



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sofia Andersson

Rättsmedling
– en kritisk analys

Examensarbete
30 poäng

Professor Peter Westberg

Processrätt

Vt 2008

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Problemformulering och syfte	5
1.3 Metod och material	5
1.4 Avgränsningar	6
1.5 Disposition	6
2 MEDLINGENS FRAMVÄXT	7
3 MEDLING I SVERIGE	9
3.1 Tidigare förslag till reformering av medlingsinstitutet	9
3.2 Skillnaden mellan medling och förlikning	10
3.3 Den svenska försöksverksamheten	11
3.4 SOU 2007:26 Alternativ tvistelösning	12
3.4.1 Övervägande angående rättens förlikningsverksamhet	12
3.4.2 Överväganden angående en reformering av medlingsinstitutet	12
3.4.2.1 Skäl för ökad användning av medling	12
3.4.2.2 Hur skall medlingen gå till rent praktiskt?	14
3.5 Remissinstansernas kritik	15
3.5.1 Allmänna domstolar	15
3.5.2 Förvaltningsdomstolar och nämnder	17
3.5.3 Universitet och högskolor	17
3.5.4 Offentliga organ	18
3.5.5 Fackföreningar och branschorganisationer	18
3.6 Kritik mot det svenska förslaget	18

3.7	Analys	20
4	MEDLING I NORDEN	22
4.1	Norge	22
4.1.1	Försöksordning med rättsmedling	22
4.1.2	Utvärdering av försöksordningen	23
4.1.3	Nya tvisteloven	24
4.1.4	Kritik mot den norska rättsmedlingen	25
4.1.5	Skillnader mellan Norge och Sverige	27
4.2	Danmark	28
4.2.1	Försöksordningen med rättsmedling	28
4.2.2	Utvärdering av försöksordningen	29
4.2.3	Rättsmedling som permanent ordning	30
4.2.4	Kritik mot den danska rättsmedlingen	31
4.2.5	Skillnader mellan Danmark och Sverige	32
4.3	Finland	32
4.3.1	Rättsmedling i Finland	32
4.3.2	Kritik mot den finska rättsmedlingen	34
4.3.3	Skillnader mellan Finland och Sverige	35
4.4	Analys	36
5	PROCESSENS FUNKTION	39
5.1	Civilprocessens funktion	39
5.1.1	Handlingsdirigering	39
5.1.2	Konfliktlösning	40
5.1.3	Handlingsdirigering visavi konfliktlösning	40
5.1.4	Rättsskydd och kontroll	41
5.1.5	Rättsskapande	41
5.2	Medlingsprocessens funktion	41
5.2.1	Handlingsdirigering och konfliktlösning	42
5.2.2	Rättsskydd, kontroll och rättsskapande	42
5.3	Analys	43
6	AVSLUTANDE SYNPUNKTER	45
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	47

Summary

Conflicts are created everyday in our society. Most of these conflicts are solved without help from outsiders and only a few ends up in court. Adjudication has for a long time been accused of being too slow and not a real alternative for commercial disputes. In SOU 2007:26 it is suggested that mediation shall be used as a method to solve disputes in court instead of traditional conciliation. A mediator has the possibility to take more actions to settle the dispute than a judge, who has to pass a judgement if no settlement is reached. When using mediation it is possible to take more consideration of non-judicial arguments, to have separate meetings with the parties and to propose solutions to get a tailor-made solution to the conflict. The aim of the Swedish proposal is to guarantee that parties to all conflicts will have a chance to discuss settlements with a person who has both the interest and talent for mediation. The aim of this essay is not to examine the advantages of mediation but to examine what disadvantages and risks there are of introducing court-sponsored mediation into Swedish law.

Mediation was introduced in the United States as a reaction to the opinion that there was a crisis in the American courts and that the courts were too expensive and too slow. Mediation then spread to Europe. The European Union has developed a directive that aims to promote the use of mediation in the member states. Norway was the first Nordic country to legislate court-sponsored mediation followed by Denmark and Finland. The Nordic laws are similar to the Swedish proposal but there are some differences, for example there is not always a requirement for consent from the parties in Norway. There has been some critique against court-sponsored mediation both in Swedish and Nordic doctrine. The critics argue that mediation does not possess the same legal security as adjudication does, which could be a disadvantage for weaker parties. It is also claimed that the content of the law can be indistinct since it is possible to take more consideration of non-judicial arguments. This might lead to the creation of more conflicts and a lower public confidence when judges appear both in the role as judge and mediator. By introducing mediation to the courts the mediation process might lose some of its flexible characteristic because of the demand for legal security. After a comparison of the functions of mediation and adjudication, it is clear that mediation can not fulfil the same adjudication functions of fostering and maintaining social cohesion, the protection of individual freedoms and the development of existing laws. This essay has shown that there are disadvantages of introducing court-sponsored mediation to Swedish law. My conclusion is therefore that a system with mediation not linked to the courts is preferable as this would not involve any disadvantages for adjudication and the mediation process can keep its flexible characteristic.

Sammanfattning

Konflikter uppstår dagligen i vårt samhälle. De allra flesta av dessa konflikter löses utan hjälp från utomstående och endast en liten del hamnar i domstol. Längre har rättskipningen dock ansetts vara alltför långsam och därmed inte ett reellt alternativ för näringslivets tvister. I SOU 2007:26 föreslås därför att medling skall användas som konfliktlösningsmetod vid domstolarna i första hand istället för traditionell förlikning. I ett medlingsförfarande kan medlaren gå längre i sina försök att förlika parterna än vad domare kan under traditionella förlikningsdiskussioner eftersom han eller hon skall döma i en eventuell, efterföljande process. Vid medling kan man därför ta större hänsyn till utomrättsliga faktorer, hålla enskilda samtal med parterna och komma med lösningsförslag för att få en skraddarsydd lösning på parternas problem. Målet med det svenska förslaget med rättsmedling är att garantera att parter till alla tvister får föra förhandlingar under ledning av en person med både intresse och fallenhet för medling. Uppsatsens syfte är dock inte att framhålla medlingens fördelar utan att utreda vilka nackdelar och risker som finns med att införa rättsmedling i svensk rätt.

Medling infördes i USA som en reaktion på uppfattningen att det rådde en kris vid de amerikanska domstolarna då processen ansågs vara alltför dyr och långsam. Medling har sedan spridit sig till Europa. EU har lagt fram ett direktiv i syfte att främja användningen av medling i medlemstaterna. I Norden var Norge först ut med att införa rättsmedling som permanent ordning och därefter följde Danmark och Finland. De nordiska regleringarna är liknande det svenska förslaget men vissa skillnader föreligger, till exempel krävs inte alltid samtycke för att inleda rättsmedling i Norge. Det har riktats en del kritik mot systemet med rättsmedling både i svensk och nordisk doktrin. Kritiken består bland annat i att medlingen inte åtnjuter samma rätts säkerhetsgarantier som en ordinär process vilket kan vara till nackdel för svagare parter. Det har även hävdats att innehållet i gällande rätt kan bli ottydligt eftersom medling i större utsträckning kan ta hänsyn till utomrättsliga argument. Detta kan i sin tur leda till att fler konflikter skapas och att förtroendet för domstolarna minskar när domare uppträder både i rollen som rättskipare och medlare. Genom att knyta rättsmedling till domstolen kommer medlingen även förlora något av sin flexibla karaktär då det ställs höga krav på rättssäkerhet. Vid en jämförelse mellan den ordinära civilprocessens och medlingsprocessens funktioner är slutsatsen att medlingsförfarandet inte kan uppfylla den ordinära processens funktioner vilket innebär att den handlingsdirigerande, rättsskapande och kontrollerande funktionen inte kommer att kunna uppfyllas fullt ut om rättsmedling införs i svensk rätt. Sammanfattningsvis har uppsatsen visat att det finns nackdelar med att införa rättsmedling i svensk rätt. Min slutsats är därför att ett system med utomprocessuell medling är att föredra eftersom det inte skulle innebära några nackdelar för civilprocessen och medlingsförfarandet kan behålla sin flexibla karaktär.

Förkortningar

ADR
ARN
DV
JK
JO
KOV
LO
NNR
Prop.
RB
SACO

SJB
SOU
TCO

Alternative dispute resolution
Allmänna reklamationsnämnden
Domstolsverket
Justitiekanslern
Justitieombudsmannen
Konsumentverket
Landsorganisationen i Sverige
Näringslivets regelnämnd
Proposition
Rättegångsbalken (SFS 1942:740)
Sveriges Akademikers
Centralorganisation
Sveriges Juridiska Byråer
Statens offentliga utredningar
Tjänstemännens
Centralorganisation

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I det vardagliga samhället uppstår konflikter hela tiden. Flertalet av dessa konflikter löses utan hjälp från utomstående och endast ett fåtal går vidare till domstol. Av de tvister som kommer till domstol brukar det uppskattningsvis sägas att cirka 60 procent förlikas och resten avgörs genom huvudförhandling.¹ Civilprocessen har under lång tid kritiserats och ansetts vara alltför långsam och oflexibel och därmed inget reellt alternativ för näringslivets tvister. Näringslivet har istället i hög grad använt sig av olika alternativa tvistlösningsformer som till exempel skiljeförfarande. Den svenska lagstiftaren har uppmärksammat kritiken mot civilprocessen och har därför försökt reformera processen för att göra den mer lättillgänglig och effektiv. I kommittédirektivet till SOU 2007:26, Alternativ tvistlösning, påpekas att medling kan vara ett sätt att få ett snabbt avgörande på en tvist men att medling inte är så vanligt förekommande. Syftet med utredningen var därför att analysera orsakerna till att medling inte används i särskilt hög grad i Sverige och ta ställning till om det krävs någon lagändring för att få till stånd en ökad användning av medling.²

Alternativa tvistlösningsmetoder, eller ADR (Alternative Dispute Resolution) som det kallas med ett samlingsbegrepp, började användas i USA redan på 70-talet som ett alternativ till den ordinära processen som ansågs vara alltför dyr och långsam. Utvecklingen spred sig till Europa och även om ADR inte används lika flitigt i Sverige som i USA har utvecklingen gått snabbt framåt. Medling är ett av de förfarande som ryms under begreppet ADR och det är detta fenomen som denna uppsats skall behandla. Medling brukar definieras som en process där två eller flera parter som är i konflikt assisteras av en neutral medlare i en frivillig förhandling. Det fokuseras i högre grad på förhandling om behov och intressen än på diskussion om rättsliga fakta.³ I motsats till en domare tillämpar en medlare sålunda inte en rättsregel på det tvistiga sakförhållandet mellan parterna utan hjälper istället parterna att själva skapa den relevanta normen. Medling sker dock ofta mot bakgrund av vad lagen stadgar och hur ett domstolsavgörande skulle utfalla, vilket brukar beskrivas som att medling utförs ”in the shadow of the law”.⁴ EU-kommissionen har lagt fram ett direktiv för att främja användning av medling i medlemsstaterna. I direktivet beskrivs medling som: ”ett snabbare, enklare och kostnadseffektivare sätt att lösa tvister, där man kan ta hänsyn till fler av parternas intressen, där det finns en

¹ SOU 2007:26, *Alternativ tvistlösning*, s. 107.

² Dir. 2005:77, *Alternativa former för tvistlösning vid tingsrätt*, s. 1.

³ Boserup, Humle, *Mediationsprocessen*, Nyt juridisk forlag, Köpenhamn, 2001. s. 1.

⁴ Lindell, *Alternativ tvistlösning särskilt medling och skiljeförfarande*, Iustus förlag, Uppsala 2000, s. 70-71.

större chans att nå en överenskommelse som respekteras på frivillig väg och där en vänskaplig och långsiktig relation mellan parterna kan bevaras.”⁵

Domstolsanknuten medling, eller rättsmedling som det härfter kommer att benämnas i uppsatsen, har funnits i Sverige sedan rättegångsbalkens ikraftträdande 1948. Medling som tvistlösningsmetod har dock använts sparsamt i svenska domstolar och förlikning har istället varit den metod som använts för att nå samförståndslösningar. I SOU 2007:26 föreslås att rättsmedling skall få en mer framträdande position i domstolsprocessen än vad den tidigare haft och föreslås bli förstahandsval av förlikningsmetod istället för traditionell förlikningsförhandling.

1.2 Problemformulering och syfte

Denna uppsats skall som ovan nämnts behandla fenomenet medling och mer specifikt det nya betänkande, SOU 2007:26, som kom i april 2007 där det föreslås att medling skall användas som förlikningsmetod i civilprocessen. Min problemformulering är om det medför några problem för det svenska rättssystemet med att införa rättsmedling och om det är möjligt att uppnå det uppställda syftet, att nå snabbare avgörande på tvister, med hjälp av rättsmedling.

Våra nordiska grannländer har alla infört rättsmedling i sina rättsordningar. Deras system med rättsmedling är relativt likt det svenska förslaget men vissa regler skiljer sig åt. Det är därför intressant att jämföra vad som skiljer sig åt och analysera om den lösning som valts av den svenska utredningen är den bästa. I Norden har rättsmedling använts under ett antal år och det är därför intressant att undersöka vilken kritik som riktats mot deras system och om införandet av rättsmedling inneburit några problem.

En fråga jag ställer mig är också om rättsmedling är det rätta sättet att uppnå en effektiv och väl fungerande civilprocess och vilka risker det är förknippat med att införa medling i svensk rätt? Det har skrivits oerhört mycket litteratur om medlingens fördelar och hur medlingen skall utföras för att nå bästa resultat. Kritiken har dock varit sparsam och det är inte många som ifrågasätter om medlingen verkligen är bra för civilprocessen och förenligt med dess syfte. Syftet med denna uppsats är således att utreda om medling är något positivt för det svenska rättsväsendet.

1.3 Metod och material

Uppsatsen bygger på traditionell rättsdogmatisk metod. För att utreda hur den svenska och nordiska regleringen ser ut har jag således använt mig av lagar, förarbeten och doktrin på området. Jag har inte haft möjlighet att använda mig av rättsfall eftersom medling inte är ett offentligt förfarande.

⁵ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:SV:PDF>, s. 3. (20080420)

Jag har även gjort en jämförelse mellan det svenska förslaget och den nordiska regleringen men det är inte fråga om komparativ metod i ordets rätta bemärkelse.

Som nämnts ovan finns det idag många som anser att medling är något positivt och de kritiska rösterna är få. Jag har därför inte enbart använt mig av den kritik som riktats mot det svenska förslaget utan även kritik som riktats mot övriga nordens medlingsinstitut.

1.4 Avgränsningar

Jag har avgränsat mig till att endast beakta medling i kommersiella och enskilda tvister och inte beakta den medling som används vid tvister inom arbetsrätt och vid hyres-, bostadsrätts- och arrendetvister och immaterialrättsliga tvister eftersom dessa typer av medlingar är av en annorlunda karaktär och har andra bakgrunder, syften och mål. Inte heller medling inom brottmål faller inom syftet för denna uppsats.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med ett kapitel som behandlar medlingens framväxt i världen och anledningarna till att förfarandet infördes i ursprungslandet USA. Nästkommande kapitel presenterar det svenska förslaget gällande medling som förstahandsval av förlikningsmetod i tvistemålsprocessen. Därefter kommer de nordiska ländernas medlingsinstitut presenteras och en jämförelse kommer att göras med det svenska förslaget. Uppsatsens femte kapitel utreder civilprocessens och medlingsprocessens funktioner och på vilka sätt dessa skiljer sig åt. Alla kapitel avslutas med en diskussion och analys och i det sista kapitlet kommer en avslutande analys göras där de problemformuleringar jag ställt upp kommer att besvaras.

2 Medlingens framväxt

På 60-talet och 70-talet utnyttjades domstolarna i USA i stor grad till strävande att nå rättvisa och rättsutveckling för stora grupper av medborgare inom olika rättsområden, såsom miljö rätt, konsumenträtt och mänskliga rättigheter. Avsikten med processerna var inte alltid att vinna utan kanske lika mycket att exponera samhällsproblem och verka opinionsbildande för förändringar på judiciell och legislativ väg. Även civilprocesserna blev fler och dessutom större och det började talas om en kris vid de amerikanska domstolarna.⁶ I takt med att antalet mål ökade dramatiskt i de amerikanska domstolarna uppstod stora kostnader och förseningar i rättsystemet och bland folket märktes ett stort missnöje mot domstolarna. 1976 hölls den så kallade Pound-konferensen där domare, domstolsadministratörer, advokater och universitetsjurister samlades för att se närmare på varför folk var missnöjda och försöka ta tag i förseningar och kostsamma processer. Många menar att detta var anledningen till att användningen av medling verkligen sköt fart. Ett resultat av Pound-konferensen var att det upprättades projekt med "Neighbourhood Justice Centers" där frivilliga medlare försökte lösa mindre tvister. Idag finns det fler än 400 sådana center i USA. Samtidigt presenterades även idén om "Multi-door Courthouse". Visionen gick ut på att domstolar inte endast skulle erbjuda traditionell rättsskipning utan även andra konfliktlösningsförfaranden och parter skulle därmed kunna välja den konfliktlösningsmetod som passade dem bäst. Denna idé har sedan följts upp och flera domstolar erbjuder idag olika ADR-förfaranden för civila tvister.⁷ Medling blev således en del av en större reformrörelse som var inriktad på att lösa de interna problemen hos domstolarna och hade sina rötter i uppfattningen att det rådde en kris i de amerikanska domstolarna.⁸

Medlingsförfarandet har sedan spridit sig till Europa. 2002 utarbetade EU-kommissionen en grönbok om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt som syftade till att inleda en bred remissrunda bland medlemsstaterna och ligga till grund för konkreta åtgärder.⁹ Därefter utarbetades ett förslag till direktiv om vissa aspekter på medling i civilrättsliga tvister som antogs den 28 februari 2008. Direktivet innehåller bestämmelser som skall säkerställa att det råder ett gott samspel mellan medling och domstolsförfaranden genom införande av gemensamma minimiregler inom gemenskapen. Syftet var att ge medlemsstaternas domstolar verktyg att aktivt främja medling, utan att göra medling

⁶ Lindblom, *Domstolens växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?*, SvJT, 2004, s. 232-233.

