sig tillfreds med”.⁸³ För att rätten ska kunna besluta att parter ska träda in i en medlingsprocess enligt reglerna kring särskild medling, krävs att parterna samtycker och att det är fråga om en konflikt där parterna har en faktisk möjlighet att medla fram en lösning.⁸⁴ En faktisk möjlighet utesluter till exempel en del familjemål, men fungerar i de konflikter som ingår i begreppet dispositiva tvistemål.⁸⁵

Särskild medling som beslutas från hovrätten bör enligt domstolsverket användas med försiktighet. Detta grundar sig delvis på att om parterna inte lyckats lösa sakfrågan i en domstolsprocess ser chanserna mindre ut för parterna att lyckas medla fram en lösning, om det inte är så att parterna begär särskild medling.⁸⁶ Engström (2009) betonar i sin bok *Medling som tvistlösningsmetod*, att det krävs en genuin samarbetsvilja mellan parterna för att lyckas med medling⁸⁷, vilket ligger i linje med aktuella förarbeten kring särskild medling. Viljan att förlikas och parternas samarbetsvillighet, samt konfliktens juridiska inriktning nämns även i förarbeten som särskilt aktuella frågeställningar inför beslutet att hänvisa parter till särskild medling.⁸⁸

Ett alternativ till särskild medling är för parter att söka sig till den privata medlingen, till exempel genom Stockholms Handelskammars medlingsinstitut eller Medlingsinstitutet.

⁸³ Ibid nr 1

⁸⁴ Ibid nr 43, s. 28

⁸⁵ Ibid nr 1

⁸⁶ Ibid nr 43, s. 34

⁸⁷ Ibid nr 36, s. 93

⁸⁸ Ibid nr 43

2.5 När bör medling inte användas?

Det ligger i sakens natur att medling endast är att föredra för vissa typer av konflikter.⁸⁹ Vad har parterna för relation? Handlar det till exempel om en affärsrelation där parterna har nytta av ett samarbete kan en domstolsprocess med fokus på en vinnare och en förlorare vara direkt förödande. Kan parterna däremot expandera möjligheterna att nå en lösning på konflikten genom att väva ihop en lösning där gemensamma intressen är utgångspunkten kan medling vara en försonande process där ett framtida samarbete gynnas.⁹⁰

De medlingsmetoder som utvecklats i flera länder med en framgångsrik ADR har tidigare omnämnts vara utvärderande, transformativ och faciliterande medling.⁹¹ Dessa medlingsmetoder är vitt skilda processer och fokuserar på olika typer av konflikter.⁹²

De situationer då medling är direkt olämplig kan vara då en medlare har ett intresse i en viss lösning av konflikten. Beroende på vilken medlingsmetod en medlare använder kan utgången påverkas mer eller mindre, vilket då medlaren bör ha i åtanke vid egna intressen.⁹³ Det kan även vara direkt olämpligt om till exempel en av parterna går in i en medlingsprocess och inte förstår konsekvenserna av processen.⁹⁴ Ett skolexempel på när medling inte är tillämpligt är inom området för familjerätt då parter medlar och en av parterna har blivit misshandlad av den andra parten.⁹⁵ Det blir då omöjligt för medlaren att kunna medla fram en lösning från perspektivet att en av parterna har ett slags maktöverläge, samt den psykologiska aspekten av en sådan process som kan anses vara direkt olämplig.⁹⁶ Det är även en mycket svårt uppgift för en medlare att se

⁸⁹ Ibid nr 6, s. 81 – 84, 103

⁹⁰ Ibid nr 27

⁹¹ Boule, *Mediation: principles, process, practice*, 3 upplagan (Australien, Lexis Nexis, 2011)

⁹² Ibid nr 91

⁹³ Ibid nr 32, s. 132

⁹⁴ Ibid nr 91

⁹⁵ Ibid nr 91

⁹⁶ Loomis, "Domesic violence and mediation: a tragic combination for victims in California Family Court", 35:2, California Western Law Review, 1999, s. 356

eller förstå parternas sätt att kommunicera om det finns en underliggande hotbild.⁹⁷

En liknande situation som kan ges som ett exempel för den privata tvistlösningsmarknaden kan vara då parter inte kan anses vara jämställda i en process. Vad händer om en av parterna har ett funktionshinder som hindrar denne från att fullt ut förstå konsekvenserna av sitt handlande samt hur gemensamma intressen bör förhandlas eller diskuteras fram under konstruktiva former?⁹⁸ Om en person med en funktionsnedsättning som inte har en förvaltare (som då påverkar personens rättshandlingsförmåga⁹⁹) skulle medla fram en lösning där processen skulle vara helt öppen kan detta få allvarliga konsekvenser. Kan parterna enas kring gemensamma intressen på lika villkor om till exempel en av parterna kanske inte kan kommunicera sina intressen? I en domstolsprocess skulle konflikten enbart handla om de juridiska aspekterna, vilket i detta exempel skulle ge ett skydd för en funktionsnedsatt person från att förhandla fram en lösning som inte skulle vara personen till nytta. Med tanke på Sveriges åtagande av *FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning* innefattas bland annat en skyldighet för staten att arbeta med "generella utredningar av misstänkta kränkningar av mänskliga rättigheter i samhället".¹⁰⁰ I en medlingsprocess skulle en person som inte förstår konsekvenser av sitt handlande vara föremål för en risk när det gäller misstänkta kränkningar av mänskliga rättigheter, och då åsyftas både personernas rätt till ett verkligt deltagande i samhället på lika villkor som andra¹⁰¹ och personernas rätt till en rättvis rättegång.¹⁰²

Det finns i nuläget ingenting som hindrar att en person med en funktionsnedsättning går in i en privat medlingsprocess genom att bli hänvisad till detta genom särskild medling. Frågan är hur staten skulle kunna skydda mot att

⁹⁷ Ibid nr 96, s. 356

⁹⁸ Föräldrabalken

⁹⁹ Ibid nr 99

¹⁰⁰ FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, samt SOU 2009:36, s. 67

¹⁰¹ FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, preambel (e), samt art 28 om "tillfredsställande levnadsstandard och social trygghet", samt Lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade

¹⁰² EKMR art 6

detta riskerar att utnyttjas på den privata tvistlösningsmarknaden. Finns det ett ansvar att förhindra detta? Samtidigt, kan en person som inte får tillgång till de privata tvistlösningsprocesserna anses bli utsatt för diskriminering?¹⁰³ Hur kan lagstiftaren undvika att bryta mot dess internationella åtaganden? Är ett frivilligt ackrediteringssystem tillräckligt för att tillgodose behovet av att skydda aktörer på den privata marknaden mot nackdelarna inom medling?