⁷ Austbø, *Rettsmegling – mediation, Alternativa konfliktlösningsmetoder – særlig om medgling*, Lov og Rett, nummer 6, 1998, s. 365-366.

⁸ Boule, Nestic, *Mediation: principles, process, practice*, Butterworths, London, 2001, s. 225.

⁹ Grönbok om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0196:FIN:SV:PDF> (20080420)

obligatorisk eller koppla den till särskilda sanktioner.¹⁰ Inom EU görs det därmed aktiva försök att främja införandet av medlingsförfaranden i medlemsstaterna.

¹⁰ Förslag till direktiv: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:SV:PDF> (20080420),
Antaget direktiv: http://www.europarl.europa.eu/commonpositions/2008/pdf/c6-0132-08_sv.pdf (20080420)

3 Medling i Sverige

3.1 Tidigare förslag till reformering av medlingsinstitutet

Sedan rättegångsbalken trädde i kraft 1948 har det varit möjligt att utlokalisera en del av förlikningssträvandena till så kallad särskild medling enligt 42:17 RB.¹¹ Reglerna var då uppbyggda så att rätten skulle utse en eller flera lämpliga medlare samt förordna att parterna inställde sig till förlikningssammanträde inför medlaren. Medlingen byggde på samtycke och det fanns inga tvångsmedel att använda mot part som inte inställde sig till förlikningssammanträdet. I de fall där samtycke inte gavs fortsatte målet beredas inför rätten.¹²

I SOU 1982:26 anfördes att särskild medling använts i mycket blygsam utsträckning i Sverige och förekom inte alls vid de flesta tingsrätter. Fördelarna med att förlikningsverksamheten sköttes av en från domstolen fristående person ansågs dock kunna vara flera. Medlaren kan arbeta under förutsättningen att han aldrig mer behöver ta befattning med tvisten och kan därför vara mer frispråkig än en domare som måste tänka på att behålla sin oberoende ställning i tvisten. Vidare kan den särskilde medlaren ofta tillåta sig att göra en betydligt mindre strikt juridisk bedömning än den domaren måste göra. En av förutsättningarna för att medlingen skulle få ökad betydelse ansågs vara att staten skulle ta på sig kostnaderna för medlarens verksamhet. Denna kostnadsökning måste dock kompenseras av minskade kostnader i själva rättegången och mot bakgrund av detta ansågs det att medlingen inte skulle användas regelmässigt. Istället skulle i varje enskilt fall en prövning göras där det undersöktes om det stod något att vinna från ekonomisk synpunkt med ett medlingsförfarande. Enligt utredningen borde medling därför endast förekomma i de mål som är lämpliga för förlikning, dvs. inte när domaren har en klar uppfattning om utgången i målet, när det är fråga om fastställsetalan eller i mål som endast kan innebära helt bifall till eller helt ogillande av käromålet. Vidare bör medling inte förordnas om parterna inte samtycker till det.¹³

I den efterföljande propositionen, Ett reformerat tingsrättsförfarande (prop. 1986/87:89) ansågs medling vara lämpligt i mål där det krävs en fristående medlare som kan agera med större frihet än vad en domare kan tillåtas göra. Departementschefen instämde i att särskild medling kan vara ett bra alternativ i stora tvister, där skiljaktigheterna är stora och bevisningen kommer att vara tidskrävande. Utredningens förslag att det allmänna skulle

¹¹ Knuts, *Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling*, Soumalainen lakimiesyhdistys, Helsinki, 2006, s. 168.

¹² SOU 1938:44, *Processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk*, s. 437.

¹³ SOU 1982:26, *Processen i tingsrätt*, s. 157-162.

ta på sig kostnaderna för medlingen avfärdades dock eftersom det ansågs att verksamheten för närvarande bedrevs i lämplig utsträckning trots att det allmänna inte tagit på sig några kostnader. Departementschefen såg heller inget behov av att införa regler om medlarens verksamhet, utan ansåg att den skulle vara fortsatt oreglerad.¹⁴

I SOU 2001:103, En modernare rättegång, anfördes att medlingsinstitutet ansågs ha fått anseende och användning och att verksamheten verkade fungera väl. Utredningen hade dock inte i uppgift att närmare gå in på frågan om medling och det ansågs inte finnas något uttalat behov av en lagändring. En nackdel med medling ansågs dock vara att medlarens arvode skulle betalas av parterna.¹⁵

3.2 Skillnaden mellan medling och förlikning

Både den förlikningsverksamhet som bedrivs av rätten och särskild medling har till syfte att nå en förlikning mellan parterna. Även ett förlikningsförfarande kan därmed definitionsmässigt sägas vara en slags medling. Förfarandena har många likheter och kan ibland vara svåra skilja åt. En skillnad som föreligger är dock att medlaren arbetar under förutsättning att han eller hon inte behöver ta befattning med tvisten efter medlingens slut, medan domaren måste beakta att han eller hon skall avgöra målet om förlikningsförsöken misslyckas. Medlaren har därmed möjlighet att vara mer frispråkig än domaren, som måste tänka på att behålla sin oberoende ställning i processen. En medlare har också större möjlighet än en domare att göra mindre strikta juridiska bedömningar och ta in utomrättsliga faktorer. Även en domare kan ta hänsyn till utomrättsliga faktorer men måste göra det med beaktande av sin roll som domare.¹⁶

Medlingens karaktär är mindre formell än förlikningsförhandlingar och medlingen får ta den tid som behövs medan förlikningsförhandlingar ofta bedrivs vid en muntlig förberedelse, vilket innebär att tiden för förlikningsförhandlingar är begränsad. Parterna har inflytande över valet av medlare men inte över valet av domare. Parterna får dock bekosta medlaren medan domarens biträde är kostnadsfritt. Vid medling får parterna föra förlikningsförhandlingar inför en person som har fallenhet och intresse för medling, medan enskilda domares fallenhet för förlikning varierar. Ett medlingssammanträde behöver inte vara offentligt, vilket däremot en muntlig förberedelse är.¹⁷

¹⁴ Prop. 1986/89:89, *Om ett reformerat tingsrättsförfarande*, s. 114-115.

¹⁵ SOU 2001:103, *En modernare rättegång* s. 298-299.

¹⁶ SOU 2007:26, s. 79-80.

¹⁷ SOU 2007:26, s. 79-80.

3.3 Den svenska försöksverksamheten

Hösten 2000 påbörjades en försöksverksamhet vid Nyköpings och Katrineholms tingsrätter som innebar att en domare från respektive tingsrätt förordnades till särskild medlare vid den andra tingsrätten i de mål som ansågs passande för medling. En av de bakomliggande anledningarna till försöksverksamheten var en irritation över att förhandlingar ställdes in på ett sent stadium på grund av att parterna förlikts. Genom medling hoppades man istället att fler mål skulle förlikas i ett tidigt skede av processen vilket skulle innebära en arbetsbesparing för tingsrätten och en kostnadsbesparing för parterna.¹⁸

Utgångspunkten var att parterna skulle erbjudas medling efter att svaromålet kommit in. Flera advokater ifrågasatte dock idén med en tidig medling och den allmänna uppfattningen var istället att förutsättningarna för förlikning var större i en senare fas när positionerna fastställts och bevisläget överblickats. Därför övergav man tanken på en tidig medling. Medling erbjöds till de tvister där förlikning inte träffats men som ändå bedömdes möjliga att förlika. Målen som erbjöds för medling skulle beräknas ta en hel dag eller mer i anspråk för huvudförhandling och parterna skulle ge sitt samtycke till medlingen. Den ursprungliga ambitionen var att medlingen skulle vara genomförd inom en månad, men detta lyckades inte i något fall. Längden på sammanträdena varierade mellan några timmar och upp till tre dagar beroende på tvistens omfattning och hur långt parterna stod ifrån varandra.¹⁹

Försöksverksamheten utvärderades 2002 då det konstaterades att förlikning nåtts vid fem av elva medlingsförhandlingar, varav två av målen var under medlingsarbete vid tiden för utvärderingen. Medlarnas uppfattning var att tidsåtgången för målen vid medlingsförsöket inte blivit särskilt mycket längre än om målet skulle ha gått till förberedelse och huvudförhandling. Detta innebar därför en betydlig arbetsbesparing eftersom tvistemål kan komma att kräva tre domare vid huvudförhandling, överläggning, domskrivning och en eventuell rättegång i hovrätten.²⁰ Utredningen var i kontakt med fem ombud som deltagit i försöksverksamheten. Alla ombuden betonade att det var avgörande att medlingen sköttes av en kompetent person med fallenhet för medling. Några av ombuden ansåg även att det hade betydelse att det var domare som tillhandahållit medlingen och att medlingen tillhandahållits kostnadsfritt. Sammantaget var ombuden mycket positivt inställda till medlingsförsöket och ansåg att flera av de mål där medlingen lett fram till förlikning antagligen inte skulle ha gjort det om inte medling tillhandahållits. Ombuden betonade dock att inte alla mål lämpar sig för medling och att de hade svårt att uttala sig om i vilken utsträckning

¹⁸ SOU 2007:26, s. 96-97.

¹⁹ SOU 2007:26, s. 97-98.

²⁰ SOU 2007:26, s. 98-99.

parterna varit positiva till medlingen, men angav samtidigt att de i vart fall inte varit negativa.²¹

3.4 SOU 2007:26 Alternativ tvistelösning

3.4.1 Övervägande angående rättsens förlikningsverksamhet

I SOU 2007:26 föreslås att rättsens skyldighet för att verka för förlikning skall skärpas. Enligt den nuvarande regleringen i 42:17 RB skall rätten verka för att parterna förlikas om det är lämpligt med hänsyn till målets beskaffenhet och övriga omständigheter. Enligt utredningen ger ordalydelsen av den nuvarande regleringen intryck av att rätten bör leta efter omständigheter som talar för att frågan skall tas upp, trots att det torde föreligga väldigt få fall då en förlikning inte skulle vara för parternas bästa. Utredningen föreslår därför att det skall finnas konkreta skäl mot en förlikning för att underlåta att väcka frågan och att lagtexten skall ändras på så sätt att rätten, om det inte är olämpligt med hänsyn till målets beskaffenhet och övriga omständigheter, skall verka för att parterna förlikas.²²

Utredningen föreslår även att hovrättens möjlighet att verka för förlikning skall lagfästas. Det föreslås att hovrätten skall verka för förlikning om det inte är olämpligt med hänsyn till målets beskaffenhet och övriga omständigheter. Den nuvarande regleringen i 42:17 RB om skyldigheten att verka för förlikning gäller bara processen i tingsrätten. Utredningen är dock av uppfattningen att fördelarna med en förlikning till stor del gör sig gällande i samma utsträckning i hovrätt som i tingsrätt. Det beror på att förutsättningarna kan ha förändrats när målet kommit till högre instans och att den tappande parten kanske är mer förlikningsbenägen i hovrätten. Utredningen anser dock att det inte finns skäl att ålägga hovrätten en uttrycklig skyldighet att verka för förlikning eftersom hovrätten även har en roll som överinstans. Bestämmelsen bör därför utformas så att hovrätten får verka för att parterna förlikas.²³

3.4.2 Överväganden angående en reformering av medlingsinstitutet

3.4.2.1 Skäl för ökad användning av medling

Utredningen anser att det finns skäl för en ökad användning av medling i allmän domstol. Det är ett känt faktum att enskilda domares intresse och fallenhet för att bedriva förlikningsverksamhet varierar. Alla parter får

²¹ SOU 2007:26, s. 99.

²² SOU 2007:26, s. 101-102.

²³ SOU 2007:26, s. 102-104.

därför inte tillgång till en effektiv och aktivt bedriven förlikningsverksamhet eftersom man i allmän domstol inte har någon möjlighet att välja domare. Bland annat av detta skäl anser utredningen att det finns fördelar med en ökad användning av medling i domstolarna, även om detta skulle ske på bekostnad av förlikningsverksamheten. Ett införande av ett medlingsförfarande medför en garanti för att parterna får föra förhandlingar under ledning av en person med både intresse och fallenhet för medling. Detta förslag ligger även i linje med det förslag som EG-kommissionen lagt fram där medlemsstaterna uppmanas att uppmuntra användningen av medling.²⁴

Ett annat skäl för ökad användning av medling är att en medlare har större utrymme att agera än vad en domare har, eftersom det finns en risk att domaren uppfattas som partisk om han eller hon är för aktiv i förlikningsförhandlingarna. Utredningen anser därför att en domare inte bör hålla enskilda samtal med parterna eller lägga fram konkreta förlikningsförslag, eftersom samma domare skall meddela dom i målet om förlikningsförhandlingen misslyckas. En medlare behöver dock inte i samma utsträckning som en domare tänka på risken för framtida jäv, eftersom han eller hon inte skall avgöra målet om förlikningssamtalen misslyckas.²⁵

Den muntliga förberedelsen som tillfälle för förlikningsförhandlingar har den nackdelen att tiden för sammanträdet kan vara begränsad och att även sakfrågorna i målet skall utredas under samma möte. Vidare är parter som kommer till en muntlig förberedelse mentalt inställda på strid. Vid ett medlingssammanträde å andra sidan skall endast medlingen behandlas och parter som kommer till ett medlingssammanträde är ofta inställda på att försöka komma överens. Nackdelen med medlingen är att den innebär en ökad tidsutdräkt och ökad kostnad för parterna om den misslyckas. Även en misslyckad medling kan dock ha fördelar då kärnfrågorna i tvisten kan ha strukturerats upp så att den fortsatta handläggningen underlättats och då parterna kan ha fått en utökad förståelse för varandra.²⁶

Sammanfattningsvis anser utredningen att det finns klara fördelar med en ökad användning av medling. Medling bör därför normalt utgöra förstahandsvalet i fråga om val av förhandlingsmetod. För att uppnå detta krävs en omfattande reform och en sådan görs lämpligen genom en särskild lag om medling. Även om medling införs som ett förstahandsalternativ innebär det inte att domaren vid den fortsatta handläggningen inte skall undersöka möjligheterna till förlikning mellan parterna.²⁷

Den främsta anledningen till att medling för närvarande inte används särskilt ofta antas vara att rätten bedriver förlikningsverksamhet. Det finns dock tre andra faktorer som anses spela stor roll; det faktum att det inte är

²⁴ SOU 2007:26, s. 107-108.

²⁵ SOU 2007:26, s. 108.

²⁶ SOU 2007:26, s. 108-109.

²⁷ SOU 2007:26, s. 109-110.

obligatoriskt för rätten att överväga medling, bristen på lämpliga medlare och kostnadsaspekten. För att öka användningen av medling krävs därför att systemet reformeras på dessa punkter. Såsom reglerna är utformade idag är medling endast subsidiärt i förhållande till förlikning. På grund av medlingens fördelar anser dock utredningen att rättens skyldighet för att verka för att parterna förlikas i första hand skall ske genom att parterna erbjuds medling. Förlikningsverksamheten blir därmed, i motsats till vad som gäller idag, subsidiär till medling. En viktig förutsättning för att medlingen skall få betydelse och genomslagskraft är också att det finns tillgång till lämpliga medlare. Domare är ofta lämpliga som medlare eftersom de i allmänhet åtnjuter parternas förtroende. Utredningen föreslår därför att varje domstol skall ange minst två domare som är lämpliga som medlare och att dessa skall genomgå en särskild utbildning på området. Eftersom medlingsarbetet då kommer att ske inom ramen för domarnas anställning innebär detta ingen extra kostnad för parterna. Det bör dock fortfarande finnas kvar en möjlighet att hämta medlare från vilken yrkeskategori som helst, men parterna får då själva stå kostnaderna för den utomstående medlaren. För att säkerställa särskild sakkunskap bör medlaren med parternas samtycke kunna anlita ett biträde, som också får bekostas av parterna själva, och det bör även finnas möjlighet att förordna fler än en medlare.²⁸

3.4.2.2 Hur skall medlingen gå till rent praktiskt?

Frågan om medling skall väckas så snart det kan ske under målets handläggning, normalt när svaromålet kommit in eftersom de processekonomiska vinsterna är som störst i ett tidigt skede och det finns en tendens att konflikten låser sig ju närmare en huvudförhandling målet kommer. Det bör dock inte vara uteslutet att medling kan komma i fråga även i ett senare skede av processen. Parterna måste lämna sitt samtycke för att rätten skall kunna besluta om medling eftersom medlingsförfarande i hög grad bygger på parternas medverkan och förtroende. Parterna har även möjlighet att när som helst avbryta medlingen. Utgångspunkten är att medling skall erbjudas i stort sett alla mål. Beslut att inleda medling fattas av rätten. Av beslutet skall framgå vem som utsetts till medlare. Parterna har en viss möjlighet att påverka valet av medlare om de har ett gemensamt önskemål om en viss domare. Den utsedda medlaren får sedan ta kontakt med parterna och bestämma tid och plats för medlingen. Rätten ska även ange inom vilken tidsfrist medlingen skall vara avgjord. Tidsfristen bör inte överstiga två månader men kan efter begäran av medlaren förlängas om det finns särskilda skäl för det.²⁹

Eftersom medlingen är frivillig och det är viktigt att parterna har förtroende för medlingsförfarandet så skall parterna ha en möjlighet till inflytande över förfarandet i det enskilda fallet. Det ankommer därmed på medlaren att i samråd med parterna besluta om de närmare formerna för förfarandet. Utgångspunkten för medlarens arbete är att försöka klargöra vilka intressen och behov parterna har och vilka problem de vill hitta lösningar på, men

²⁸ SOU 2007:26, s. 111-115.