Ett sätt att kontrollera följderna av särskild medling är möjligheten till stadfästelse och verkställbarhetsförklaring som inte tillämpas på avtal som inte är möjliga att genomföra.¹⁰⁴ Det finns dock inget som tvingar parter att verkställa en förlikning som förhandlats fram under medling, vilket gör att medlingens fria struktur fortfarande kan innebära en risk.

Skulle ett frivilligt ackrediteringssystem ge någon effekt på området?

Frågan diskuteras vidare i kapitel 3. Följande sektion tar upp när medling kan anses lämpligt och i vilka situationer det finns fördelar att använda medling jämfört med en domstolsprocess.

2.6 När bör medling användas?

Det finns flera exempel på när medling inte bör användas, vilket diskuterades i föregående sektion. De tillfällen då medling inte bör användas pekar på en del situationer där bland annat en rättvis balans mellan parter tas upp. Det finns givetvis en problematik i att det alltid kommer att finnas föreställningar om nivåskillnader på parter i en förhandling. En sådan nivåskillnad kan till exempel grunda sig på den globala problematik kring diskriminering utifrån till exempel ålder, kön eller ras som förekommer. Det finns dock medlingsmodeller som pekar på denna problematik och som tillämpar olika tekniker för att bemöta detta. Meyer (2015) skriver bland annat om hur man kan påverka diskriminering i samhället genom att lösa konflikter på gräsrotsnivå och samtidigt erbjuda en läkande process för inblandade parter, till skillnad från perspektivet att lagstifta för att

¹⁰³ Ibid nr 101, preambel (h)

¹⁰⁴ Se vidare diskussion över detta i kapitel 5

jämna ut olikheter.¹⁰⁵ Genom det perspektivet skulle medling kunna användas i syfte att tillgodose de åtaganden som Sverige tagit genom internationella konventioner med skydd för olika typer av diskriminering.¹⁰⁶

Det finns flera exempel på när medling är att föredra, som redan nämnts kort i tidigare sektioner. Finns det en relation mellan parterna som är viktig att behålla eller utveckla utifrån deras framtida intressen? Kan parterna vinna mer på att samarbeta och skapa en gemensam lösning, jämfört med om en part vinner och en part förlorar? Medling kan även vara ett sätt att bryta dödlågen som ofta kan uppstå när en konflikt har gått så långt att parterna har beslutat att dra den till domstol.¹⁰⁷ Under en medling kan parterna istället få viktig kunskap om bakgrunden till motpartens agerande vilket kan leda till att en lösning kan nå snabbare när man skiljer på motparten och problemet i konflikten. Att just skilja på motparten och problemet är en av de sju fördelar som Ury och Fisher radar upp i sin bok "Getting to YES" som varit en viktig utgångspunkt för utvecklingen av ADR.¹⁰⁸ De sju stegen fokuserar på att få en integrativ och ett holistiskt perspektiv på en förhandling,¹⁰⁹ och innefattar följande:

- Intressen (för parterna)
- Möjliga överenskommelser (även sådana som inte är direkt kopplade till juridik)
- Alternativa lösningar (till att parterna når en överenskommelse)
- Objektiva kriterier (huruvida en lösning är möjlig att genomföra, t ex ur ett juridiskt perspektiv)
- Kommunikation (mellan parterna under förhandlingen och i framtiden)
- Relationer (mellan parterna)
- Åtaganden (huruvida parterna kan genomföra eller hålla sig till lösningen av konflikten i framtiden)¹¹⁰

¹⁰⁵ Ibid nr 27

¹⁰⁶ Ibid nr 27

¹⁰⁷ Ibid nr 6, s. 69

¹⁰⁸ Ibid nr 6, s. 67

¹⁰⁹ Ibid nr 6, s. 67

¹¹⁰ Ury, Fisher, *Getting to YES*, Ed (US, Palgrave, 2000), samt Ibid nr 6, s. 67

Dessa steg av förhandling kan givetvis kopplas till de vanligaste medlingsmetoderna som används i litteratur och av professionella medlare.¹¹¹ Stegen visar hur medling kan användas på ett sätt som skiljer sig markant från en domstolsprocess där en av parterna kan vinna mycket ur just den konflikten som tas upp till domstol, men kanske mindre från andra perspektiv. Den vinnande parten kanske inte längre kan samarbeta med den förlorande motparten i framtida affärer efter en vinst i domstol, vilket kan vara till nackdel utifrån den partens långsiktiga intressen. Detta är vad som brukar nämnas inom ADR som underliggande intressen som inte ses vid första anblick i en specifik konflikt, men som man genom att samla data om parterna och den aktuella konflikten kan upptäcka och utvärdera.¹¹² De konflikter där man ser att parterna då har mycket att vinna på genom att samarbeta är då särskilt väl lämpade för medling eftersom en neutral och opartisk tredje part även kan vägleda parterna genom till exempel en sjustegsprocess enligt Ury och Fisher.¹¹³

När det handlar om en konflikt mellan två parter kan det även vara så att endast en del av konflikten kan behandlas i domstol, och det kan även visa sig vara enbart starten av en större konflikt. Norman beskriver nio eskalationssteg, vilket visar hur parterna kan dras in i en spiral av destruktivt beteende i en konflikt, se följande:¹¹⁴

- Hårdnande ståndpunkter (vilket skulle kunna utgöras av en domstolsprocess)
- Polarisering och debatt
- Handling istället för ord
- Stereotypa bilder och koalitioner
- Ansiktsförlust
- Hotstrategier
- Begränsad förintelse
- Fragmentering

¹¹¹ Ibid nr 6, samt ibid nr 27

¹¹² Ibid nr 6, s. 33, 51

¹¹³ Ibid nr 110

¹¹⁴ Ibid nr 6, s. 32-34

- "Tillsammans ner i avgrunden"

Genom att domstolen erbjuder parterna möjligheten till särskild medling skulle en sådan här konflikt kunna kartläggas utifrån var den befinner sig på eskalationsstegen, vilket kan göra parterna medvetna om vad deras alternativ är till skillnad från en förhandlad överenskommelse.¹¹⁵

Det är då viktigt att medlaren är medveten om och förstår ungefär i vilken fas parterna befinner sig i konflikten för att kunna hjälpa dem att hitta en lösning som kanske kan förhindra framtida konflikter. Om en medlare kan förmedla kunskapen om de fördelar parterna har av att nå en överenskommelse kan detta innebära att även samhället sparar kostnader eftersom parterna inte behöver gå vidare med en eller flera processer i domstol.

Det finns flera specifika exempel på konflikter som skulle passa särskilt väl för medling.¹¹⁶ Denna sektion har i korta drag beskrivit de fördelar som finns genom att medlarna har kunskap om vilka möjligheter som finns genom att få parterna att lära sig förhandla på ett konstruktivt sätt. Skulle däremot medlaren inte ha kunskap om de medlingsteorier och medlingsmetoder som finns skulle en medlingsprocess riskera att göra mer skada än nytta eftersom kommunikationen mellan parterna befinner sig i ett känsligt läge med tanke på konflikten mellan dem.¹¹⁷ Nästa sektion kommer därför diskutera vilken roll medlaren bör ha i en medlingsprocess.