²⁹ SOU 2007:26, s. 115-120.

medlaren kan även agera aktivt för att en lösning skall nås. Det är dock viktigt att medlaren håller sig opartisk så att han eller hon behåller parternas förtroende. Utgångspunkten för förfarandet är att parterna skall närvara personligen. Om parterna har ombud kan självklart dessa också medverka men ombudens roll i medlingen är främst rådgivande. Det är parterna själva som skall stå i fokus. Eftersom medlingssammanträdet inte äger rum inför rätten gäller inte principen om offentlighet. Utredningen menar att medlingssammanträdet inte bör vara offentligt eftersom medlingen är frivillig och parterna när som helst kan avbryta medlingen om de anser att medlaren inte är neutral. Mot bakgrund av att förhandlingen inte är offentlig och att parterna måste ha förtroende för medlaren så föreslår utredningen att det skall införas en regel om sekretess så att parterna känner sig fria att föra en öppen dialog. Bestämmelsen om sekretess föreslås gälla även de skriftliga handlingar som givits in under medlingssammanträdet och inte annars under den del av processen som är offentlig. Det föreslås även att medlaren skall omfattas det särskilda s.k. frågeförbudet i 36 kap. 5 § rättegångsbalken, så att en medlare inte är skyldig att vittna om vad som förekommit under en medlingsförhandling. Medlingen avslutas när parterna träffar ett avtal om förlikning, som normalt bör vara skriftligt, eller om någon av parterna eller medlaren inte längre vill fortsätta medlingen.³⁰

Rättegångsbalkens regler om jäv för domare gäller även för medlare och deras biträden. Om medlingen misslyckas skall medlaren inte avgöra den efterföljande tvisten. Medlaren skall dock kunna stadfästa en överenskommen förlikning. Parterna skall stå sina egna kostnader för medlingsförfarandet och dessa kostnader kan inte göras gällande som rättegångskostnader om en samförståndslösning inte nås. Parterna svarar solidariskt för en utomstående medlares ersättning. Utredningen föreslår inte att det skall finnas någon uttrycklig reglering om vad som bör vara tillåtet vid vanlig förlikningsverksamhet respektive medling, utan det åligger domaren att avgöra vad som anses lämpligt i det enskilda fallet. Medling skall även vara möjligt i hovrätten men bör endast komma i fråga om parterna begär det eller om det framstår som lämpligt. Det föreslås inte att det skall finnas någon möjlighet att använda medling i tvister som inte är föremål för rättegång.³¹

3.5 Remissinstansernas kritik

3.5.1 Allmänna domstolar

Ingen av de tillfrågade allmänna domstolarna har något att erinra mot förslaget om att skärpa skyldigheten för att verka för förlikning. Hovrätten över Skåne och Blekinge anser dock att de praktiska effekterna av en sådan reform kommer att bli marginella. Man betonar även att alla tvister inte lämpar sig för förlikning och att det i vissa lägen kan vara svårt för part att

³⁰ SOU 2007:26, s. 121-131.

³¹ SOU 2007:26, s. 131-135.

stå emot påtryckningar om att göra upp i godo, särskilt om det uppfattas som ett önskemål från rättens sida att parterna löser tvisten på egen hand.³²

De allra flesta av de tillfrågade allmänna domstolarna är även positivt inställda till förslaget om medling.³³ Det uttrycks dock en viss oro över att problem kan uppstå på domstolar med ett litet antal domare eftersom det då kan uppstå jävsituationer som blir svåra att hantera. Reformarbetet tros därför kräva ytterligare domarresurser och ett organiserat samarbete mellan närliggande domstolar. Det ifrågasätts även om en så kort tidsgräns som två månader är lämplig då alltför snävt uppställda tidsfrister kan motverka syftet att få till stånd en lösning mellan parterna.³⁴ Flera domstolar anser att några av lagreglerna är onödiga och att reglerna med fördel kan arbetas in i RB.³⁵ Några domstolar menar att medling bör vara subsidiär till förlikningsverksamheten eftersom det anses att de flesta tvistemål lämpar sig för vanlig förlikning och att medling då kan ses som ett alltför stort arrangemang.³⁶

Tre domstolar avstyrker förslaget om medling.³⁷ Falu tingsrätt delar inte utredningens uppfattning att domare i förlikningsdiskussioner skall vara försiktiga med att hålla enskilda samtal med parterna och anser att medling kan vara onödigt i mindre tvister.³⁸ Hovrätten över Skåne och Blekinge är mycket kritiskt inställd till medlingsinstitutet och anser att förslaget med det innehåll som utredningen föreslår utgör ett avsteg från de grundläggande principerna för rättskipningen vid domstol i så stor utsträckning att det framstår som olämpligt. Om förslaget skulle genomföras skulle det luckra upp rättens och de enskilda domarnas verksamhet och strida mot de grundläggande ändamålen bakom domstolarnas roll som fristående samhällsinstitutioner med rättskipning som särskild huvuduppgift. De föreslår därför en lagreglering av medling som ett utomprocessuellt instrument för tvistelösning där en uppgörelse kan få formen av ett verkställbart avtal. Man menar också att avsaknad av rätt till ersättning för rättegångskostnader för vinnande part innebär att även en framgångsrik process kan sluta i en ekonomisk förlust eller i en så liten vinst att det inte anses lönt att processa.³⁹

³² Remissyttrande från Hovrätten över Skåne och Blekinge.

³³ Remissyttrande från Sveriges domarförbund, Svea Hovrätt, Malmö Tingsrätt, Göteborgs tingsrätt, Växjö Tingsrätt, Linköpings tingsrätt, Gävle tingsrätt, Stockholms tingsrätt, Hässleholms tingsrätt, Sundsvalls tingsrätt, Umeå tingsrätt, och Katrineholms tingsrätt.

³⁴ Remissyttrande från Svea Hovrätt, Malmö tingsrätt, Växjö tingsrätt, Stockholms tingsrätt, Sundsvalls tingsrätt och Katrineholms tingsrätt.

³⁵ Remissyttrande från Stockholms tingsrätt, Hässleholms tingsrätt, Katrineholms tingsrätt och Falu tingsrätt.

³⁶ Remissyttrande från Stockholms tingsrätt, Umeå tingsrätt och Katrineholms tingsrätt.

³⁷ Remissyttrande från Hovrätten över Skåne och Blekinge, Alingsås tingsrätt och Falu tingsrätt.

³⁸ Remissyttrande från Falu tingsrätt.

³⁹ Remissyttrande från Hovrätten över Skåne och Blekinge.

3.5.2 Förvaltningsdomstolar och nämnder

Alla de tillfrågade förvaltningsdomstolarna och nämnderna är positiva till förslaget om skärpning av förlikningsverksamheten och att införa medling som ett förstahandsalternativ.⁴⁰ Det påpekas dock att det kommer att krävas omfattande utbildningsinsatser riktade till såväl domare som advokater och att det kommer att finnas ett ökat behov av samarbete mellan domstolarna.⁴¹ Även förslaget att parterna skall stå sina egna kostnader för förfarandet ifrågasätts och det anses att frågan bör utredas mer noggrant.⁴²

3.5.3 Universitet och högskolor

Uppsala Universitet är positivt inställd till medlingsförslaget men anser att kunskapen hos allmänheten och domarna måste höjas om denna konfliktlösningsmetod. Man anser inte att det behövs några föreskrifter om jäv och opartiskhet och att endast förlikning och inte medling skall förekomma i hovrätt.⁴³ Luleås tekniska högskola anser att förslaget föreskriver en evaluerande medling som liknar det system vi idag har med förlikning. Risken med att införa en evaluerande medling är att man legitimerar och penetrerar ett gammalt system som har fokus på de juridiska och materiella frågorna istället för konfliktlösning och parternas kommunikation och interaktion. Högskolan förespråkar därför införandet av en faciliterande medling, vilket kommer att kräva omfattande utbildningsinsatser för var och en som skall verka som medlare.⁴⁴ Stockholms Universitet anser att det bör utredas om det finns ett verkligt behov av medling. De ser inte någon anledning till att inskränka förlikningsverksamheten och anser därmed att det inte finns något behov av att införa medling. Medlingsalternativet bör därför vara subsidiärt till förlikning och endast komma i fråga om det finns särskilda skäl för det och förfrågan om medling bör ställas först när båda parter inser att medling är det bästa alternativet. Man anser även att det är processekonomiskt olämpligt att låta två olika domare leda förliknings- och medlingsförhandlingarna. Stockholms Universitet menar också att det är olämpligt att peka ut särskilt skickliga domare att leda medlingsförhandlingar eftersom alla domare skall anses ha samma kompetens och behörighet att handlägga mål. Stockholms Universitet anser även att den försöksverksamhet som bedrivits vid domstolarna i Katrineholm och Nyköping inte varit odelat positiv och menar att den inte kan läggas till grund för lagstiftning eftersom medling endast förekommit efter misslyckade förlikningsförhandlingar och inte använts som ett förstahandsalternativ som det föreslås av utredningen. Slutligen ifrågasätter man regleringen av parternas rättegångskostnader och anser att det bör

⁴⁰ Remissyttrande från Kammarrätten i Jönköping, Länsrätten i Göteborg, Hyresnämnden i Malmö och ARN.

⁴¹ Remissyttrande från Kammarrätten i Jönköping.

⁴² Remissyttrande från Hyresnämnden i Malmö och ARN.

⁴³ Remissyttrande från Uppsala Universitet.

⁴⁴ Remissyttrande från Luleå tekniska högskola.

finnas ett åberopandeförbud för vad som framkommit under ett medlingsammanskrivning. ⁴⁵

3.5.4 Offentliga organ

Samtliga tillfrågade offentliga organ tillstyrker förslagen om förlikning och medling. ⁴⁶ JK anser dock att förslagen kan bli resurskrävande och DV anser att man bör införa en stor informationsinsats för samhället och utbildningsinsats för domare. ⁴⁷ Det uttrycks även oro för att det kan uppkomma problem med jäv på mindre domstolar och det föreslås därför att domare som utses till medlare bör tjänstgöra på annan än sin egen domstol. ⁴⁸ DV anser att det är mer effektivt att undersöka möjligheten till förlikning under förberedelsen och först därefter använda sig av medling. ⁴⁹

3.5.5 Fackföreningar och branschorganisationer

Fackföreningarna och branschorganisationerna är positivt inställda till förslagen om medling och förlikning. ⁵⁰ Det påpekas dock att anledningen till att näringslivet väljer bort allmän domstol till stor del beror på att de allmänna domstolarna saknar de resurser och den kompetens som krävs för att på ett bra sätt handlägga näringslivets tvister. ⁵¹ Det anses även att tidsfristen på två månader är alltför kort och att allt som framkommit under medlingen bör omfattas av sekretess. Det bedöms även vara viktigt att medlingsförfarandet blir kostnadsfritt för parterna. ⁵² Lämpligheten av att medlingen regleras i en särskild lag ifrågasätts och om det skall finnas några regler om hur medlaren skall hantera tvisten anses det att dessa bör tas in i en förordning och inte i en lag. ⁵³

3.6 Kritik mot det svenska förslaget

I doktrinen konstaterar Lindblom att det sällan pratas om bristerna med ADR eller om fördelarna med ordinär civilprocess. Men har framgångarna för ADR mer att göra med den ordinarie domstolsprocessens brister än med alternativens förtjänster i sig? Lindblom poängterar att ADR har många förtjänster men att den alternativa tvistlösningen inte utmärker sig för att ta till vara de rättssäkerhetsgarantier som en process normalt genomsyras av. Normalfallet har alltid varit att den stora merparten av alla tvister avgörs utanför domstolen, vilket är en förutsättning för att domstolarna inte skall

⁴⁵ Remissyttrande från Stockholms Universitet.

⁴⁶ Remissyttrande från JK, JO, KOV och DV.

⁴⁷ Remissyttrande från JK och DV.

⁴⁸ Remissyttrande från JO och DV.

⁴⁹ Remissyttrande från DV.

⁵⁰ Remissyttrande från Företagarna, Advokatsamfundet, Svenskt Näringsliv, NNR, Jusek, LO, TCO, Västsvenska Industri- och Handelskammare.

⁵¹ Remissyttrande från Svenskt Näringsliv och NNR.

⁵² Remissyttrande från Advokatsamfundet, Svenskt Näringsliv och TCO.

⁵³ Remissyttrande från Västsvenska Industri- och Handelskammaren.

dränkas av tvister och samhället förlamas. Men hur långt kan privatiseringen inom rättsväsendet drivas innan domstolen förlorar sin förmåga att spela sin viktiga samhällsroll? ⁵⁴

Parter till en tvist har ofta olika förhandlingsstyrka och en nackdel med ADR är att man inte annat än undantagsvis kan beakta behovet av skydd för svagare parter. ADR syftar ofta inte ens till att nå ett materiellt riktigt resultat och att använda sig av icke-professionella aktörer hotar genomslaget för skyddslagstiftningen till förmån för svagare parter. Samhället ger även motstridiga signaler genom att först skapa särskild skyddslagstiftning för vissa grupper för att sedan försöka förmå dem att förlikas. En part som inte vill följa domarens rekommendationer att inleda medling kan få en känsla av att det kan komma att påverka utgången i domstolsprocessen och det kan innebära att förtroendet för den ordinära rättskipningen minskar. ⁵⁵

Om den alternativa tvistlösningen sker inom domstol, exempelvis genom rättsmedling, riskerar domstolsrollen att bli otydlig vilket också kan bidra till att allmänhetens förtroende för rättskipningen minskar. Principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration tillämpas inte i samma utsträckning vid ADR som vid ordinär civilprocess och detta försämrar förutsättningarna för en god bevisvärdering. Det finns heller ingen rätt till muntlig förhandling, opartiska och oberoende beslutsfattare, offentlighet eller överklagande vid ADR. Det har till och med hävdats att ADR kan strida mot ett lands folkrättsliga förpliktelser och det kan ifrågasättas om en part med bindande verkan kan avstå från rättigheter av det slaget. Det finns även en risk för att ADR verkar som ett bedövningsmedel för parterna, lagstiftaren och domstolarna. Lagstiftaren passiviseras och ADR förbättras på bekostnad av den ordinära processen. Även domstolarna kan passiviseras genom att hänvisa tvister till medling för att slippa döma i målet. På detta sätt försämrar domstolarnas möjlighet att utföra de funktioner som de fyller i samhället. ⁵⁶

Även möjligheterna till att förhala processen är i allmänhet större vid ADR än vid en domstolsprocess eftersom rättegångsbalken innehåller remedier mot förhaling. Vid ADR kan man inte heller tvinga parter till inställelse eller höra vittnen och parter under ed och möjligheterna att frambringa bevisning är därmed sämre än vid en ordinär process. Civilprocessuella säkerhetsåtgärder och interimistiska beslut kan inte komma till användning vid ADR och det är oklart i vilken mån ADR kan verka preskriptionsavbrytande. ⁵⁷

Vid ADR kan parterna ofta själva välja vem eller vilka som skall avgöra tvisten. Detta innebär en fara då tvistlösning kan skadas om den inte sköts professionellt. Vidare finns det risk för att en medlare inte har tillräcklig

⁵⁴ Lindblom, *ADR – opium för rättsväsendet?*, SvJT, 2006, s. 104-107.

⁵⁵ Lindblom, *ADR – opium för rättsväsendet?*, s. 114, 117.

⁵⁶ Lindblom, *ADR – opium för rättsväsendet?*, s. 114-116.