2.7 Medlarens roll

Vilket ansvar har en medlare över en medlingsprocess?

Utifrån perspektiven att en medlare ska vara både opartisk och neutral måste det först påpekas att det är omöjligt för en medlare och vilken person som helst att vara totalt fördomsfri. Inom domstolsprocessen där en domare kan fokusera

¹¹⁵ Ibid nr 110

¹¹⁶ Ibid nr 6, s. 82-83

¹¹⁷ Ibid nr 27

enbart på den juridiska sakfrågan och där processen eller huvudförhandlingen har en tydlig struktur har opartiskhet och neutralitet en tydlig närvaro i processen. I en medlingsprocess med en öppen struktur kan det däremot vara svårare för en medlare att vara opartisk eller neutral. Att vara neutral innebär att inte ta ställning för någons parti, samtidigt som att vara opartisk innebär att man inte har några förväntningar eller fördomar över konflikten. Frågan är om det är möjligt för en medlare att vara opartisk? Att i vart fall vara medveten om sin opartiskhet blir därför av största vikt för en medlare, vilket det bland annat ges utbildningar för.¹¹⁸

De medlingsteorier och medlingsmetoder som även kan läras ut i samband med en ackreditering kan innebära stor skillnad för en medlingsprocess. En medlare bör till exempel alltid uppföra ett kontrakt eller avtal för de regler som gäller för en medling. I ett sådant avtal kan till exempel sekretess om vad som sägs under medlingen vara otroligt viktig, särskilt om parterna inte kommer fram till en gemensam lösning. När parter förhandlar enligt den tidigare beskrivna sjustegsmetoden bygger detta på att parterna avslöjar viss information inför varandra för att kunna upptäcka varandras gemensamma intressen. Det finns dock alltid en risk att en av parterna ger information som den andra parten kan utnyttja i till exempel en senare domstolsprocess, vilket man då vill förhindra genom att skriva ett avtal om sekretess. Om en medlare inte är medveten om grundläggande medlingsmetoder och strukturer kan detta innebära nackdel både för medlaren själv som riskerar att dels få ett negativt rykte på marknaden, men även för parterna som riskerar att spendera höga kostnader på en medling där det saknas krav på professionalitet.

En medlingsprocess som inte uppfyller grundläggande krav, som t ex att medlaren inte är jävig eller att parterna har rätt att göra sig hörda kan innebära en risk både för parter och medlare. En mer utförlig diskussion över huruvida ett ackrediteringssystem skulle kunna lösa denna problematik finns i följande kapitel 3.

¹¹⁸ Se vidare information i kap 3

3. Behovet av ett ackrediteringssystem för medlare

Medlingen tillhör en del av alternativ tvistlösningen, vilket innebär till sakens natur att processen är frivillig.¹¹⁹ Att ett ackrediteringssystem inte finns i Sverige kan bland annat grundas på att det rimmar illa med ett ackrediteringssystem på den privata marknaden, särskilt ett obligatoriskt sådant.¹²⁰ Frågan är då hur de länder som tillämpar ackrediteringssystem har utvecklat dessa och hur de fungerar i förhållande till de för- och nackdelar som medling innebär. Ett obligatoriskt ackrediteringssystem hade kunnat innebära ett främmande element inom den privata tvistlösningsmarknaden.¹²¹

Fördelar med ett ackrediteringssystem kan dock vara att det finns en viss säkerhet för privata aktörer när de väljer medlare, till exempel om man kan få en försäkran om att medlaren genomgått ett lämplighetstest eller att medlaren genom tester visar sig inneha kunskap om medling och olika medlingsmetoder. Försäkringar, professionalitet och riktlinjer (till exempel för medling med funktionsnedsatta och förståelse för psykologiska aspekter på området) är även något som ett ackrediteringssystem hade kunnat samla.¹²² Nackdelar med ett ackrediteringssystem skulle kunna vara att medling blir ett dyrare alternativ om potentiella medlare behöver stå för kostnaderna för att få och upprätthålla ackreditering, till exempel i form av utbildningar eller certifikat.¹²³

I följande sektion kommer den svenska modellen av att utse medlare till särskild medling att diskuteras. Därefter följer en komparativ studie av det Australiensiska ackrediteringssystemet och en utvärdering av huruvida det finns ett behov av förbättring för den svenska nuvarande modellen.

¹¹⁹ Ibid nr 6, s. 77, 143 - 147

¹²⁰ Hanks, "Perspectives on mandatory mediation", 35:3, UNSW Law Journal, 2012

¹²¹ Ibid nr 121

¹²² Till exempel har detta samlats av företaget "the Resolution Institute i Australien", se vidare sektion 3.2

¹²³ Ibid nr 36, s. 52

3.1 Medlare listade av svensk domstol

På Domstolsverkets hemsida finns det information att hitta om särskild medling och hur processen går till för att utse en lämplig medlare för varje enskilt fall av konflikt. Domstolsverket inkluderar information på deras hemsida där det framgår att medlare kan "frivilligt eller genom överenskommelse med parterna följa den Europeiska kommissionens uppförandekod för medlare". Det finns ett flertal uppförandekoder utgivna på marknaden, bland annat av Europakommissionen, Stockholms handelskammare och Västsvenska Handelskammaren.¹²⁴

På uppdrag av regeringen har Domstolsverket på sin hemsida sammanställt en lista över personer som kan tänkas medla inom kontexten av särskild medling. Det krav som ställs på en person som läggs upp den denna lista är att personen är villig att medla och det är medlarna som själva ansvarar för informationen om sig som står på domstolsverkets hemsida, vilket inte kontrolleras av domstolsverket.¹²⁵ På domstolsverkets lista framgår det var personen kan tänka sig att medla (till exempel vid arbetsdomstol eller tingsrätter), vilken verksamhetsort personen har, samt personens specialområde. Under december 2016 framgick det att av 293 personer på domstolsverkets lista var 27 av dessa ackrediterade hos CEDR. CEDR står för Centre for Effective Dispute Resolution och är ett Londonbaserat tvistlösningsinstitut. CEDR medlingsackreditering har erkänts som internationell standard och erbjuder löpande utbildningar och ackrediteringskurser.¹²⁶ Utbildningen är helt på engelska och personen som önskar en ackreditering hos CEDR får antingen bekosta denna själv eller bli sponsrad av till exempel sin arbetsgivare. Kostnaden för att bli ackrediterad av CEDR som medlare är ca 72 000 SEK (5880 GBP inklusive VAT).