⁵⁷ Lindblom, *ADR – opium för rättsväsendet?*, s. 116-117.

kompetens och erfarenhet och att jävsproblem uppstår.⁵⁸ Sammanfattningsvis menar Lindblom att man på goda grunder kan hävda att staten bör hålla sig borta och överlåta ADR till den privata tvistlösningsmarknaden.⁵⁹

3.7 Analys

Utredningens förslag att förlikningsskyldigheten skall förstärkas har inte stött på något större motstånd bland remissinstanserna. Från en remissinstans har det dock framförts åsikten att den praktiska effekten av en sådan ändring skulle bli marginell. Uppfattningen att förlikningsverksamheten fungerar väl ute i domstolarna verkar dock vara utbredd eftersom ingen av remissinstanserna framfört några synpunkter och klagomål på hur denna sköts. Det kan dock konstateras att möjligheten att bedriva förlikning begränsas av det nya förslaget. Detta beror inte endast på att medling skall tillhandahållas i första hand utan även på att utredningen anser att det inte skall hållas enskilda samtal med parterna under förlikningsförhandlingar. Förlikningsdiskussioner bedrivs ofta just med hjälp av enskilda samtal med parter och att förbjuda detta vore en stor begränsning i förhållande till den ordning som gäller nu.

Syftet med att införa rättsmedling i svensk rätt, såsom det angavs i kommittédirektivet och utredningen, är att få till stånd förlikningar vid ett tidigare skede i processen, vilket skulle innebära en tidsbesparing för det svenska rättsväsendet. Kan då den föreslagna rättsmedlingen uppfylla detta syfte? I förslaget anges att ett medlingsförfarande bör vara avgjort inom två månader. Flera remissinstanser anser dock att tidsfristen på två månader är alltför snäv och att det inte är realistiskt att tro att ett medlingsförfarande kan avgöras inom så kort tid. Under försöksverksamheten var målet att medlingsförfarandet skulle vara avslutat inom en månad men detta lyckades inte i något fall. Ett medlingsförfarande kan därmed antas ta minst två månader att slutföra. En nackdel med medling anses vara att misslyckade medlingsförsök kommer att ta mer tid i anspråk än misslyckade förlikningsförhandlingar. Utredningen menar dock att medlingen trots detta kan ha en positiv effekt eftersom kärnfrågorna i tvisten kan ha strukturerats upp. Även en muntlig föreberedelse har dock till syfte att strukturera upp kärnfrågorna. Eftersom misslyckade medlingsförsök kommer att ta mer tid i anspråk än misslyckade förlikningsdiskussioner innebär det att målets totala omloppstid kommer att öka om medling införs som förstahandsalternativ. Syftet att nå snabbare lösningar på tvister kommer därmed inte att kunna upprätthållas i de fall som medlingen misslyckas, då kommer snarare målet ta ytterligare tid i anspråk och parternas kostnader kommer därmed att öka. En misslyckad medling kommer även att kräva att två olika domare sätter sig in i målet vilket innebär en ökad arbetsbelastning för domstolarna och att mer tid kommer att tas i anspråk innan ett avgörande kan nås.

⁵⁸ Lindblom, *ADR – opium för rättsväsendet?*, s. 117.

⁵⁹ Lindblom, *ADR – opium för rättsväsendet?*, s. 128.

Enligt utredningen medför ett medlingsförfarande en garanti för att parterna får föra förhandlingar under ledning av en person med både intresse och fallenhet för medling. Flera remissinstanser påpekar dock att det kommer att krävas omfattande informationsinsatser till allmänheten och utbildningsinsatser till domarna som skall sköta medlingen. Det kan dock anses vara bättre att låta utbilda och informera samtliga domare så att alla har möjlighet och kunskap att föra lyckade förlikningsförhandlingar. Såsom Stockholms Universitet påpekar är det inte önskvärt att peka ut vissa domare såsom mer eller mindre skickliga att föra förlikningsförhandlingar eftersom alla domare anses ha samma kompetens och behörighet att döma i alla mål. Genom att genomföra en utbildningsinsats till samtliga domare kan en jämn kompetens kring förlikningsförhandlingar tryggas. Detta skulle även innebära att alla parter får möjlighet att föra förlikningsförhandlingar inför utbildade domare.

Det finns även anledning att ifrågasätta införandet av medling ur praktisk synvinkel. Flera remissinstanser framförde oro för att det kan uppstå jävssituationer på mindre domstolar och att det därför kommer att krävas ett omfattande samarbete mellan närliggande domstolar. Några remissinstanser föreslår därför att domare skall medla på en närliggande domstol istället för på den domstol som han eller hon tjänstgör på, såsom gjorts vid den svenska försöksverksamheten. En sådan ordning kan dock tyckas bli alltför tidskrävande för domarna som redan i nuläget är hårt ansträngda arbetsmässigt. Att dessutom kräva att domarna skall använda sin arbetstid för restid till närliggande domstolar framstår inte som processekonomiskt hållbart. Alternativet, att domaren istället skall medla på den domstol där han eller hon arbetar medför en risk för att jävssituationer kommer att uppstå om domstolen är en relativt liten organisation. Detta talar för att behålla förlikning som förstahandsval och endast i undantagsfall använda sig av medling. Risken för jävsituationer torde då minska eftersom medling inte kommer att användas i lika stor utsträckning. Istället för att förändra domstolsorganisationen för att kunna införa medlingsförfarande i svensk rätt är det min åsikt att pengar kan satsas på att upprätthålla en kvalitativ och effektiv ordinär process.

Även ur rättssäkerhetssynpunkt kan ett införande av rättsmedling ifrågasättas. Eftersom medlingen skall vara ett flexibelt förfarande utan betungande processuella regler har det inte samma rättssäkerhetsgarantier som den ordinära processen. Risken för att svagare parter utnyttjas är därmed större vid medling än vid en ordinär process. Denna risk förstärks eftersom ett medlingsförfarande inte är offentligt. Vidare finns det större möjlighet att förhala processen vid medling eftersom det inte finns några remedier mot förhaling. Detta rimmar illa med det uppställda syftet att nå ett snabbt avgörande på tvisten. Visserligen är det möjligt för parterna att när som helst under medlingens gång avbryta förfarandet om de anser att motparten försöker förhala processen, men som diskuterats ovan kommer ett avbrutet medlingsförfarande leda till en ökad tidsåtgång än vad som skulle vara fallet vid en förlikningsförhandling.

4 Medling i Norden

4.1 Norge

4.1.1 Försöksordning med rättsmedling

I Norge är huvudregeln att parter innan en tvist avgörs i domstol skall gå till förlikningsrådet (forlikrådet) för medling. Det finns dock undantag, såsom om båda parterna biträds av advokater och det i stämningen anges att käranden och hans eller hennes ombud inte finner någon anledning att dra saken inför förlikningsrådet. Detta undantag innebär att affärstvister mycket sällan kommer inför förlikningsrådet. Också när målet kommit inför de ordinära domstolarna har rätten en generell skyldighet att försöka förlika parterna, så kallad mekling, vilket motsvaras av den svenska förlikningsverksamheten. Vid förlikning måste domstolen dock iaktta sin neutralitet och kan därför endast i begränsad omfattning ge uttryck för ståndpunkter kring rättsliga och faktiska frågor. I Norge infördes rättsmedling (rettsmekling) på försöksbasis den 1 januari 1997 för att möjliggöra en mer djupgående medling där medlaren kunde klarlägga parternas bakomliggande intressen i förhållande till tvisten och öka deras insikt om svagheter och styrkor i deras argument. Vid rättsmedling kan domstolen därmed gå längre i sina försök att förlika parterna än vad som var möjligt vid vanlig förlikning och utgör ett komplement till denna. Införandet av rättsmedling innebar att även de tvister där förlikningsrådet inte varit medlingsinstans blev föremål för medling.⁶⁰

Alla mål som är anhängiga vid domstol och som är förlikningsbara omfattas av rättsmedlingsordningen. Innan beslut fattas om rättsmedling skall inledas har parterna möjlighet att uttala sig. Vid värderingen av om rättsmedling skall inledas skall läggas vikt vid om parterna samtycker till förfarandet och vilken möjlighet det finns till att en förlikning kan uppnås eller att tvisten förenklas. Det skall även beaktas om styrkeförhållandet mellan parterna eller kostnaderna för rättsmedlingen gör det betänkligt att inleda ett förfarande. Rättsmedlingen skall genomföras av den domare som bereder målet, annan domare eller en utomstående person med särskild sakkunskap. Det är medlaren som själv bestämmer hur medlingen skall genomföras och medlaren skall verka för förlikning och kan komma med förlikningsförslag och träffa parterna enskilt. I det fall att någon förlikning inte träffas är det inte uteslutet att medlaren fortsätter för att döma i målet om rätten inte finner det olämpligt eller om parterna inte önskar att domaren skall bytas ut. Denna regel har blivit starkt kritiserad och lett till att flera domstolar från början talat om för parterna att medlaren inte skall döma i målet om förlikning inte nås. Förfarandet är inte offentligt och alla som deltagit i

⁶⁰ NOU 2001:36, *Rett på sak*, s. 220-221.

medlingen har tystnadsplikt. Detta innebär att förlikningsförslag och annat som framkommit under förlikningen inte skall kunna användas vid en efterföljande huvudförhandling och att medlaren har tystnadsplikt gentemot den domare som senare skall döma i målet.⁶¹ I de fall då utomstående personer har utsetts till medlare har de rätt till arvode och vardera part skall stå för hälften av utgifterna om det inte avtalats att rätten skall fastställa kostnadsfördelningen enligt rättsmedlingens utfall. Om en förlikning nås står vardera part själv sin kostnad och om en förlikning inte nås träffar domstolen ett avgörande om rättegångskostnaderna i samband med domen i målet. Om parterna når en uppgörelse under rättsmedlingen kan de välja att antingen ingå en utomrättslig förlikning i målet (utenrettslig förlik) eller att ingå en rättsförlikning (rettsförlik) som innebär att förlikningen får samma verkan som en dom, dvs. den kan tvångsverkställas, är slutgiltig och vinner rättskraft. En rättsförlikning skrivs in i rättsboken (rettsboken) och blir därigenom offentlig.⁶²

4.1.2 Utvärdering av försöksordningen

Försöksordningen med rättsmedling utvärderades 2001 av organisationspsykologen Richard H. Knoff. Utvärderingen gjordes med utgångspunkt från frågeundersökningar med parter, ombud och medlare i 338 mål som varit föremål för rättsmedling. Deltagarna fick svara på frågor om motivation, tillfredsställelse och om hur rättsmedlingen utförts och bör utföras. Förlikningsprocenten på de mål som blivit föremål för rättsmedling låg stadigt på 80 % och den årliga förlikningsprocenten för civila mål ökade med fem procentenheter från 37 till 42 %. Statistiska tester tyder på att rättsmedlingen har bidragit till ökningen av den sammanlagda förlikningsprocenten utan att det uppkommit någon negativ inverkan på förlikningsprocenten i familjemål.⁶³ Resultaten från Knoffs undersökning visar att parter, ombud och medlare menar att försöksordningen fungerat bra. Rättsmedlingen har således varit tid- och resurssparande och den tycks täcka ett behov som den existerande processordningen inte kan fylla. Knoff rekommenderar mot denna bakgrund att det införs rättsmedling permanent i de norska domstolarna och menar att det endast krävs några enkla anpassningar för att så skall kunna ske.⁶⁴

I utvärderingen riktas dock även en viss kritik riktad mot rättsmedlingen och hur den genomförts. Många parter är missnöjda över att en förlikning inte nåtts men det finns även ett mindre antal parter som är missnöjda trots att en samförståndslösning träffats. Utredningen visar att parter främst är missnöjda med en förlikning om de trots att de skulle få helt rätt vid en huvudförhandling. Eftersom medling bygger på att båda parter skall kompromissa på något sätt är det väldigt ovanligt att en förlikning innebär att en parts talan bifalls helt. En part uppger att juridiken kommit i

⁶¹ Austbø, Engebretsen, *Mekling i rettskonflikter*, 2:a upplagan, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo, 2006, s. 32-34.

⁶² Knuts, s. 165-166.

⁶³ Knoff, *Raskere? Billigere? Vennligere?*, RH Knoff AS, Oslo, Mars 2001, s. 7-9.

⁶⁴ Bernt-Hamre, *Rettsmekling*, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, 2004, s. 58.

bakgrunden vid förfarandet och att de aldrig skulle ha gått med på rättsmedling om de vetat att så skulle ske. En annan menar att rättsmedlingen inte lett till ett rimligt resultat eftersom rättegångskostnaderna automatiskt delats mellan parterna.⁶⁵ Vissa parter menar att medlaren varit oengagerad och partisk och medlingen varit som ett spel mellan juristerna. Någon part uppgav att de inte skulle ha provat rättsmedling om inte deras ombud föreslagit det och att de nu ångrade den förlikning de gått med på och flera parter uppgav också att medlingen inte motsvarat vad de föreställt sig. En part uppgav att det funnits ett behov av att inte endast diskutera tvisten men att det under medlingsförfarandet inte funnits tid för andra diskussioner än de tvistiga frågorna. Partens ombud var dock av annan åsikt och ansåg att parten endast ville prata om känslor och att han eller hon inte förstått allvaret i frågan.⁶⁶ Några parter angav att de kände sig fångade i en situation som de inte kunde varken överblicka eller styra över och en part upplevde att förlikningen ingicks mellan ombuden och medlaren utan att han fick komma till tals. En part menade att medling var negativt för resurssvaga parter och att deras rättsäkerhet blev åsidosatt. En part angav även att han ångrat att han inte sagt ifrån mer men att advokaten gjort jobbet och att han inte varit tillräckligt insatt i saken. Vissa parter angav att deras ombud inte tillvaratog deras intressen och att de inte tagit fasta på partens signaler för rädsla och hjälplöshet.⁶⁷

Medlarna uppgav dock att de inte upplevt att svagare parter blivit utnyttjade och sträckt sig för långt under rättsmedlingen utan att dessa kunnat ta till vara sin rätt. I flera fall fanns det en tydlig obalans kring deltagarnas åsikter kring hur aktiva parterna varit. Medan parterna menade att de inte fått komma till tals ansåg advokaterna och medlarna istället att parten varit väldigt pratglad och att ombudet haft problem med att hålla styr på parterna.⁶⁸

4.1.3 Nya tvisteloven

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) trädde i kraft den 1 januari 2008. I tvisteloven anges att rätten i varje mål skall verka för att en samförståndslösning nås genom förlikning eller rättsmedling.⁶⁹ I stort sett gäller samma regler som gällt för försöksverksamheten men vissa skillnader föreligger. Det finns i den nya lagen ett specifikt stadgande om att medlaren skall uppträda opartiskt och verka för en lösning i godo och att medlaren skall kunna ge uttryck för styrka och svagheter i parternas juridiska och faktiska argumentation.⁷⁰ Under försöksordningen var det medlaren som bestämde hur medlingen skulle genomföras men i tvisteloven anges det att medlaren skall besluta om detta i samråd med parterna.⁷¹ Tidigare

⁶⁵ Knoff, s. 97-99.

⁶⁶ Knoff, s. 98-99.

⁶⁷ Knoff, s. 99-100.

⁶⁸ Knoff, s. 99-100.

⁶⁹ § 8-1 tvisteloven, LOV-2005-06-17-90, *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister*.

⁷⁰ § 8-5 (3) tvisteloven.

⁷¹ § 8-5 (1) tvisteloven.

medlingsförsök och andra omständigheter skall kunna utgöra hinder för rättsmedling.⁷² Domstolarna skall ha ett utskott (utvalg) av medlare som skall sammansättas så att den sakkunnighet som krävs vid rättsmedlingen täcks.⁷³

I den nya tvisteloven är reglerna om den tystnadsplikt som gäller för parter, medlare och biträden något utförligare.⁷⁴ Det finns även ett förtydligande av skillnaderna mellan rättsmedling och förlikning. Vid förlikning skall domstolen, till skillnad från vid rättsmedling, inte ha möjlighet att träffa parterna var för sig, inte ta emot uppgifter som inte kan tillkännages till alla parter och inte heller ge förlikningsförslag.⁷⁵ Även fortsättningsvis skall det finnas en möjlighet för en domare som varit medlare att döma i målet om en samförståndslösning inte nås.⁷⁶ Det krävs dock samtycke från båda parter och att domaren finner det lämpligt. Det är alltså parterna som skall ta initiativet till att domaren skall fortsätta döma i målet och parterna skall inte få hamna i en situation där de ger samtycke efter det att domaren tagit initiativ till att fortsätta döma i målet. Ett skifte av domare sker automatiskt om parterna inte ger samtycke till att medlaren skall fortsätta döma i målet.⁷⁷

4.1.4 Kritik mot den norska rättsmedlingen

I samband med att försöksordningen med rättsmedling infördes skrev Magnussen en kritisk artikel. Han konstaterar att förlikningsrådet inte uppfyllt den funktion av organiserad medlingsinstans som avsetts utan utvecklats mer till en traditionell domstol och att förhandlingar inför rådet ofta uppfattas som en tidsödande nödvändighet för att kunna fullfölja tvisten i domstol. Därmed menar han att de möjligheter till alternativ tvistlösning som fanns 1996 inte motsvarade det behov som fanns.⁷⁸ Han menar dock att det var en svaghet att starta ett pilotprojekt med rättsmedling utan att först ha undersökt förlikningsrådets potential som alternativ tvistlösningssprocess och att förändringar borde ha genomförts inom den existerande processen istället för att införa en ny ordning med rättsmedling.⁷⁹

Positiva medlingsresultat innebär en besparing för domstolen i arbetstid. Även om det är upp till parterna själv att acceptera ett förlikningsförslag kan domstolen komma att lägga en så stor press på parterna att acceptera förlikningsförslaget att parternas möjlighet att frivilligt bestämma blir

⁷² § 8-3 (2) tvisteloven.