Att svenska medlare dras till ett Londonbaserat medlingsinstitut för ackreditering kan diskuteras utifrån den ekonomiska aspekten av konfliktlösning. I städer såsom London, Dubai eller Singapore har konflikthantering blivit en framgångssaga där medlare i områden söker sig till specifikt internationella erkända institut för att

¹²⁴ Ibid nr 1

¹²⁵ Ibid nr 1

¹²⁶ CEDR:s hemsida, "Mediation training"

uppnå ackreditering efter en internationell standard. Detta går att jämföra med till exempel Australien där en ackreditering från det australiensiska "National Mediator Accrediation System" (NMAS) väger mycket tungt i jämförelse med en ackreditering utomlands.¹²⁷

I Sverige går det, genom att granska domstolsverkets hemsida med den sammanställa listan över medlare för särskild medling, snabbt att konstatera att ackrediteringar överlag saknas och i de fall de finns är de från CEDR, London. Att ackrediteringarna kommer från CEDR kan givetvis förklaras utifrån ett geografiskt perspektiv, då London ligger närmast Sverige i jämförelse med övriga internationella ackrediteringsinstitut på marknaden.¹²⁸

Följande sektion kommer behandla det Australiensiska ackrediteringssystemet för medlare. Detta främst i syfte att förstå varför ett nationellt ackrediteringssystem används istället för de som erbjuds på den internationella marknaden. Hur skulle till exempel ett svenskt ackrediteringssystem se ut, och vad finns det för konsekvenser av detta? Det femte kapitlet diskuterar den frågan vidare.

3.2 En komparativ studie av ackrediteringssystemet för medlare i Australien

Ackrediteringssystemet för medlare i Australien kallas för "National Mediation Accrediation System" (NMAS) och introducerades under 2008. NMAS styrs och kontrolleras sedan 2010¹²⁹ av "the Mediation Standards Board" (MSB).¹³⁰ MSB är ett aktiebolag¹³¹ som grundades som en del av utvecklingen av den privata rättskipningen i Australien, som utvecklats och expanderat stort under de senaste tio åren.¹³² Att NMAS har utvecklats och övervakas av MSB grundar sig på viljan att

¹²⁷ Mer om detta i nästa sektion, 3.4

¹²⁸ Se till exempel Tarbuck, Chris Lester, "Dubai's legal system", Motivate Publishing, 2009, samt Reuters in Singapore, "Singapore's planes international commercial court to take legal business way from London and Hong Kong", South China Morning Post, publicerad 12th February 2014

¹²⁹ Se MSB:s hemsida, "About mediation"

¹³⁰ Se "the Resolution Institute":s hemsida, "The National Mediators System"

¹³¹ Ibid nr 129

¹³² Hopt, Steffek, *Mediation: principles and regulation in comparative perspective*, 1 upplagan (England, Oxford University Press, 2013), kap 17; Magnus, "Mediation in Australia: developments and problems"

säkerställa en viss standard för medling på den privata marknaden. I Australien varierar lagarna gällande medling mellan de olika delstaterna, men sammanfattningsvis så kan domstolar i Australien erbjuda parter medling, men även få parter att genomföra obligatorisk medling. Inom området för obligatorisk medling, till exempel gällande vårdnadstvister, är det givetvis viktigt att den medling som utförs uppfyller viss standard och professionalitet eftersom parterna då inte har valt bort det som ett alternativ till en domstolsprocess.¹³³ Alternativ tvistlösning har på så sätt blivit en del av domstolsprocessen, vilket gör att namnet då kan bli missvisande. Alternativ tvistlösning blir då istället en slags alternativ process med fokus på integrativ och holistisk förhandling.¹³⁴

I inledningen av NMAS:s standard för medlare och medling framgår att syftet med att ackreditera medlare för NMAS:s standard är att uppnå kvalitet, kontinuitet och ansvarsskyldighet. Målet med ackrediteringen är att medlare ska få kunskap, teknik och medvetenhet om dess etiska skyldighet i samband med medling.¹³⁵ NMAS innefattar standards för medlare, vilket då innebär att personliga egenskaper hos medlaren, erfarenhet och lämplighet granskas. Erfarenhet kan både innebära tidigare yrkeserfarenhet, men även krav på arbetet som just medlare, vilket till exempel kan innebära att en medlare måste ha genomfört ett visst antal arbetade timmar som medlare för att uppnå viss erfarenhet.¹³⁶ Detta kan jämföras med det svenska domstolsverkets lista över medlare där erfarenhet som just medlare inte finns inkluderad.¹³⁷

Hanks (2012) pekar på en grundläggande skillnad mellan det europeiska och Australiensiska perspektivet på medling i en juridisk publikation angående obligatorisk medling. För de länder i Europa som är medlemmar i EU, gäller EKMR, i vilken art 6 innefattar rätten till en rättvis rättegång. Som tidigare nämnts i sektion 2.2 har Europakommissionen under 2004 gett ut en Code of Conduct för

¹³³ Ibid nr 120

¹³⁴ Ibid nr 6, s. 67

¹³⁵ Ibid nr 130, del 1

¹³⁶ Ibid nr 130, del 1

¹³⁷ Ibid nr 1

medlare som är aktiva gällande tvister i EU, med syftet att säkerställa en hög standard för medlare inom EU.¹³⁸

I Australien å andra sidan har en Code of Conduct, vilket man på sätt och vis kan kalla NMAS för, utvecklats från den privata marknaden och sedan blivit en del av den dömande makten, domstolarna, genom införandet av obligatorisk medling med NMAS standard.

Australiens staters lagar gällande medling varierar i stor omfattning. I den sydöstra delstaten New South Wales är medling, både frivillig och obligatorisk, ofta tillämpad vid tvistlösning inom familjerätt, civilrätt eller straffrätt.¹³⁹ I New South Wales district court gäller presumtionen att om parterna inte kan motivera varför de inte ska medla tvisten så måste parterna först göra ett försök att medla i god tro. Om parterna inte skulle medla enligt god tro, kan detta påverka en eventuell process i district court.¹⁴⁰ En eventuell konsekvens i en domstolsprocess skulle då till exempel kunna vara om en av två parter genomgår en vårdnadstvist och de väljer att inte försöka medla i god tro kan denna part då riskera att anses olämplig som vårdnadstagare om denne inte tar medlingen på allvar eftersom det indikerar dess vilja att finna en lösning till konflikten eller situationen.¹⁴¹

Presumtionen att medla en tvist i god tro om det inte finns särskild anledning att parterna inte kan medla kan jämföras med Sverige där domstolar visserligen har en skyldighet att erbjuda särskild medling eller en förlikningsprocess, men det finns ingen presumtion att en eventuell konflikt alltid kan lösas genom medling i god tro. I Sverige finns det för närvarande inte heller någon tillgänglig statistik över hur många fall som hänskjuts till särskild medling.¹⁴² Detta gör det svårt att jämföra med den faktiska användningen av medling i Sverige i förhållande till Australien, men eftersom särskild medling används som ett alternativ till domstolsprocess utan en presumtion att parterna ska medla pekar åt att (särskild) medling används i färre fall än i Australien.