⁷³ § 8-5 (4) tvisteloven.

⁷⁴ § 8-6 tvisteloven.

⁷⁵ § 8-2 tvisteloven.

⁷⁶ § 8-7 tvisteloven.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 51, *Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)*, s. 391-392.

⁷⁸ Magnussen, *Court-sponsored mediation (rettsmekling) – a small step in the wrong direction*, Tidsskrift for forretningsjus, hefte 4 1997 s. 47.

⁷⁹ Magnussen, s. 49.

illusorisk.⁸⁰ Eftersom medlingen inte är offentlig och det inte finns några regler för hur förfarandet skall gå till innebär det att medlingen inte åtnjuter samma rättssäkerhetsgarantier som en ordinär process, vilket kan vara till nackdel för svagare parter.⁸¹ I många fall är parternas vilja att ingå förlikning inte överensstämmande och det är därför möjligt att anta att rättsmedling kommer att användas i tvister mot en parts vilja trots att båda parter normalt skall samtycka till rättsmedling. Det kan även tänkas att det är svårt för en part att avböja ett förslag om rättsmedling från en domare som satt sig in i målets rättsliga och faktiska frågor och det finns risk för att parter med negativ inställning till rättsmedling tror att detta kan påverka domarens avgörande om förlikningsförhandlingarna misslyckas.⁸² Alshus är kritiskt inställd till att domaren vid rättsmedling skall lägga juridiken åt sidan och inte längre vara juridisk rådgivare utan förhandlare. Även han menar att det finns en risk för att starkare parter kommer att dra fördel av sin förhandlingsposition vid tvister mellan två parter med ett icke jämbördigt styrkeförhållande. Den starkare parten kan välja att försöka få målet till rättsmedling för att vinna lättförtjänta pengar trots att deras fall inte är juridiskt starkt. Det finns även en risk för att rättsmedling blir ett så billigt och snabbt förfarande att det kommer skapas tvister som annars inte skulle ha gått till domstol. Den starka parten väljer rättsmedling för att undgå publicitet, den svaga parten böjer sig för den starkes önskemål eftersom han eller hon inte har resurser nog att kämpa i flera instanser. Alshus menar att man inte skall underskatta den preventiva effekt som ett långsamt rättssystem har och att många processer kan undgås just för att parterna vet att en process är tidskrävande, kostsam och eftersom parterna någorlunda kan förutse vilket resultat en process kommer att ge genom att kontakta en advokat.⁸³

Ett fungerande processuellt system måste, förutom att fungera internt, även uppnå förtroende externt. Det har dock hävdats att rättsmedling kan leda till att förtroendet för domstolarna minskar och dess juridiska auktoritet försämras. Genom att införa rättsmedling förändras domstolens traditionella dömande verksamhet till att istället underlätta förlikningar. Genom att kombinera domar- och medlarrollen kommer förtroendet för domstolens dömande auktoritet sjunka menar Magnussen. Distinktionen mellan domslut och förlikning kommer även att suddas ut eftersom domare kan agera både som domare och medlare. Magnussen menar därför att medlaren inte bör vara sammankopplad med domstolen.⁸⁴ Enligt de norska reglerna kan förutom domare även andra personer med särskild sakkunskap, såsom advokater, medla. Under de åren som försöksordningen funnits har praxis blivit att domarna medlar och det beror främst på att parterna själv får betala för utomstående medlare.⁸⁵ Melnæs anser att det kan vara riskfyllt att

⁸⁰ Melnæs, *Domstoler, rettsmekling og advokater*, Lov og Rett, vol. 45, 10, 2006, s. 577-578.

⁸¹ Magnussen, s. 56.

⁸² Magnussen, s. 52.

⁸³ Alshus, *Rettsmegling – en form av anarki?*, Advokatbladet, 1999, nr.4, s.29-30.

⁸⁴ Magnussen, s. 55.

⁸⁵ Hereide, *Konfliktmedling*, Studentlitteratur, Lund, 2006, s. 64.

använda sig av advokater eller andra utomstående som medlare i domstolen eftersom det innebär en privatisering av rättskipningen som kan vara olämplig. Detta beror främst på att en advokat som agerar som rättsmedlare kan bli identifierad med domstolen själv. Advokatens roll är att vara partsrepresentant och inte medlare och om advokater används som medlare kan det skapas ett band mellan advokaten och domstolen som kan leda till att domarnas och domstolens objektivitet påverkas. En advokat som är medlare kan ha både nära eller mer perifera anknytningar till parterna och inte minst deras advokater vilket kan innebära en risk för att förlikningar ingås där parternas intresse sätts i bakgrunden till fördel för advokaternas egenintresse. Naturligtvis bör advokaten inte ta uppdraget som medlare om det finns sådana anknytningar men vem kontrollerar att så inte sker? Advokater och utomstående medlare har trots allt ett ekonomiskt intresse av att ta sig an uppdraget.⁸⁶ Vid rättsmedling är advokatens roll som partsombud underordnad och det krävs endast ett kortare inlägg och därefter taktisk rådgivning till klienten. Alshus menar att det finns en risk för att advokater endast förbereder sig tillräckligt och inte mer eftersom kravet på låga kostnader för rättsmedlingen även ger utslag i advokaternas ersättningskrav.⁸⁷ Melnæs menar att endast domare bör vara medlare för att kunna kvalitetssäkra att förlikningen ingåtts på bästa sätt.⁸⁸

4.1.5 Skillnader mellan Norge och Sverige

Precis som i Sverige är det möjligt att förordna domare eller utomstående personer till medlare. Enligt de norska reglerna är det dock möjligt för en domare som varit medlare att fortsätta att döma i målet om parterna samtycker och rätten inte finner det olämpligt.⁸⁹ Jävsreglerna i RB förbjuder en domare som varit medlare att döma i en efterföljande process, men det skall dock vara möjligt för medlaren att stadfästa en förlikning.⁹⁰ Vidare krävs samtycke från båda parter för att inleda en medling enligt det svenska förslaget. Enligt de norska reglerna skall hänsyn tas till parternas inställning till rättsmedling och huvudregeln är att båda parterna skall samtycka men det finns även möjlighet att inleda rättsmedling mot en parts vilja om det finns särskilda skäl. Samtycke är alltså inte en absolut förutsättning för att rättsmedling skall kunna inledas.⁹¹ Varken i Norge eller Sverige är medlingsförfarandet offentligt.

⁸⁶ Melnæs, s. 577-578.

⁸⁷ Alshus, s. 29-30.

⁸⁸ Melnæs, s. 577-578.

⁸⁹ § 8-7 tvisteloven

⁹⁰ SOU 2007:26, s. 131-132.

⁹¹ Ot.prp. nr. 51, s. 123-124.

4.2 Danmark

4.2.1 Försöksordningen med rättsmedling

En försöksordning med rättsmedling (retsmægling) inleddes den 1 mars 2003 i Danmark vid fem olika domstolar. Rättsmedlingen är frivillig och kan användas vid alla civila mål och syftet är att nå fram till en avtalad lösning på konflikten som upplevs som mer tillfredsställande för båda parter än den lösning som kan nås genom traditionella förlikningsförhandlingar eller dom. Medlaren har möjlighet att gå längre i sina medlingsförsök än vid en traditionell förlikningsförhandling och kan hålla separata möten med parterna. Det kan variera i vilken grad som medlaren lägger fram lösningsförslag och ger uttryck för styrkor och svagheter i parternas rättsliga och faktiska argumentation. En hög grad av aktivitet kan dock leda till att medlaren mister sin neutrala position.⁹²

I varje domstol utpekas två domare och två advokater som kan fungera som medlare och dessa har genomgått en särskild utbildning. För domarna ingår rättsmedling i deras tjänsteutövning och advokaterna medlar oavlönat. Parterna kan begära att få delta i rättsmedling men det är rätten som avgör om förfarandet skall inledas och skall då ta hänsyn till om det är möjligt att nå en förlikning eller om tvisten kommer att förenklas. Parternas inställning skall inhämtas och om samtycke ges skall en medlare utses och ett avtal ingås mellan parterna och medlaren.⁹³ Medlingsförfarandet kan inledas under hela processens gång men bör övervägas så tidigt som möjligt. Parterna bör ha full insyn i vad rättsmedlingen innebär och det faktum att en avtalad förlikning skulle kunna skilja sig väsentligt från det utfall en dom skulle få. Rättsmedling bör inte inledas om det finns en obalans mellan parterna. Det är parterna som väljer vilken medlare som de vill ingå avtal med men det är inte möjligt att välja en medlare som skulle vara förbjuden att döma i saken. En advokat som tidigare varit rådgivare för någon av parterna kan därför inte väljas som medlare. Om någon förlikning inte nås kan medlaren inte arbeta som domare eller advokat under sakens fortsatta behandling.⁹⁴ Medlaren planerar i samråd med parterna hur rättsmedlingen skall genomföras. Det är inte medlarens uppgift att se till att en förlikning ingås i enlighet med gällande rätt utan medlarens huvuduppgift är att se till att parterna själva finner en lösning på sin konflikt. Andra än parterna och deras ombud kan inte närvara vid medlingsmötena om parterna och medlaren inte kommit överens om annat. Domare och advokater har tystnadsplikt i fråga vad som framkommit under medlingen och parterna förbinder sig i och med avtalet om rättsmedling att inte yppa förtroliga upplysningar som framkommit under medlingen om inte parterna avtalat om annat. Rättsmedlingen avslutas när parterna når en lösning på konflikten

⁹² Notat från 6.2.2003: *Notat om en forsøgsordning med retsmægling, Justitsministeriet*, Köpenhamn 2003s. 1-4.

⁹³ Se standardavtal som bifogas som bilaga 1 till Notatet.

⁹⁴ Notat, s 5-8.

eller om medlaren eller någon av parterna önskar att medlingen skall avslutas. Om rättsmedling avslutas utan att en förlikning nåtts fortsätter målets behandling vid rätten på sedvanligt sätt. En förlikning kan ingås både utomrättsligt eller införas i rättsboken som en rättsförlikning (retsforlig) som är offentlig. Rättsmedlingen tillhandahålls gratis för parterna men kostnader kan uppstå för advokater eller om tredjeman deltar i rättsmedlingen och utgångspunkten är då att parterna skall stå sina egna kostnader. Om medlaren uppträder oförsvarligt finns det möjlighet för en part som lidit ekonomisk förlust att kräva ersättning för skadan.⁹⁵

4.2.2 Utvärdering av försöksordningen

Halvvägs in i försöksordningen gjordes en utvärdering av 196 olika mål som varit föremål för rättsmedling. Frågor ställdes till rättsmedlare, parter och partsombud för att utröna hur medlingen ansågs ha fungerat.⁹⁶ Sammanfattningsvis ansågs att försöket med rättsmedling varit väldigt positivt och att konfliktlösningsmetoden innebar en rad fördelar. I de mål som inte avslutats genom förlikning berodde detta främst på att parterna inte varit tillräckligt villiga att kompromissa. I de fall där förlikning ingåtts upplevdes detta ha förbättrat parternas förhållande till varandra, styrkt parternas tilltro till rättssystemet och varit mindre stressande än en process. Generellt kan sägas att de allra flesta som deltagit varit tillfreds med hur medlingen förlöpt och med medlarens insats. Målen har även i de flesta fall ansetts blivit avgjorda snabbare och billigare än vid en ordinär process.⁹⁷

Därefter gjordes en utförligare utvärdering som omfattade 351 rättsmedlingar. Detta motsvarade endast cirka 5 % av alla civila mål, vilket man tror beror på att ordningen är ny och relativt okänd.⁹⁸ I cirka 60 % av målen nåddes en förlikning varav domare var medlare i 59 % av målen och advokater i resten.⁹⁹ 14 % menar att medlingen varit misslyckad eller mycket misslyckad, 58 % anser att medlingen varit lyckad eller mycket lyckad och resterande 28 % att medlingen varit både misslyckad och lyckad. En mycket stor del av de intervjuade, ca 80 %, uppger även att de är villiga att rekommendera medling till andra.¹⁰⁰

Det finns vissa medlingssituationer när särskilda problem kan uppstå. Exempel på detta är när det råder obalans mellan parterna eller när endast en part representeras av advokat. De flesta medlare försöker dock undvika att endast en part är representerad då medlingssituationen annars kan bli skev och medlaren kan riskera att gå utanför medlarrollen för att hjälpa den part som inte har ombud. Några medlare påpekar att det finns risk för att vissa

⁹⁵ Notat, s. 9-14.

⁹⁶ Kyvsgaard, *Midtvejsrapport om evaluering af forsøget med retsmægling*, Justitsministeriet, Köpenhamn april 2004, s. 1.

⁹⁷ Kyvsgaard, s. 22.

⁹⁸ Roepstorff, Kyvsgaard, *Forsøg med retsmægling – en evalueringsrapport*, Justitsministeriet, Köpenhamn, mars 2005, s. 16, 113.

⁹⁹ Roepstorff, Kyvsgaard, s. 20, 22.

¹⁰⁰ Roepstorff, Kyvsgaard, s. 87-89.

rättssäkerhetsmässiga problem kan uppstå exempelvis om medlaren pressar på parterna en lösning över deras huvud. Ett annat problem är att ett mål inte belyses i samma utsträckning vid medling som vid traditionell rättskipning, vilket kan leda till att resultatet av medlingen baseras på felaktig eller ofullständig grund. Det faktum att rättsmedlingen sker bakom stängda dörrar innebär även att det inte finns samma rättssäkerhetsgarantier för att processen fortlöper på ett riktigt sätt. Tystnadsplikten kan även skapa problem vid en eventuell efterföljande process då det kan vara svårt att undgå att inte använda sig, ens indirekt, av den information som man fått under rättsmedlingen. Slutligen pekar medlarna på att det finns risk för att rättsmedling utnyttjas för att få en part som önskar ett snabbt avgörande att acceptera en mindre ersättning än de krävt från början. Enligt utredningen har det problemet dock inte uppstått när försöksordningen pågått.¹⁰¹

En nackdel med medling enligt en advokat är att man inte vet hur saken skulle ha lösts i en process och att parterna därför kan undra om de fått ut mer av en dom än av den förlikning som ingåtts. En advokat ansåg att medlingen kräver mycket av parterna, särskilt om det råder obalans dem emellan. En annan advokat pekar på svårigheten för part att tacka nej till en förlikning efter ett långt medlingsmöte när alla är trötta och hungriga och vill få saken överstökad.¹⁰²

Det stora flertalet av medlarna anser att båda advokater och domare även fortsättningsvis skall kunna anlitas som medlare. Nackdelen med domare som medlare är att det kan undergräva förtroendet för domstolen och nackdelen med advokater som medlare är att det finns ett bakomliggande ekonomiskt intresse då en permanent ordning med rättsmedling kommer att innebära att advokaterna får betalt för sitt arbete.¹⁰³

4.2.3 Rättsmedling som permanent ordning

Försöksordningen med rättsmedling förlängdes i väntan på Retsplejerådets överväganden att göra ordningen permanent. Den 1 april 2008 trädde sedan lagändringen i 27 kapitlet i Retsplejeloven ikraft och rättsmedlingen gjordes landstäckande och permanent.¹⁰⁴ Den nya lagen bygger i allt väsentligt på erfarenheterna från försöksordningen som genomförts.¹⁰⁵

Rättsmedling kan därmed användas vid alla civila mål som anhängiggjorts vid tingsrätt, hovrätt eller Sjö- och handelsrätten. Rätten tar beslut om att inleda rättsmedling om parterna samtycker och utgångspunkten är att förfarandet skall inledas så tidigt som möjligt i processen. Även

¹⁰¹ Roepstorff, Kyvsgaard, s. 97-100.

¹⁰² Roepstorff, Kyvsgaard, s. 100-101.

¹⁰³ Roepstorff, Kyvsgaard, s. 105-106.

¹⁰⁴ Se Retsplejelagen som kan hittas på länken:

<http://www.themis.dk/synopsis/index.asp?hovedramme=/searchinclude/lovsamling/retsplejeloven.html> (20080416)

¹⁰⁵ Information på Danmarks domstolars hemsida om nya ordningen med rättsmedling: <http://www.domstol.dk/om/reform/Indholdsreformerne/retsmaegling/Pages/default.aspx> (20080416)

fortsättningsvis kan både domare och advokater vara medlare och det skall inte innebära några extrautgifter för en part att välja en advokat som medlare då arvodet betalas av staten. Domstolen bestämmer vem som skall förordnas som medlare men det är möjligt för parterna att föreslå en viss person.¹⁰⁶ Var part står sina kostnader oavsett medlingens resultat, om inget annat avtalats.¹⁰⁷ Principen att varken domare eller advokat som varit medlare får medverka i en efterföljande process lagfästs. En domare som varit medlare har dock möjlighet att införa en avtalad lösning som rättsförlik i rättsboken.¹⁰⁸

4.2.4 Kritik mot den danska rättsmedlingen

Rovsing, ordförande i det danska Advokatrådet, är i likhet med Advokatrådet kritiskt inställd till att rättsmedling skall införas som en permanent ordning i Danmark. Hon menar att domarens uppgift är att döma efter gällande rätt och att medling inte har något med rättslig verksamhet att göra utan snarare är en form av rådgivningsverksamhet där medlaren inte tar utgångspunkt från gällande rätt. Genom att använda domare som medlare i civila mål menar hon att det finns en risk för att allmänhetens förståelse för domstolarna kärnfunktion minskas. Allmänhetens förtroende för domarnas förmåga att döma i rättstvister kan även minska om domaren uppträder både i rollen som medlare och domare. Hon menar även att rättsmedling inte ligger i linje med rättsutvecklingen i resten av EU eftersom EU-kommissionens direktivförslag om medling har som utgångspunkt att en domares försök att lösa en tvist i domstol inte omfattas av begreppet medling. I England där medling är ett välanvänt förfarande hänvisar domare parter till privata medlingsinstitut. Det danska Advokatrådet anser att den engelska modellen är att föredra och menar att tvister som skall lösas med hjälp av medling bör hänskjutas till utomrättslig medling. En sådan ordning skulle säkra att domarnas kompetens endast används till att avgöra tvister och inte till att förhandla. Advokatrådet har därför etablerat ett Mediationsinstitut där tvister kan lösas genom medling men utom rätta.¹⁰⁹

Deleuran frågar sig om medling verkligen är en naturlig domaruppgift. Det kan uppstå problem från domstolens sida att erbjuda konfliktlösning på villkor som inte respekterar en traditionell juridisk bedömning. Hos allmänheten finns en grundfäst uppfattning att domstolarna levererar juridiska lösningar på rättsliga konflikter och förfarande som ändrar på detta bör övervägas noga innan de införs. I vart fall måste det göras fullständigt klart för parterna i vilken roll domaren uppträder. En annan lösning kunde

¹⁰⁶ Betänkning nr. 1481/2006, Reform af den civile retspleje V – *Retsmægling*, s. 137-154.

¹⁰⁷ § 278 Retsplejeloven, Lov nr. 168 af 12.03.2008, *Lov om ændring af retsplejeloven, lov om retsafgifter og arveloven*.

¹⁰⁸ § 279 Retsplejeloven.

¹⁰⁹ Rovsing, *Skal mediation foregå ved domstolene?*, Advokaten, s. 5.

För att läsa hela Advokatrådets remissvar, se

<http://www.advokatsamfundet.dk/Default.aspx?ID=11687&M=News&PID=0&NewsID=8595> (20080420)

vara att hänvisa tvister till utomrättslig medling av professionella medlare som eventuellt kunde var knutna till domstolen inom ramen för ett så kallat Multi-door Court House. På detta sätt riskerar inte domstolens kärnuppgift, att leverera juridiskt hållbara lösningar på rättsliga tvister, att urholkas.¹¹⁰

4.2.5 Skillnader mellan Danmark och Sverige

Rättsmedling i Danmark är, liksom i Sverige, möjligt vid alla civila mål som anhängiggjorts vid domstol. En skillnad som föreligger är dock att det enligt den danska lagen är möjligt att hänskjuta även indispositiva tvister till rättsmedling. Den överenskommelse som eventuellt nås måste då ske inom de ramar som de tvingande bestämmelserna sätter upp, vilket sedan kontrolleras av domstolen innan dom meddelas.¹¹¹ Liksom i Sverige krävs samtycke från parterna för att inleda rättsmedling och huvudregeln är att medlingsmötena inte är offentliga, men parterna och medlaren kan komma överens om annat.

En stor skillnad mellan de övriga nordiska länderna och Danmark är att advokater användes som medlare i mycket stor utsträckning i Danmark under försöksordningen. Advokater användes då i 42 % av rättsmedlingarna.¹¹² Enligt det svenska förslaget kommer i huvudsak domare användas som medlare och utomstående medlare får bekostas av parterna själva. Enligt de danska reglerna står dock staten för ersättning även till utomstående medlare.¹¹³ I förarbetena till den danska lagen sägs endast att en passande del av medlarna skall vara advokater. För en domstol med 6-8 domare bör cirka 2-3 domarmedlare utpekade enligt förarbetena. Totala antalet rättsmedlare är avhängigt antalet förfaranden då antalet medlare inte bör vara högre än att varje medlare får medla i ett visst antal mål så att rutinen för medlingen bevaras. I praktiken kommer detta antagligen att innebära att domare kommer att användas i större utsträckning än advokater som medlare i framtiden.¹¹⁴ Till skillnad från Sverige, där medlare kan hämtas från vilken yrkeskategori som helst, skall det i Danmark inte vara möjligt att utse andra än domare eller advokater till medlare.¹¹⁵

4.3 Finland

4.3.1 Rättsmedling i Finland

I Finland trädde Lagen om medling i tvistemål i kraft den 1 januari 2006. Syftet med medlingen är att få parterna att själva hitta en godtagbar lösning

¹¹⁰ Deleuran, *En ny rolle som dommer*, Lov & ret, Årgång 12, April 2002, nr 2, s. 38.

¹¹¹ Lindell, *Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning?*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2000. s. 188.

¹¹² Roepstorff, Kyvsgaard, s. 22.

¹¹³ Betänkning nr. 1481/2006, s. 149.

¹¹⁴ Mail från Marie Ploug som arbetar på den danska Domstolsstyrelsen som har ansvar för utpekandet av advokatmedlare, se § 273 Retsplejelagen.

¹¹⁵ § 273 Retsplejeloven.

på sin konflikt. Det är alltså inte en juridisk lösning som eftersträvas utan en lösning som tillfredsställer båda parternas behov och intressen.¹¹⁶ Medlingen skall enligt motiven utgöra ett alternativ till rättegång och ett komplement till domstolens förlikningsverksamhet. Förutsättningarna för att medling skall komma till stånd är att saken är lämplig för medling, att medling är ändamålsenligt med hänsyn till parternas yrkande samt att samtliga parter lämnar sitt samtycke till medlingen. Förfarandet skall inledas på parternas initiativ men kan också inledas på initiativ av domstolen i linje med domarens aktiva processledning. Beslutet att inleda medling fattas emellertid alltid av domstol och kan inte överklagas.¹¹⁷ Rättsmedlingen kan bli anhängig i domstolen antingen genom en särskild medlingsansökan, genom en begäran om medling i stämningsansökan eller genom begäran under tvistemålsprocessens förberedelsestadium.¹¹⁸ Medling kan alltså ske både i mål som är anhängiga vid en domstol och i mål som inte är det och i såväl dispositiva som indispositiva mål. Om saken anhängiggjorts också i rättegång avbryts denna under medlingen. I motiven till lagen betonas att förfarandet sannolikt uppnår sitt mål oftare och bättre ju tidigare medlingen inleds eftersom parternas beredskap att fördomsfritt och kreativt söka en uppgörelse i godo i regel är bättre i ett tidigt skede av processen. Lagen innehåller inga detaljerade föreskrifter om hur medlingen skall genomföras i praktiken, utan medlaren skall i samråd med parterna besluta om förfarandet och medlingen skall utföras under iakttagande av opartiskhet och objektivitet. Medlarens primära uppgift är att hjälpa parterna att nå en förlikning och skall inte erbjuda en utomstående lösning på tvisten men kan komma med lösningsförslag på eget initiativ om parterna samtycker till detta. Förlikningsförslaget kan grunda sig på vad medlaren anser vara skäligt och behöver inte utgå från gällande rätt. Medlaren har också möjlighet att förhandla med en part utan att den andra parten är närvarande om båda parterna samtycker till det. Medlaren skall vara en domare vid den domstol som handlägger målet och parterna kan således inte själva påverka valet av medlare. Det finns dock möjlighet för medlaren att med parternas samtycke förordna om ett biträde för att säkra nödvändig expertis eller för att i övrigt främja medlingen. Parterna svarar för arvode och kostnadsersättningar till biträdet och var part svarar för sina kostnader för medlingen. En förlikning som antas av parterna kan stadfästas som ett avgörande om båda parter samtycker till det. Medlingen avslutas när förlikningen stadfästs, när parterna meddelar medlaren att det kommit överens om saken på annat sätt eller när en part eller medlaren inte längre önskar fortsätta medlingen.¹¹⁹ Domaren som medlat får inte döma i en efterföljande process.¹²⁰ Huvudregeln är att medling skall vara offentlig men allmänheten får dock inte vara närvarande när medlaren har enskilt

¹¹⁶ Ervasti, *Rättsmedling i Finland*, JFT, 2006/4, s. 403

¹¹⁷ Knuts, s. 152-162

¹¹⁸ Ervasti, s. 403.

¹¹⁹ Knuts, s. 152-162.

¹²⁰ RP 114/2004 rd, *Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om medling i tvistemål och stadfästelse av förlikning i allmänna domstolar*, s. 39.

samtal med parterna eller om en part begär att också annan del av medlingen skall genomföras utan allmänhetens närvaro.¹²¹

4.3.2 Kritik mot den finska rättsmedlingen

Lagmannen Hirvonen framför flera kritiska synpunkter på den nya ordning med rättsmedling som numera finns i Finland. En allvarlig nackdel med medling enligt Hirvonen är att man endast undantagsvis kan beakta behovet av skydd för svagare parter. Parter till en tvist har ofta olika förhandlingsstyrka och detta kommer tydligare fram utanför en rättegång. Eftersom man vid medling accepterar icke-rättsliga faktorer hotas genomslagskraften av skyddslagstiftning till förmån för svagare parter, även om dessa i vissa fall kan gynnas av att ett strikt rättighetstänkande ersätts av en fri intresseavvägning.¹²²

Enligt den finska lagen kan endast domare vid den domstol där saken handläggs vara medlare.¹²³ Detta motiveras i förarbetena inte på annat sätt än att detta kommer att vara relativt förmånligt ur kostnadsperspektiv. En viktig fråga gällande rättsmedlingen är frågan hur medlarna borde utbildas och att medlarna skall ha möjlighet att kunna frigöra sig från sitt juridiska tankesätt. Om medling utförs i strid mot medlingens principer finns det ett problem ur rättsäkerhetssynpunkt eftersom medling då kan betraktas som ett kvasijuridiskt system, utan rättsskyddsmedel, som uppfattas som en formell process. I Finland kan det enligt Ervasti finnas en risk för att domarna inte kan skilja på rättsmedling och förlikningsförhandlingar. Om domaren inte kan frigöra sig från sin domarroll vid rättsmedling innebär detta ett stort problem både ur rättsteoretisk och ur konfliktteoretisk utgångspunkt.¹²⁴

Den finländska lagen har haft de försöksverksamheter som genomförts i Norge och Danmark som utgångspunkt. Hirvonen kritiserar detta och anser att man istället borde ha utgått från svenska modellen enligt RB 42:17 eftersom den svenska traditionen ligger närmare den finska än vad den norska och danska gör.¹²⁵ Under 2006 förliktes 40 fall genom medling och 5186 fall genom traditionell förlikning under förberedelsen. Ett av motiven bakom införandet av medling var att sänka tröskeln för att komma till domstol och att medling därmed skulle främja tillgången till rättssäkerhet. Mot bakgrund av de siffror som presenterats anser Hirvonen dock att det kan ifrågasättas om tröskeln till domstolen är så stor och om det finns ett verkligt behov av rättsmedling i Finland.¹²⁶

Knuts pekar i sin doktorsavhandling på ett intressant mönster. Skiljeförfarande uppstod som en reaktion på rättskipningens reglerade och

¹²¹ RP 114/2004 rd, s. 22-23.

¹²² Hirvonen, *Hur passar de nya reglerna om domstolsanknuten medling in i domstolsverksamheten*, JFT, 2/2007, s.135.

¹²³ Se 5 § 1 mom. Lagen om medling i tvistemål i allmänna domstolar, 26.8.2005/663.

¹²⁴ Ervasti, s. 407.

¹²⁵ Hirvonen, s.136-138.

¹²⁶ Hirvonen, s.141.

rigida natur och erbjöd därmed ett flexibelt alternativ där man kunde beakta parternas vilja och behov i det enskilda fallet. Skiljeförfarandet har dock genomgått en förändring till att bli mer och mer reglerat och kan anses ha förlorat sin flexibla karaktär. Det uppstod då ett behov av tvistlösningsmetoder som är alternativa till skiljeförfarandet och det huvudsakliga exemplet som framfördes var medling. Medlingen genomgår dock även den en förändring och på många håll framförs krav på ökad reglering för att trygga kraven på rättvisa och förfarandegarantier. Det förefaller därmed att medlingen är på väg att genomgå samma förändring som skiljeförfarandet gjort, från oreglerat till ett reglerat system. Innebär detta att det kommer att finnas ett behov av att finna ett alternativ till medlingen, ett alternativ till alternativets alternativ? Mot den bakgrunden kan lämpligheten av att knyta alternativa tvistlösningsformer till rättskipningen ifrågasättas. Utvecklingen kommer att leda till en ökad dynamik i fråga om existerande tvistlösningsformer och att parter kan ha svårt att veta vad de har att förvänta sig av olika förfaranden.¹²⁷ Hirvonen anser att den finska medlingen är starkt reglerad och att det inte behövs tjugo paragrafer för att kunna förstå skillnaderna mellan ordinär process och medling. Förlikningsverksamheten är inte lagreglerad och det kan föreligga en fara för att medlingsreglerna tolkas tvärtom vid förlikning. Ett exempel är att separata diskussioner är tillåtet vid medling, men betyder det att det är förbjudet vid förlikningsdiskussioner? Detta vore enligt Hirvonen synd eftersom separata diskussioner med parterna ger bäst möjlighet till förlikning.¹²⁸

4.3.3 Skillnader mellan Finland och Sverige

Enligt de finska reglerna kan även tvister som inte är föremål för rättegång bli föremål för medling efter ansökan. Argumentet för att tillåta utomprocessuell medling i Finland är att förutsättningarna för att nå en förlikning under medlingen anses större om parternas positioner ännu inte blivit låsta. Den svenska utredningen erkände fördelarna för parterna med att en tvist förlikas på ett tidigt stadium, men ansåg inte att det var rimligt att erbjuda kostnadsfri medling i en sak som inte är föremål för rättegång, utan att parterna då istället skall använda sig av privata medlingsinstitut. Skillnaden kan ligga i synen på den domstolsanknutna medlingen. I Finland anges det uttryckligen i propositionen att medlingen skall vara ett alternativ till rättegång, medan medlingen i Sverige mera kan ses som ett verktyg för domstolen i dess nuvarande konfliktlösnings roll.¹²⁹

Endast domare kan vara medlare enligt den finska lagen. I Finland diskuterades huruvida privata medlare skulle tillåtas men en sådan lösning ansågs leda till ökade kostnader för parterna. Det svenska argumentet för att tillåta privata medlare är dock att det ökar tillgängligheten till förfarandet och garanterar att parterna alltid kan få en medlare som de känner förtroende för. Det finns även skillnad mellan länderna avseende domarnas kunskaper

¹²⁷ Knuts, s. 250-251.

¹²⁸ Hirvonen, s. 138-140.

¹²⁹ Ficks, *Alternativ tvistlösning för allmän domstol i Sverige*, JFT, 2007/4, s. 315-319.

gällande medling. I det svenska förslaget föreslås att två domare vid varje tingsrätt skall utbildas till medlare och att det är viktigt att poängtera skillnaden mellan medlings- och förlikningsverksamheten. I Finland konstateras att intresserade domare endast behöver utbilda sig i mån av möjlighet och att alla domare har förutsättningar att behandla konflikter vilket också gör dem lämpliga som medlare.¹³⁰

Rättsmedlingens sammanträden i Finland är som huvudregel offentliga till skillnad mot den svenska medlingen. Den svenska utredningen anser inte att medling, till skillnad från förlikning, innefattas i rättskipningen eftersom den inte äger rum inför rätten. I Finland ansågs dock medling i princip vara myndighetsutövning och att det därför skall råda offentlighet. En annan mindre skillnad mellan länderna är att den finska lagen även omfattar vissa indispositiva tvistemål vilket det svenska förslaget inte gör.¹³¹

4.4 Analys

Syftet med att införa medling i de nordiska länderna var som ovan nämnts att möjliggöra en mer djupgående medling och att kunna finna en lösning som alla parter är tillfreds med. Enligt den utvärdering som gjorts i Norge har dock rättsmedlingen inte i samtliga fall lett till ett lyckat resultat även om en förlikning nåtts. Parter som deltagit i rättsmedling uttrycker att juridiken kommit i bakgrunden, att förlikningen ingåtts över deras huvuden, att det varit som ett spel mellan juristerna, att svagare parter rättsäkerhet blivit åsidosatt och att de känt sig fångade i en situation de inte kunnat överblicka och att de ångrat den förlikning de ingått. Utvärderingen visar alltså att det finns flera fall där parter ingått förlikningar som enligt deras egen uppfattning varit otillfredsställande. Enligt den danska utvärderingen har även de deltagande medlarna vissa farhågor när det gäller rättsmedling. Exempelvis påpekas det att det kan uppstå rättsäkerhetsmässiga problem, att svagare parter kan utnyttjas vid rättsmedling och att målet inte belyses i samma utsträckning som vid en ordinär prövning och att resultatet av medlingen därför kan baseras på felaktig eller bristfällig information. Dessa erfarenheter innebär att det kan ifrågasättas om rättsmedlingen verkligen kan uppnå det uttalade syftet att nå skraddarsydda lösningar för alla parter. Självklart kan parter vara missnöjda även efter ordinär domstolsprövning men då har tvisten avgjorts enligt gällande rätt, med de rättsäkerhetsgarantier som en process besitter, och genom ett avgörande som är överklagbart. Nackdelen med förlikningar är att de inte är överklagbara på samma sätt som en dom. Även om merparten varit nöjda med de förlikningar som ingåtts finns det en fara för att de personer som är missnöjda med förlikningen tappar förtroendet för domstolen. Medling brukar beskrivas som att lagstiftningen läggs åt sidan och att parternas önsningar sätts i fokus. Men är rättigheter inte längre viktiga? Skall lagstiftningen endast ses som ett nödvändigt ont och domstolarna endast användas i undantagsfall när en samförståndslösning inte kan uppnås? Att

¹³⁰ Ficks, s. 315-319.