¹³⁸ Engström, "Att lösa civilrättsliga tvister genom medling – finns det några nackdelar?", 2012-12:3, Särtryck ur Juridisk Tidskrift, 2012, s. 756

¹³⁹ Se hemsidan för the District Court, "Mediation"

¹⁴⁰ Ibid nr 139

¹⁴¹ Ibid nr 120, s. 950

¹⁴² SOU 2007:65, s. 95

MSB's hemsida listar de medlare i Australien som blivit ackrediterade enligt NMAS standard. Medlare kan välja olika privata organisationer, som till exempel "the Resolution Institute" eller "the Mediation Association", för att bli ackrediterade. MSB's lista används flitigt av domstolar i Australien, vilket framgår av domstolars hemsidor där det genomgående finns länkar till MSB's lista över ackrediterade medlare.¹⁴³ Det är möjligt att utse medlare som inte står med på MSB's lista,¹⁴⁴ men detta är ett undantag i praxis eftersom ackrediteringen är en viktig del av medlares trovärdighet och professionalitet.¹⁴⁵

Sammanfattningsvis går det att säga att ackrediteringssystemet för medlare i Australien är väl utvecklat och att systemet hela tiden utvecklas och används. Så sent som 2015 uppdaterades NMAS's standards för att spegla den ständiga utveckling som pågår inom ADR i Australien. Det framgår även tydligt när man går igenom NMAS's standard att yrket som medlare, och då ackrediterad medlare, innebär ständig träning och utveckling. En medlare måste med jämna mellanrum uppdatera sin kunskap inom medling och utföra medling för att behålla sin plats som ackrediterad medlare enligt NMAS's standards.¹⁴⁶

Följande sektion behandlar den del av medling som på sätt och vis gör det svårt att följa resultaten av särskild medling i Sverige, nämligen att nästan all medling utförd under särskild medling innefattas av sekretess. Hur vet man att en medlare eller att en medling är utförd på ett professionellt sätt, oavsett ackreditering, om det inte går att se några resultat?

3.3 Ackrediteringssystemet i förhållande till sekretess av processen; vad händer när en medlare missbrukar sitt uppdrag i Sverige?

En av fördelarna med att genomgå en medlingsprocess är att processen är sekretesskyddad och att parterna kan samtala och förhandla på ett friare sätt

¹⁴³ Se hemsidan för the Federal Court, "Mediation", samt hemsidan för Queensland's supreme court, samt ibid nr 139

¹⁴⁴ Ibid nr 139

¹⁴⁵ Ibid nr 4

¹⁴⁶ Ibid nr 4

jämfört med en domstolsprocess där parterna är mer styrda.¹⁴⁷ Processen att nå en lösning genom att undersöka underliggande gemensamma intressen innebär till sakens natur att parterna skulle kunna riskera ekonomisk skada genom att informationen skulle ges ut till andra än motparten i just den medlingsförhandlingen.¹⁴⁸

I Australien har ett ackrediteringssystem inneburit att medlare är medvetna om hur en medling kan struktureras i förhållandet mellan medlaren och parterna, parterna sinsemellan och eventuella ombud i medlingen. Sekretess i förhållande till de olika parter som kan ingå i en medlingsprocess blir viktig för att parterna ska kunna förhandla på rätt sätt för att upptäcka gemensamma intressen. Vad händer till exempel om en part eller medlare skulle bryta sekretess under en medlingsprocess? I Sverige finns det inget ackrediteringssystem som innehåller några rekommendationer i dessa situationer, vilket givetvis kan åtgärdas genom kontrakt för var enskild medlingsprocess. Frågan är om de olika metoderna för sekretessen utgör någon skillnad i praktiken.

I Australien finns det till exempel möjlighet för medlare att försäkra sig genom de institutioner som ackrediterat dem. The Resolution Institute i delstaten New South Wales tillhandahåller en försäkring (Professional Indemnity and Public Liability Insurance) för sina medlare.¹⁴⁹ Försäkringen täcker då till exempel förhandlingar inför medling, kommunikationen med parterna inför medling, medlingstillfällen, privata möten och eventuella draft på en förlikning mellan parterna.¹⁵⁰ I Sverige finns ingen liknande försäkring för just medlare.

Tidigare har nämnts att medling där fler uppgifter än i domstol kan delas för motparten kan leda till att parterna hittar underliggande gemensamma intressen.¹⁵¹ En risk är givetvis att parterna inte ser några gemensamma intressen och att de istället vänder sig till domstol efter ett försök att medla. Frågan är då hur parterna hanterar att uppgifter som delats under en medling med försöket att hitta en gemensam lösning måste "glömmas bort" i en domstolsprocess under

¹⁴⁷ Ibid nr 6, samt ibid nr 36

¹⁴⁸ Ibid nr 27, samt ibid nr 91

¹⁴⁹ Ibid nr 4

¹⁵⁰ Ibid nr 4

¹⁵¹ Ibid nr 110

sekretessbestämmelser. Vad finns det för risker i en sådan process? Vilka skyldigheter har en medlare i dessa sammanhang?

Medlare som medlar under särskild medling täcks av regleringen i OSL, vilket betyder att medlare inte får bryta mot sekretess av uppgifter som framkommit under en medlingsprocess eftersom den kan knytas till domstolen.¹⁵² Medlare som däremot medlar i privata institut som till exempel Medlingsinstitutet täcks däremot inte av regleringen i OSL. Det blir därför viktigt för parter att ingå specifika avtal med dessa medlare om tystnadsplikt.

4. Särskild medling i förhållande till rättskipning

En fråga som blir aktuell i diskussionen över huruvida ett ackrediteringssystem är lämpligt eller ej är hur särskild medling kan tolkas i förhållande till rättskipning.

Kan särskild medling falla inom begreppet för rättskipning i och med domstolens koppling till aktuella parter om särskild medling? Domstolarnas självständighet, som beskrivs i Regeringsformens 11 kap 5§, kan utgöra ett argument för att särskild medling innefattas under begreppet rättskipning. Om domstolen erbjuder parter att själva medla fram en lösning under formerna av särskild medling är detta på sätt och vis domstolens delegering av konflikthanteringen till den privata marknaden. Samtidigt beskrivs i förarbeten kring särskild medling att särskild medling inte kan anses falla inom begreppet för rättskipning.¹⁵³ Att särskild medling faller inom begreppet ADR kan även tyda på att parter aktivt väljer ett alternativ till domstolens rättskipning.

Rättskipningsbegreppet kan i sig vara svårt att definiera eftersom det kan uppstå en politisk diskussion över vad begreppet faktiskt innebär. Vilken roll har en domstol, och vilken roll bör en domstol ha? Hur ska domstolarnas verksamhet kombineras med den privata tvistlösningsmarknaden och hur ska denna kombineras i vad vi kallar särskild medling? Särskild medling kan på sätt och vis bilda ett mellanting mellan rättskipning och alternativ tvistlösning eftersom det

¹⁵² Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)

¹⁵³ Prop 2010/11:128, s. 73

inte kan uppstå utan en domstols delegering, men samtidigt kan anses vara en fristående process eftersom domstolar inte har något faktisk kontroll över själva processen under särskild medling.¹⁵⁴

Rättskipning kan jämföras med det engelska begreppet "access to justice", som pekar på den tillgänglighet av rättvisa eller rättsskydd som finns för medborgare.¹⁵⁵ Access to justice kan bland annat innebära aktuella processuella strukturer i ett samhälle som antingen förbättrar eller försvårar medborgares möjlighet att processa i domstol eller under ADR.¹⁵⁶ Särskild medling kan därmed jämföras som ett tillvägagångssätt att uppnå "access to justice", vilket blir en liknande men dock inte likadan process som rättskipning.

I dispositiva tvister som hamnar i domstol finns en presumtion att civilprocessen förser medborgare med ett rättsskydd under de juridiska aspekterna av tvisterna som uppkommer,¹⁵⁷ men även till viss med en konflikthanterande funktion.¹⁵⁸ Särskild medling kan användas på både ett sätt med enbart juridisk inriktning, men det finns även möjlighet att konflikten kan mynna ut i en diskussion eller förhandling rörande underliggande motiv för den konflikt som uppstått. Kanske kan en konflikt förvandlas till någon helt annat än en juridisk fråga i en process om särskild medling? Detta kan diskuteras i kontexten att särskild medling i större utsträckning kan fokusera på parterna som individer, till skillnad från domstolen som i stor utsträckning fokuserar på en konflikt från en samhällsnivå. Vilka intressekonflikter finns, och hur har lagstiftaren hanterat denna intressekonflikt? I en domstol kan parterna kategoriseras efter lagstiftarens slutsatser kring intressekonflikter i samhället.¹⁵⁹

Det finns inget givet svar för huruvida medling, eller särskild medling, bör eller inte bör ingå som rättskipning. Det går dock att konstatera att om det går att

¹⁵⁴ SOU 2000:99

¹⁵⁵ Knuts, *Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling*, 1 upplaga (Sverige, A-sarja, 2006) s. 54, samt ibid nr 91

¹⁵⁶ Ibid nr 27, samt ibid nr 91

¹⁵⁷ Ekelöf, *Rättegång I*, 9 upplagan (Sverige, Wolter Kluwer, 2016)

¹⁵⁸ Lindblom, "ADR – opium för rättsväsendet?", SvJT 2006, s. 113

¹⁵⁹ Ibid nr 24, s. 83

argumentera för att särskild medling är en form av rättskipning kan samhället, till följd av åtagandet att säkerställa rättskydd för sina medborgare, vara skyldig att se till att parter erhåller rättskydd under särskild medling även om detta utgörs av en frivillig handling från parterna. 1947 ansåg Högsta domstolen att "formen för denna verksamhet [rättskipning] är rättegång och dess syfte är att i ett konkret fall fastställa vad som är rätt mellan vissa parter samt i överensstämmelse därmed meddela rättskydd åt den som lidit intrång i sin rätt eller hotas av sådant intrång".¹⁶⁰ Under 1947 hade dock inte ADR introducerats i varken Europa eller Sverige på samma sätt som det har idag. Kan domstolens roll som dömande verksamhet blivit förändrad på så sätt att domstolar även har en långtgående konfliktlösande verksamhet? Utvecklingen av både förlikningsverksamhet och särskild medling pekar på denna slutsats.¹⁶¹

4.1 Stadfästelse och verkställbarhetsförklaring efter medlingsprocessen

Medling i svensk rätt finns i ett flertal olika rättsområden såsom arbetsrättsliga tvister, vårdnadstvister eller privaträttsliga tvister. De parter som i olika tvister lyckats att kommunicera fram en lösning genom exempelvis ett avtal kan ansöka om att få en verkställbarhetsförklaring från en domstol. Ärendelagen styr processen kring verkställbarhetsförklaring.¹⁶² De avtal som innehåller en förpliktelse som kan verkställas i Sverige inkluderas i svenska domstolars behörighet att verkställbarhetsförklara ett avtal. Detta kan givetvis diskuteras i samband med avtal som kommit fram under en medlingsprocess med tanke på olika fokus som kan finnas i processen angående integrativ och distributiva problemdefinitioner av den aktuella tvisten. I förarbeten nämns dock att de avtal som inte kan verkställbarhetsförklaras är de avtal som utgör *pactum turbe* eller *ordre public*, som en del av de situationer då avtal går emot grundläggande principer för rättsordningen i Sverige. Frågan är dock huruvida avgörande delar av

¹⁶⁰ NJA II 1947

¹⁶¹ Ibid nr 27

¹⁶² Ibid nr 24, s. 715

avtalet som överhuvudtaget inte berör juridiska aspekter av tvisten (vilket kan uppstå i alternativ tvistlösning), kan utgöra främmande element?¹⁶³

En stadfästelse kan på sätt och vis jämföras med att särskild medling övergår till rättskipning eftersom resultatet av medlingen får rättsverkningar mellan parterna. Detta gäller dock enbart de lösningar på en konflikt som kan få rättsverkningar. Parters överenskommelse om att till exempel bygga vidare på en affärsrelation kan till exempel inte övergå till att få rättsverkningar då det omöjligtvis hade gått att verkställa det. Delar av en medlad lösning kan dock få rättsverkningar, om det till exempel skulle innebära att ena parten betalar av en skuld eller liknande då det hade varit genomförbart att verkställa.¹⁶⁴

Sammanfattningsvis utgör stadfästelse eller verkställbarhetsförklaring efter en särskild medlingsprocess ett sätt att säkerställa parternas rättigheter till de juridiska lösningarna av konflikten som förhandlats fram.

¹⁶³ Ibid nr 24, s. 715-716

¹⁶⁴ Ibid nr 6, samt ibid nr 24

5. Ackrediteringssystem utanför Sverige

Finns det ett behov att ett ackrediteringssystem för medlare i Sverige? Frågan kommer att diskuteras vidare i nästa kapitel och denna sektion listar först några av de för- och nackdelar som ett ackrediteringssystem utifrån både ett internationellt och ett svenskt perspektiv kan ha.