¹³¹ Ficks, s. 315-319.

medlingsförfarandet inte uppfyller de rättssäkerhetsmässiga krav som en ordinär process gör och att svagare parter riskerar att utnyttjas är två tungt vägande argument för att medling inte skall utföras i domstolarnas regi.

När det gäller frågan om vem som skall medla har de nordiska länderna valt olika regleringar. I Finland kan endast domare fungera som medlare och utbildning behöver endast genomgå i mån av tid. Det finns därmed en fara att domarna kan ha svårt att skilja mellan förliknings- och medlingsförfarande. Det kan komma att leda till att det skapas förvirring och rättsosäkerhet även kring den ordinära processen eftersom förlikningsdiskussioner ingår som en del av förberedelsen till den ordinära processen. Om domarna inte är tillräckligt utbildande kan det därmed vara negativt även för den ordinära processen och domstolarna i stort. Det är därför viktigt att säkerställa att alla medlare får utbildning för att trygga att både medlingen och den ordinära processen sköts på rätt sätt. Det svenska förslaget bygger på att två domare från varje domstol med fallenhet för förlikningsdiskussioner skall få medlingsutbildning. Detta är således positivt men kan kritiseras ur den synpunkten att alla domare inte kommer att besitta samma kompetens och behörighet att döma i alla mål. I Danmark använder man sig som beskrivits ovan i större utsträckning av advokater som rättsmedlare än vad som är avsett i det svenska förslaget. Som beskrivits under avsnitt 4.1.4 finns det dock vissa betänkligheter mot att knyta advokater till domstolen. Risken finns att advokaterna själva identifieras med domstolen och att det därmed kan skapas ett band mellan advokaten och domstolen som kan leda till att domarnas och domstolens objektivitet kan ifrågasättas. Enligt de danska reglerna ställs det dock krav på obligatorisk utbildning av alla rättsmedlare. Detta är mycket positivt eftersom kvalitén på medlingen kan höjas och risken är mindre att domare som fått utbildning har svårt för att skilja mellan förlikning och medling.

I Norge finns det, till skillnad från övriga länder, möjlighet att inleda rättsmedling även utan parternas samtycke, även om detta endast skall ske i undantagsfall. Detta ökar risken för att svagare parter utnyttjas eftersom det kan vara svårt för en part att säga nej till ett förlikningsförslag efter ett långt medlingsmöte och det finns risk för att parten tror att den negativa inställningen till medlingen kommer att påverka resultatet av en efterföljande process. Enligt den norska lagen är det inte heller uteslutet att domaren fortsätter att döma i målet om båda parter samtycker till det. Detta ligger inte i linje med medlingens grundprinciper eftersom syftet med medlingen är att parter skall känna förtroende för medlaren och kunna diskutera svagheter och styrkor i enrum med medlaren utan att detta kommer till motpartens kännedom. Om domaren har möjlighet att fortsätta döma i målet är förfarandet i princip identiskt med ett förlikningsförfarande med den skillnaden att en medlare kan ta mer hänsyn till utomrättsliga faktorer och diskutera mer fritt med parterna. Riskerna för att jäv skall uppstå om domaren fortsätter döma i målet efter att medlingen avslutats är därmed stor. Ett absolut krav på samtycke och ett förbud för medlare att döma i en efterföljande rättegång som föreslagits av den svenska utredningen är därmed att föredra framför den norska regleringen.

Den finska medlingslagen infördes som nämnts ovan på basis av de norska och danska försöksordningarna. Det bedrevs ingen försöksordning i Finland innan lagen infördes och ingen behovsanalys gjordes. Med anledning av de siffror som Hirvonen presenterar kan det på goda grunder ifrågasättas om det finns ett reellt behov av medling i finsk rätt. I Sverige har endast en mindre försöksverksamhet bedrivits och den har inte utförts i enlighet med utredningens förslag där medling skall erbjudas i varje dispositiv tvist. Det har inte heller gjorts någon omfattande utvärdering av hur försöksordningen uppfattats av de parter som deltog. Eftersom rättsmedling om den införs i Sverige inte skall vara offentlig och då förlikningar inte är överklagbara är det svårt att i framtiden kunna analysera hur medlingen uppfattats av parterna. Det är därmed svårt att kontrollera om det förekommit utnyttjande av svagare parter och om rättsmedlingen lett till goda förlikningar. Om rättsmedling skall införas i svensk rätt bör därför en ordentlig försöksordning bedrivas där det är möjligt att analysera de fördelar och nackdelar som rättsmedling för med sig. Vidare ställer sig flera av de svenska remissinstanserna frågande till om det finns ett verkligt behov av medling eftersom de anser att förlikningsverksamheten fungerar bra i dagens domstolar och att det därför inte finns någon anledning till att inskränka denna. Det framhålls därför att förlikning även fortsättningsvis bör vara förstahandsvalet eftersom att de flesta tvistemål lämpar sig för förlikning och att medling då kan ses som ett alltför stort arrangemang. Erfarenheterna från Danmark och Finland visar att införandet av rättsmedling som permanent ordning inte lett till att förfarandet använts i någon större utsträckning i dessa länder trots att medlingen tillhandahålls kostnadsfritt. Risker finns att så kommer bli fallet även i Sverige. Det bör därför göras en behovsanalys innan rättsmedling införs i svensk rätt.

Knuts iakttagelser att medling, i likhet med skiljeförfarande, utvecklats till ett mer reglerat förfarande är intressant. Genom att införa medling inom rättsväsendet ställs höga krav på rättssäkerhet och därmed krävs reglering. Medlingen förlorar därmed den flexibilitet och snabbhet som förfarandet är förknippat med. Genom att endast erbjuda medling utomrättsligt kan förfarandet behålla sin flexibla karaktär och domstolen slipper ytterligare ett förfarande som gör rättsväsendet mer svåröverskådligt. Det har även riktats kritik mot medlingen som innebär att fler kompromisser som tar hänsyn till utomrättsliga aspekter kan leda till fler rättegångar eftersom gällande rätt suddas ut. Syftet med medlingen är att förlika fler mål och därmed avlasta domstolens arbete på så sätt att färre tvister avgörs genom ordinär process. Möjlighet finns dock att effekten blir omvänd och att fler processer skapas.

5 Processens funktion

5.1 Civilprocessens funktion

Civilprocessens funktion brukar anses vara att medverka till ett maximalt genomslag för värderingarna bakom den materiella rätten.¹³² I doktrinen har det dock funnits olika uppfattningar om civilprocessens funktioner, vilka kommer att presenteras kortfattat nedan.

5.1.1 Handlingsdirigering

Med civilprocessens handlingsdirigerande funktion avses att civilprocessen skall fungera som en sanktionsmekanism för att trygga att handlandet i samhället överensstämmer med de privaträttsliga normerna. Civilprocessen skall alltså inte enbart lösa tvister i samhället utan samtidigt statuera som exempel för framtida normenligt beteende och styra utomprocessuellt handlande. Civilprocessen riktar sig både mot parterna till tvisten och till allmänheten i stort och skall få dem att handla normenligt.¹³³

Ekelöf är av uppfattningen att civilrättsliga lagstadganden är formulerade som handlingsregler för medborgarna och att rättsskipningen skall medverka till att de materiella reglerna rättsreglerna får genomslagskraft i samhällslivet. Enligt Ekelöfs uppfattning är rättsskipningen effektivast om den verkar upprätthållande och inriktande på samhällsmoralen, så att medborgaren upplever det som en plikt att rätta sig efter lagar och regler.¹³⁴ Ekelöf menar därmed att en modern rättsordning är en slags social kontroll som fungerar handlingsdirigerande för medborgarna. De rättsliga sanktionerna har därmed till uppgift att avhålla eller motverka ett rättsstridigt handlande. Uppfattningen att rättsskipningens huvuduppgift är att verka handlingsdirigerande innebär enligt Ekelöf inte att frivilliga uppgörelser i form av förlikning försvagar rättsskipningens handlingsdirigerande effekt eftersom den materiella lagstiftningen ger vägledning även vid förlikningsförhandlingar.¹³⁵ Den handlingsdirigerande effekten kan också uppkomma genom fysisk, psykisk eller ekonomisk avskräckning.¹³⁶

¹³² SOU 1994:99, *Domaren i Sverige inför framtiden – utgångspunkter för fortsatt utredningsarbete*, Del A, s. 42-43.

¹³³ Knuts, s. 38.

¹³⁴ Ekelöf, *Rättegång, Första häftet*, 8:e upplagan. Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2002, s. 13-14.

¹³⁵ Ekelöf, s. 17-21.

¹³⁶ Knuts, s. 38-39.

5.1.2 Konfliktlösning

Utgående från detta synsätt är civilprocessens huvudsakliga uppgift att lösa en konkret tvist mellan två eller flera parter. Civilprocessen kan därmed ses som en tvistlösningsservice som samhället bistår parterna med. Med detta synsätt är det parterna och inte samhället i stort som är civilprocessens målgrupp. Det anses då att domen inte behöver grunda sig uteslutande på materiellt rättsliga normer utan istället kan utomrättsliga faktorer såsom skälighet och styrkeförhållandena mellan parterna läggas till grund för avgörandet.¹³⁷

5.1.3 Handlingsdirigering visavi konfliktlösning

Civilprocessens handlingsdirigerande funktion kan ses som motsatsen till den konfliktlösande funktionen och detta synsätt åskådliggörs genom en granskning av Ekelöfs och Lindells motstående uppfattningar.¹³⁸ Ekelöf delar inte uppfattningen att civilprocessen huvuduppgift skulle vara konfliktlösning. Detta intresse kan visserligen tillgodoses genom domen men Ekelöf menar att rättsskipningen inte bör utformas med tanke på att så är fallet om den handlingsdirigerande funktionen därmed blir sämre tillgodosedd.¹³⁹ Lindell anser å andra sidan att Ekelöfs uppfattning att rättsskipningen endast har en handlingsdirigerande funktion är kraftigt överdriven. Rättsskipningen som institution är, enligt Lindell, endast en av flera aktörer i samhället som tillämpar, skapar och upprätthåller normer. Domstolarnas huvuduppgift är istället att skipa rättvisa i det enskilda fallet, och den eventuella handlingsdirigerande funktionen är endast underordnad.¹⁴⁰

Lindblom intar en mellanposition och menar att civilprocessens handlingsdirigerande och konfliktlösande funktioner inte nödvändigtvis behöver ha ett motsatsförhållande. Istället framhåller Lindblom att de båda funktionerna samverkar. Även en process som startas och förs enbart i konfliktlösande syfte får således en handlingsdirigerande effekt som kan fungera konfliktpreventivt och förhindra framtida tvister. Lindblom menar att civilprocessens övergripande funktion är att bidra till ett maximalt genomslag för ändamålen bakom de materiella reglerna och att således handlingsdirigering och konfliktlösning endast är under- eller delfunktioner.¹⁴¹ Den konfliktlösande funktionen är enligt Lindblom civilprocessens första funktion och är reparativ till sin natur och har därmed ett tillbakablickande perspektiv. Den kan dock även påverka framtida relationer eftersom tvistlösningen i lyckliga fall kommer att underlätta för parterna i deras fortsatta relationer och motverka kommande tvister. Resultatet kan dock även bli det motsatta så att processen utvecklas till en bitter strid som leder till fördjupad oenighet. Civilprocessens andra funktion är handlingsdirigering

¹³⁷ Knuts, s. 37.

¹³⁸ Knuts, s. 39.

¹³⁹ Ekelöf, s. 20.

¹⁴⁰ Lindell, *Civilprocessen*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1998, s. 91-94.

¹⁴¹ Ekelöf, s. 28-29.

med ett preventivt och framåtblickande perspektiv. Styreffekten uppstår genom att processen verkar moralbildande och/eller ekonomiskt avskräckande och denna handlingsdirigering riktar sig mot parterna i processen men även mot alla andra medborgare.¹⁴²

5.1.4 Rättsskydd och kontroll

Civilprocessen har även en rättsskyddsfunktion. Enskilda medborgare måste ha möjlighet att realisera sitt rättsanspråk och på så sätt erhålla rättsskydd. Det är av särskild vikt att det föreligger inte endast en formell möjlighet att gå till domstol utan en reell och jämlik tillgång till processuellt rättsskydd för alla i samhället. Det processuella rättsskyddet innebär ett skydd mot övergrepp både från enskilda och det allmänna, det vill säga ett skydd mot maktmissbruk.¹⁴³ Domstolarna fullgör alltså även en politisk kontrollfunktion gentemot den lagstiftande och verkställande makten då domaren prövar normernas förenlighet med författningen och andra överordnade normer såsom EU-lagstiftning.¹⁴⁴

5.1.5 Rättsskapande

Ytterligare en funktion som fått större betydelse är den rättsskapande funktionen som innebär att domstolen genom rättskipningen skapar nya regler. Detta sker i första hand genom prejudikatbildning.¹⁴⁵ Ett prejudikat fyller dock ingen självständig civilprocessuell funktion så länge det endast utgör ett klargörande av gällande rätt. I de fallen kan dock prejudikatbildningen ändå ha en viktig funktion för att förbättra handlingsdirigeringen och minska behovet av framtida konfliktlösning. Prejudikatbildningen fyller dock en självständig funktion om domstolsavgörandet avser en fråga som inte kan besvaras av gällande rätt eller när det ter sig nödvändigt att ändra gällande rätt genom praxis. Domen ger då uttryck för ett judiciellt rättsskapande och processens har en politisk funktion genom att skapa gällande rätt.¹⁴⁶

5.2 Medlingsprocessens funktion

Det har skrivits relativt lite om medlingens funktioner. Detta kan delvis bero på att medling är relativt nytt i Europa och att medlingens olika funktioner är lätta att identifiera. Lindell menar dock att så inte är fallet och att medlingsprocessen är en komplett och fullödig process med en solid och genomtänkt ideologi. Lindell menar att alternativ tvistlösning inte gör några anspråk på att ha de funktioner som rättskipningen påstås ha men att detta inte betyder att alternativ tvistlösning saknar samhällsfunktioner.¹⁴⁷ Den svenska utredningens förslag bygger dock på att medling skall användas

¹⁴² Lindblom, *ADR – opium för rättsväsendet?*, s. 110-111.

¹⁴³ SOU 1994:99, s. 42-43.

¹⁴⁴ Lindblom, , *ADR – opium för rättsväsendet?*, s. 112.

¹⁴⁵ Knuts, s. 40.

¹⁴⁶ Lindblom, , *ADR – opium för rättsväsendet?*, s. 111-112.

¹⁴⁷ Lindell, *Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning?*, s. 65-69.

som förstahandsval för konfliktlösning i alla tvister vid tingsrätt. Det är därför nödvändigt att undersöka om medling verkligen kan fylla de funktioner som vi vill att civilprocessen skall ha. Nedan följer därför en kortfattad redogörelse för medlingens funktioner.