Utifrån ett internationellt perspektiv kan ett ackrediteringssystem utvecklats som en följd av den framgångsrika alternativa tvistlösning som utövas i städer som London, Singapore och Dubai. Städerna har blivit center för tvistlösning i stora regioner, vilket det både kan finnas språkliga och kulturella skäl för.¹⁶⁵ Utifrån ett marknadsperspektiv framstår givetvis ackrediterade medlare som attraktiva på marknaden eftersom de kan försäkra klienter eller parter om en viss professionalitet.¹⁶⁶ Internationellt sett har även UNCITRAL en viktig roll inom medling, vilket även kan kopplas till utbildningen för ackrediterade medlare i till exempel London.¹⁶⁷ En kunskap om de internationella eller regionala rekommendationer som finns kan givetvis tillförsäkras genom en ackreditering.¹⁶⁸

Från ett regionalt perspektiv går det att se på till exempel EU-direktiv¹⁶⁹ och rekommendationer från Europakommissionen.¹⁷⁰ Här finns det vägledning för hur medling ska utföras, men ansvaret ligger i första hand på parterna och medlaren för att medlingen uppnår denna standard. I USA, Australien och England finns det utvecklade ackrediteringssystem,¹⁷¹ men i Sverige finns det som tidigare nämnts ingen motsvarighet. En anledning kan vara att marknaden inte är tillräckligt stor för att ett ackrediteringssystem skulle behövas. En annan anledning kan vara att den marknad som finns tillgodoses genom att medlare själva tar ansvar och genomgår ackreditering utomlands, från till exempel CEDR i London.

¹⁶⁵ Alexander, *International and comparative mediation – legal perspectives*, 1 upplagan (Australien, Kluwer law international, 2009), samt ibid nr 128

¹⁶⁶ Ibid nr 128

¹⁶⁷ UNCITRAL's hemsida, "About UNCITRAL"

¹⁶⁸ Ibid nr 4

¹⁶⁹ Ibid nr 40

¹⁷⁰ Ibid nr 1

¹⁷¹ Ibid nr 4

En anledning till varför ett ackrediteringssystem heller inte utvecklats kan vara att parter erbjuds särskild medling i ett alltför sent skede i en konflikt. Färdiga och genomarbetade tvistlösningsklausuler erbjuds av flera ackrediteringsföretag utomlands, vilket även på längre sikt bidrar till att fler parter på marknaden väljer medling som en del av deras avtalsskyldighet. Tydliga tvistlösningsklausuler kan även leda till ett tydligare led av när och hur särskild medling ska eller kan tillämpas. Om parter till exempel väljer att inkludera särskild medling i god tro som en del av deras avtalsskyldighet kan en ackrediterad medlare även avgöra om en part träder in i en medlingsprocess i god tro eller inte. På sätt och vis kan detta bli en slags obligatorisk medling, men genom parternas villkor och inte från domstolen. Även om särskild medling är domstolsknuten kan parterna ändå ingå avtal vilket innebär att medling skulle få en allvarigare konsekvens om den inte genomfördes i god tro och även få en tydligare struktur. Ett ackrediteringsföretag eller system skulle därför kunna utveckla särskild medling och tillförsäkra både professionalitet och bidra till förutsägbarhet över processen vid eventuella konflikter för aktuella parter. Detta är precis vad som hänt i Australien, där företag som bland annat the Resolution Institute tillhandahåller tvistlösningsklausuler för sina klienter, där även deras företag nämns som ansvariga vid eventuell medling.

Sammanfattningsvis går det att säga att ackreditering är möjligt för svenska medlare att få från utlandet, men samtidigt kan den användas i Sverige.

6. Diskussion och slutsats

Forskningsfrågor:

- Hur används medling som en alternativ tvistlösningsmetod i Sverige idag?
- Finns det ett behov att ett ackrediteringssystem för medlare i Sverige?
- Hur förhåller sig särskild medling i förhållande till rättsskipning?

Det finns i nuläget inget som garanterar att ett svenskt ackrediteringssystem hade inneburit någon skillnad för kvalitén på särskild medling i Sverige. Eftersom det inte finns någon statistik över hur stor utsträckning särskild medling används och resultatet av denna finns det ingenting att jämföra med. Detta är givetvis olyckligt eftersom för- och nackdelar med ett ackrediteringssystem inte går att utvärdera på ett korrekt sätt.

Det går dock att säga att det finns en hel del argument som väger för att en ackrediterad medlare skulle kunna utföra ett professionellt arbete med en ackreditering eftersom det är flera delar av medling som kan vara komplicerade, till exempel när det kommer till etiska dilemman eller ställningstaganden. Om en medlare enbart innehar juridisk kunskap om en konflikt (vilket medlarna på domstolsverkets lista till en övervägande del kan anses göra) kan de fördelar som särskild medling kan ge gå förlorade. Om en medlare inte har någon kunskap om medlingsmetoder eller tekniker finns det inte en särskilt stor anledning för parterna att välja detta alternativ, då en domare hade kunnat erbjuda en nästan identisk process genom förlikning.

Alternativet att medlare själva tar ansvar för detta genom att ackreditera sig i London pekar på en trend som säger att det är en bra investering att ackreditera sig eftersom det hjälper medlaren att göra ett bra arbete. Frågan är om det hade blivit en annorlunda marknad för medling i Sverige om fler av de särskilda medlarna besatt denna kunskap.

Frågan huruvida ackreditering skulle skötas av myndighet, privata företag eller liknande är givetvis en viktig del att diskutera inför ett eventuellt införande av ett ackrediteringssystem. Om till exempel medlingsinstitutet i Sverige skulle få detta ansvar skulle då även staten kunna försvara de brister som kan anses föreligga i samband med riskerna under särskild medling, tidigare diskuterade i sektion 2.5.

Det är samtidigt svårt att veta hur marknaden skulle reagera på en eventuellt dyrare konfliktlösningsmetod som ett ackrediteringssystem skulle innebära för särskild medling. Är Sverige helt enkelt redo för en satsning på ADR, eller finns det någon marknad för detta? Ett alternativ för att få fördelarna med medling, men samtidigt inte begränsa medling för enbart de parter som har ekonomi för det, är att satsa på ett gratis ackrediteringssystem för medlare. På så sätt hade fler medlare fått kunskap om medling och det hade kunnat erbjudas som ett professionellt alternativ i jämförelse av en domstolsprocess eller förlikningsprocess för en domare. Det stora problemet med särskild medling idag kan vara den brist på kunskap som finns om medling.

Min slutsats är att ett ackrediteringssystem hade ändrat på inställningen till särskild medling i Sverige och gjort den mer attraktiv på marknaden för tvistelösning. Det finns en risk med att gå in i en kostsam medlingsprocess där det inte är säkert att den person som medlar förstår sig på konflikten ur ett annat perspektiv än den juridiska, och då går parterna helt enkelt miste om möjligheten att under sekretess upptäcka gemensamma intressen och tillgodogöra sig fördelarna med medling. Ett exempel på gemensamma intressen kan till exempel vara en så enkel sak som att parter få hjälp att lära sig kommunicera med varandra. Detta kan på sikt leda till lyckade affärsförhållanden och vinster både för parter och samhälle.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

- Prop. 2010/11:128
- SOU 1938:44
- SOU 2007:26
- SOU 2009:36
- SOU 2000:99

Litteratur

- Alexander, *International and comparative mediation – legal perspectives*, 1 upplagan (Australien, Kluwer law international, 2009)
- Bogdan, *Komparativ rättskunskap*, 2 upplagan, (Sverige, Norstedt juridik, 2003)
- Boule, *Mediation: principles, process, practice*, 3 upplagan (Australien, Lexis Nexis, 2011)
- Ekelöf, *Rättegång I*, 9 upplagan (Sverige, Wolter Kluwer, 2016)
- Engström, *Lag om medling i vissa privaträttsliga tvister – en kommentar*, 1 upplagan (Sverige, Jure Förlag AB, 2011)
- Hopt, Steffek, *Mediation: principles and regulation in comparative perspective*, 1 upplagan (England, Oxford University Press, 2013)
- Knuts, *Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling*, 1 upplagan (Sverige, A-sarja, 2006)
- Lindell, *Civilprocessen: rättegång samt skiljeförfarande och medling*, 3 upplagan (Sverige, Iustus förlag, 2012)
- Mayer, *The Dynamics of Conflict*, 2 upplagan (USA: John Wiley & Sons, 2012)
- NADRAC, *The development of standards for ADR – discussion paper*, 1 upplaga, 1 upplagan (Australien, Commonwealth of Australia, 2000)
- Norman, Öhman, *Medling och andra former av konflikthantering*, 1 upplagan (Sverige, Danskt band, 2011)

- Strömholm, *Allmän rättslära*, 6 upplagan, (Sverige, Norstedt juridik, 1988)
- Westberg, *Civilrättskipning*, upplaga 2 (Sverige, Norstedts juridik, 2013)
- Ury, Fisher, *Getting to YES*, (US, Palgrave, 2011)

Artiklar

- Alexander, "From common law to civil law jurisdictions: court ADR on the move in Germany", 4:8, artikel 3, ADR Bulletin, 2002
- Astor "Rethinking Neutrality: A Theory to Inform Practice- Part II" (2000), 11:3, Australian Dispute Resolution Journal
- Brigg, "Mediation, Power, and Cultural Difference" (2003), 20:3, Conflict Resolution Quarterly
- Clarke, Davies "Mediation – When is it not an Appropriate Dispute Resolution Process?" (1992) 3:2, Australian Dispute Resolution Journal
- Delgado, Dunn, Brown, Lee, Hubbert, "Fairness Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution" (1985), 1359, Wisconsin Law Review
- Della Noce, "Mediation theory and policy: The legacy of the Pound Conference", Ohio state journal on Dispute Resolution, 2002
- Engström, "Att lösa civilrättsliga tvister genom medling – finns det några nackdelar?", 12:3, Särtryck ur Juridisk Tidskrift, 2012
- Gewurz, "(Re)Designing Mediation to Address the Nuances of Power Imbalance" (2001), 19:2, Conflict Resolution Quarterly
- Hanks, "Perspectives on mandatory mediation", 35:3, UNSW Law Journal, 2012
- Harris, "The Koori court and the promise of therapeutic jurisprudence", 1 eLaw Journal (special series) 129, 2006
- Lindblom, "ADR – opium för rättsväsendet?", 6:1, Särtryck ur Juridisk Tidskrift, 2006
- Loomis, "Domesic violence and mediation: a tragic combination for victims in California Family Court", 35:2, California Western Law Review, 1999

- McFadden, "Developments in international commercial mediation: US, UK, Asia, India and EU", 8:2, Contemporary Asia Arbitration Journal, 2015
- Mayer, "The Dynamics of Power in Mediation and Negotiation" (1987) 16:1, Mediation Quarterly
- Noone, Ojelabi, "Ethical Challenges for Mediators around the Globe: An Australian Perspective", 45, (2014), Washington University Journal of Law & Policy
- Nolan-Haley, "Self-determination in international mediation: some preliminary reflections", 7:277 (2006), Cardozo journal of conflict resolution
- Reuters in Singapore, "Singapore's plans international commercial court to take legal business way from London and Hong Kong", South China Morning Post, publicerad 12th February 2014
- Tarbuck, Chris Lester, "Dubai's legal system", Motivate Publishing, 2009
- Welsh, "The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: the Inevitable Price of Institutionalization?", 6, (2001), Harvard Negotiation Law Review
- Wolski, "On mediation, representatives and advocates", 38:1, UNSW Law journal

Rättsakter

- Direktiv 2008/52/EG
- Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
- FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning
- Föräldrabalken
- Lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade
- Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)
- Regeringsformen

Internetkällor

- CEDR:s hemsida, "Mediation training", se <https://www.cedr.com/skills/mediation-training/>, 3 januari 2017
- Högsta domstolens hemsida, "God domarsed – om etik och ansvarstagande", se http://www.hogstadomstolen.se/Publikationer/Rapporter/god_domarsed-om_etik_och_ansvartagande_webb.pdf, 3 januari 2017
- MSB:s hemsida, "About mediation", se <http://www.msb.org.au/>, 3 januari 2017
- Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian law, The Hague Institute for the internationalisation of law, "Rättsstaten", Sverige, 2012, se <http://rwi.lu.se/app/uploads/2013/01/Rattsstaten-En-handledning-for-politiker.pdf>, 3 januari 2017
- Resolution Institute:s hemsida, "mediation training", se <https://www.resolution.institute/dispute-resolution/mediation>, 3 januari 2017
- Sveriges domstolars hemsida, "förtäckning över särskilda medlare", se <http://www.domstol.se/Tvist/Sarskild-medling/Forteckning-over-sarskilda-medlare1/>, 3 januari 2017
- the District Court's hemsida, "Mediation", http://www.districtcourt.justice.nsw.gov.au/Pages/alternative_dispute_resolution/mediation.aspx, 3 januari 2017
- the Federal Court's hemsida, "Mediation", <http://www.fedcourt.gov.au/services/ADR/mediation>, 3 januari 2017
- the Queensland's supreme court's hemsida, se <http://www.courts.qld.gov.au/courts/supreme-court/alternative-dispute-resolution>, 3 januari 2017
- UNCITRAL, "About UNCITRAL", se http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html, 3 januari 2017