5.2.1 Handlingsdirigering och konfliktlösning

Alla typer av ADR är som namnet avslöjar inriktade på individuell tvistlösning. Målet för medlingen kan därför sägas vara att lösa tvisten på ett bra sätt så att parterna slipper gå till huvudförhandling. Medling kan på så sätt handla om konfliktlösning i en bredare mening. Möjligheten att se tvisten i ett vidare sammanhang kan underlätta parternas fortsatta relationer i högre grad än vid en strikt rättslig lösning.¹⁴⁸

Till skillnad från rättskipning i strikt mening har den alternativa tvistlösningens inte alltid en anknytning till de materiellrättsliga normerna och den alternativa tvistlösningen strävar inte nödvändigtvis efter att fastställa vad som är normenligt beteende och vad som inte är det.¹⁴⁹ Medling kan därför endast undantagsvis sägas ha en handlingsdirigerande effekt eftersom medlingens primära målsättning som nämnts ovan inte är att skapa rättvisa utan att finna en lösning på den aktuella tvisten. Möjligheten att använda sig av icke-rättsliga faktorer och icke-professionella aktörer kan snarare bidra till en oklarhet kring gällande rätt och på så sätt underminera den materiella rättens styrfunktion.¹⁵⁰

Till den del som medlingen saknar anknytning till materiell rätt måste dess funktion ses som renodlat konfliktlösande. Den konfliktlösning som sker genom medling kan dock sägas skilja sig från rättskipningens konfliktlösning. Rättskipningens konfliktlösning betecknas ofta vara reparativ, käranden skall återställas i samma position som före tvisten. Medlingens konfliktlösning behöver dock inte ha denna reparativa karaktär då målet endast är att sätta en punkt för tvisten, inte att försätta parterna i den ursprungliga position de haft. Det spelar därför mindre roll hur reparativ konfliktlösningen är så länge parterna är nöjda med den.¹⁵¹

5.2.2 Rättsskydd, kontroll och rättsskapande

Lindell menar att domstolsprocessen är långsam och kostsam och att kravet på rättsäkerhet inte kan uppfyllas på grund av nedskärningar inom domstolsväsendet. Han menar att ADR kan fylla en avlastningsfunktion som gör det möjligt för domstolarna att ägna tid och kraft åt de mål som de skall avgöra. ADR skall därför betraktas som ett komplement till domstolarna och genom sin tillgänglighet garantera medborgarnas rättsskydd.¹⁵² Knuts menar dock att det är orimligt att tillskriva medlingsprocessen en

¹⁴⁸ Lindblom, *ADR – opium för rättsväsendet?*, s. 110-111.

¹⁴⁹ Knuts, s. 46.

¹⁵⁰ Lindblom, *ADR – opium för rättsväsendet?*, s. 111.

¹⁵¹ Knuts, s. 47.

¹⁵² Lindell, *Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning?*, s. 68-69.

rättskyddande funktion eftersom medlingen inte har den materiella rätten som ledstjärna.¹⁵³

Medling kan inte sägas ha någon politisk kontrollfunktion eftersom det i ett medlingsförfarande inte är nödvändigt att använda sig av materiell rätt. Inte heller den rättskapande funktionen kan fullgöras genom medling. Medlingen kommer istället på det hela taget utgöra ett betydande hot mot prejudikatbildningen vid domstolarna. Detta innebär att både handlingsdirigeringen och den framtida konfliktlösningen enligt gällande rätt kommer att försämrast.¹⁵⁴

Enligt Lindell är ADR ett alternativ till rättskipning och syftar därmed inte till att uppfylla civilprocessens funktioner. Lindblom menar dock att i samma mån som tvistlösning förs bort från domstolarna berövas dessa sina möjligheter till funktionsuppfyllelse. Om då samma funktioner fullgörs sämre eller inte alls inom ADR uppstår från samhällssynpunkt allvarliga brister och att ADR stundtals kan uppfylla andra funktioner än civilprocessen utgör en klen tröst i sammanhanget menar Lindblom. Han menar att den alternativa tvistlösningen endast kan uppfylla en av civilprocessens funktioner, konfliktlösningen, fullt ut.¹⁵⁵ Medling kan därför på sikt få en normupplösande verkan och medföra att innehållet i gällande rätt vittrar sönder. Rättsmedling kan även bidra till att allmänhetens förtroende för rättskipningen minskar då domstolens roll blir mer otydlig.¹⁵⁶

5.3 Analys

Innan förändringar införs i den ordinära processen är det viktigt att överväga vad man vill uppnå med civilprocessen, vilka funktioner man vill att civilprocessen skall ha och hur dessa skall uppfyllas på bästa sätt. Kan då medling sägas fylla de funktioner som civilprocessen har? Svaret på frågan måste besvaras nekande. Som nämnts ovan kan medling i princip endast fullgöra den konfliktlösande funktionen fullt ut. Med detta sagt kan det dock nämnas att medling kan uppfylla den konfliktlösande funktionen bättre och mer mångfacetterat än vad som kan åstadkommas genom rättskipning. Detta beror främst på att medlaren är fri att ta in utomrättsliga argument och därmed har möjlighet att nyansera och skräddarsy en lösning på en specifik tvist vilket kan underlätta framtida samarbete mellan två parter.

De handlingsdirigerande, kontrollerande och rättskapande funktionerna kan dock endast fullgöras av rättskipning i strikt medling. Eftersom det vid ett medlingsförfarande finns möjlighet att använda sig av annat än innehållet i materiell rätt kan man närmast anta att medling kan komma att försämra de handlingsdirigerande och rättskapande funktioner som civilprocessen har.

¹⁵³ Knuts, s. 47.

¹⁵⁴ Lindblom, *ADR – opium för rättsväsendet?*, s. 112-113.

¹⁵⁵ Lindblom, *ADR – opium för rättsväsendet?*, s. 109-114.

¹⁵⁶ Hirvonen, s.134-136.

Man kan inte heller säga att medlingen syftar till att nå ett maximalt genomslag för normerna bakom den materiella rätten eftersom medling inte syftar till att uppnå ett materiellt riktigt resultat. Lindell påpekar att medling inte har till uppgift att uppfylla de funktioner som civilprocessen har och att det därför inte skall göras jämförelser mellan civil- och medlingsprocessens funktioner. Detta må vara sant men om medlingen inte uppfyller civilprocessens funktioner kommer detta att få effekter även för civilprocessen.

Det finns en risk att medlingen får en normupplösande verkan som kan leda till att fler tvister uppstår och därmed att fler tvister kommer till domstol. En av anledningarna till att införa rättsmedling är att avlasta domstolarna arbete. Ett alltför snabbt och billigt alternativ som på sikt kan verka normupplösande kan dock riskera att uppnå motsatt effekt och öka antalet tvister som kommer till domstol.

Lindell menar att införande av rättsmedling innebär ett ökad rättsskydd för medborgarna genom att de erbjuds ytterligare ett alternativ för att lösa tvisten snabbt och att domstolarna då kan ägna sig åt att lösa de tvister som bör avgöras i ordinär domstol. För att alternativet skall fungera fullgott krävs dock att den ordinära processen fungerar tillfredsställande. Även genom utomprocessuell medling kommer parter till en tvist erbjudas ett alternativ till rättsskipning, vilket är bra. De allra flesta tvister löses utanför domstolen och medlingsförfarandet är en fullgod tvistlösningsform som med fördel kan användas i många tvister. Genom att koppla medlingen till domstolen kommer dock civilprocessen att påverkas negativt, vilket talar för att utomprocessuell medling är att föredra framför rättsmedling.

6 Avslutande synpunkter

Finns det då några risker med att införa rättsmedling i svensk rätt? Uppsatsen har visat att det finns många betänkligheter med att införa ett sådant förfarande. En nackdel är att medling inte kan uppfylla civilprocessens funktioner. Ett införande av rättsmedling innebär även att en större rättsosäkerhet kommer att skapas eftersom det är möjligt att ta större hänsyn till utomrättsliga argument. Det kommer inte heller att vara möjligt att upprätthålla svagare parter rättsskydd på samma sätt vid ett medlingsförfarande som vid en ordinär process. Vidare är det inte visat att införande av medling verkligen kommer att leda till snabbare avslut på tvister eftersom misslyckade medlingsförsök generellt kommer att ta mer tid i anspråk än förlikningsförhandlingar. Misslyckade medlingsförsök innebär även merarbete för domstolen eftersom två domare då måste läsa in sig på målet.

Sammanfattningsvis kan det dock sägas att det finns fördelar med medling och att det är många som kan vinna på ett medlingsförfarande. För domstolen kan medling komma att innebära en tidsbesparing jämfört med den ordinära processen. Advokaterna får en ny sorts process att använda sig av och har även möjlighet till att fungera som medlare i domstolens regi. Parterna får tillgång till ett nytt förfarande som kan innebära ett snabbare, och därmed billigare, avslut på deras tvist. Mot dessa fördelar måste dock vägas de nackdelar som ett medlingsförfarande skulle få för det svenska rättssystemet. Domstolarna riskerar att allmänhetens förtroende för dem minskas när domarna växelvis uppträder både som domare och medlare. Parter riskerar att ge sig in i förlikningar som ingåtts utan beaktande av gällande rätt och svagare parter riskerar att tvingas in i ofördelaktiga samförståndslösningar som inte är ”överklagbara”, annat än om innehållet är oskäligt, tillkommit under bristande förutsättningar etc. Samhället i stort kan även förlora på att civilprocessens handlingsdirigerande, rättskapande och kontrollerande funktioner inte kommer att kunna uppfyllas genom medlingen. En ökad användning av utomrättsliga normer kan även, som uppsatsen visat, leda till en ökad oklarhet kring gällande rätt som i sin tur kan leda till fler processer. Även medlingen riskerar att bli ett mindre flexibelt system genom att knytas till domstolen, där särskilda krav på rättssäkerhet kräver ökad reglering.

Precis som en domstolsprocess inte alltid är rätt sätt att lösa en konflikt är inte medling det heller. Genom att konsekvent erbjuda medling vid alla tvister kommer den alternativa tvistlösningen att göras till huvudregel. Genom att knyta medlingen till de svenska domstolarna riskerar medlingens nackdelar ”smitta av sig” på den ordinära processen och tvärtom. De ordinära processerna kommer, förutom att de minskar i antal även att få minskat förtroende när domstolarnas traditionella rättskipningsroll förändras till medlingsroll. Även förtroendet för domarna riskerar att minska då deras roll kommer att alternera mellan rättskipare och medlare. Medlingen å andra

sidan kommer att genomgå en förändring från ett flexibelt system till ett mer reglerat sådant för att åtminstone nå upp till ett minimum av rättssäkerhet som skall garanteras av vårt rättssystem. Medlingsförfarandet kommer alltså att förlora en del av den snabbhet och flexibilitet som framhålls vara dess fördel. För att undvika att så sker bör medlingen erbjudas som en alternativ process som inte är sammankopplad med domstolen. Det kommer att gynna både den ordinära processen och medlingen. Medling kan vara ett gott alternativ till den ordinära processen men bör inte ersätta den. Den ordinära processen spelar en betydelsefull och oersättlig roll i vårt samhälle. För att medling som alternativ skall fungera tillfredsställande krävs en fullt fungerande ordinär process. För att undvika att den ordinära processen påverkas negativt bör därför medling inte knytas till domstolen. Den ordinära processen riskerar annars att förlora sin auktoritet.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Kommittédirektiv 2005:77, *Alternativa former för tvistlösning vid tingsrätt.*

Proposition 1986/87:89, *Om ett reformerat tingsrättsförfarande.*

SOU 1938:44, *Processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk.*

SOU 1982:26, *Processen i tingsrätt.*

SOU 1994:99, *Domaren i Sverige inför framtiden – utgångspunkter för fortsatt utredningsarbete, Del A.*

SOU 2001:103, *En modernare rättegång.*

SOU 2007:26, *Alternativ tvistlösning.*

Utländskt offentligt tryck

Danmark

Lov nr. 168 af 12.03.2008 *Lov om ændring af retsplejeloven, lov om retsafgifter og arveloven.*

Notat från 6.2.2003: *Notat om en forsøgsordning med retsmægling, Justitsministeriet, Köpenhamn 2003.*

Reform af den civile retspleje V – *Retsmægling* - Betænkning nr. 1481/2006.

Finland

Lag om medling i tvistemål i allmänna domstolar 26.8.2005/663.

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

Norge

LOV-2005-06-17-90, *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).*

NOU 2001:32, *Rett på sak.*

Ot.prp. nr. 51, *Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).*

Litteratur

Alshus, Jon, *Rettsmegling – en form av anarki?*, Advokatbladet, 1999, nr.4 s.29-30.

Austbø, Anne, *Rettsmegling – mediation, Alternativa konfliktløsningsmetoder – særlig om megling*, Lov og Rett, nummer 6, 1998, s. 364-373.

Austbø, Anne, Engebretsen, Geir, *Mekling i rettskonflikter - Rettsmekling, mekling ved advokater og mekling i forliksådene og konfliktrådene, 2:a* opplagan, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo, 2006.

Bernt-Hamre, Camilla, *Rettsmekling*, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, 2004.

Boulle, Laurence, Nesic, Miryana, *Mediation: principles, process, practice*, Butterworths, London, 2001.

Boserup, Hans, Humle, Susse, *Mediationsprocessen*, Nyt juridisk forlag, Köpenhamn, 2001.

Deleuran, Peter, *En ny rolle som dommer*, Lov & ret, Årgång 12, April 2002, nr 2, s. 36-38.

Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, *Rättegång, Första häftet*, 8:e opplagan. Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2002.

Ervasti, Kaijus, *Rättsmedling i Finland*, Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland (JFT), 2006/4, s. 403-410.

Ficks, Erik, *Alternativ tvistløsning för allmän domstol i Sverige*, Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland (JFT), 2007/4, s. 306-323.

Hereide, Dag, *Konfliktmedling*, Studentlitteratur, Lund, 2006.

Hirvonen, Juhani, *Hur passar de nya reglerna om domstolsanknuten medling in i domstolsverksamheten*, Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland (JFT), 2/2007, 119-131.

Knoff, Richard H, *Raskere? Billigere? Vennligere? – Evaluering av prøveordningen med rettsmekling*, RH Knoff AS, Oslo, Mars 2001.

Knuts, Gisela, *Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling*, Soumalainen lakimiesyhdistys, Helsinki, 2006.

Kyvsgaard, Britta, *Midtvejsrapport om evaluering af forsøget med retsmægling*, Justitsministeriet, Köpenhamn april 2004.

Lindblom, Per Henrik, *ADR – opium för rättsväsendet?*, Svensk juristtidning (SvJT), 2006 s. 102-130.

Lindblom, Per Henrik, *Domstolens växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?*, Svensk juristtidning (SvJT), 2004, s. 229-262.

Lindell, Bengt, *Alternativ rättsskipning eller alternativ till rättsskipning?*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2000.

Lindell, Bengt, *Alternativ tvistlösning särskilt medling och skiljeförfarande*, Iustus förlag, Uppsala 2000.

Lindell, Bengt, *Civilprocessen*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1998.

Magnussen, Mads, *Court-sponsored mediation (rettsmekling) – a small step in the wrong direction*, Tidsskrift for forretningsjus, hefte 4 1997, s. 32-66.

Melnæs, Johnny, *Domstoler, rettsmekling og advokater*, Lov og Rett, vol. 45, 10, 2006, s. 577-578.

Roepstorff, Jakob, Kyvsgaard, Britta, *Forsøg med retsmægling – en evalueringsrapport*, Justiteministeriet, København, mars 2005.

Rovsing, Sys, *Skal mediation foregå ved domstolene?*, Advokaten-Medlemsblad for det danske advokatsamfundet, nr 01/07 s. 5.

Internet

Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om vissa aspekter på medling i civilrättsliga tvister:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:SV:PDF>

Grönbok om alternativ tvistlösning inom civil- och handelsrätt:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0196:FIN:SV:PDF>

Europaparlamentets och rådets direktiv om vissa aspekter på medling i privaträttsliga tvister:

http://www.europarl.europa.eu/commonpositions/2008/pdf/c6-0132-08_sv.pdf

Retsplejelagen:

<http://www.themis.dk/synopsis/index.asp?hovedramme=/searchinclude/lovsamling/retsplejeloven.html>

Information om retsmægling på Danmarks domstolars hemsida:

<http://www.domstol.dk/om/reform/Indholdsreformerne/retsmaegling/Pages/default.aspx>

Danska Advokatrådets remissvar:

<http://www.advokatsamfundet.dk/Default.aspx?ID=11687&M=News&PID=0&NewsID=8595>

Remissyttranden

Alingsås tingsrätt, Dnr A 66-2007
Falun tingsrätt, Dnr AD 2007-0061
Gävle tingsrätt
Göteborgs tingsrätt, Dnr 91-07
Hässleholms tingsrätt
Katrinesholms tingsrätt, Dnr TD 2007-0112;51
Linköpings tingsrätt, Dnr 148-07
Malmö tingsrätt
Stockholms tingsrätt, Dnr 2007/0264
Sundsvalls tingsrätt, Dnr AD 2007-0109.
Umeå tingsrätt, Dnr 96-2007
Växjö tingsrätt, Dnr TA 2007-0192
Hovrätten över Skåne och Blekinge
Svea hovrätt, Dnr 334/07
Sveriges Domareförbund

Allmänna reklamationsnämnden, Ärendenummer 2007-3800.
Hyres- och arrendenämnden i Malmö, Dnr HN2007-31
Kammarrätten i Jönköping, Dnr AD 17/2007-0190
Länsrätten i Göteborg, Dnr 144/2007

Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Dnr SU 302-1327-07
Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet, Dnr JURFAK 2007/28.
Luleå University of Technology

Domstolsverket
Justitiekanslern, Dnr 3990-07-80
Konsumentverket, Dnr 2007/2280
Riksdagens ombudsmän, Dnr 2351-2007

Företagarna
Landsorganisationen i Sverige, Dnr 20070382
Näringslivets regelnämnd, Dnr 2007/226
Sammanslutningen för Sveriges Juridiska byråer
Svenskt Näringsliv, Dnr SN 124/2007
Sveriges advokatsamfund, Dnr R-2007/0777
Sveriges Akademikers Centralorganisation/Jusek, Dnr 46/07, Rnr 43.07
Tjänstemännens centralorganisation, Dnr 07-0061
Västsvenska Industri och Handelskammaren