Rättegångsbalken och alternativa tvistlösningsmetoder

Av professor Lars Heuman

1. Inledning

Rättegångsbalken utgjorde en synnerligen välgenomtänkt lagstiftningsprodukt som till stora delar präglades av en strävan att på ett konsekvent sätt genomföra olika processprinciper, t. ex. om omedelbarhet, koncentration och muntlighet. Andra processprinciper av fundamental betydelse som gällt under lång tid, t. ex. den kontradiktoriska grundsatsen, lyftes inte fram, utan har först senare genom Europadomstolens tolkning av art 6 i Europakonventionen kommit att få ökad betydelse i svensk processrätt. I syfte att komma till rätta med de problem som förknippades med det äldre skriftliga-protokollariska systemet kom principerna om koncentration, omedelbarhet och muntlighet att genomsyra de nya förfaranderegelerna, inte minst för att påskynda handläggningen och sätta stopp för förseningar som hade sin grund i beviljade anståndsframställningar. En svaghet var dock att lagstiftningen fokuserades alltför mycket på vissa problem som sammanhängde med bristerna i den äldre processen.

En annan svaghet med processreformen kan ha varit att det nya systemet var oprövat samtidigt som förändringarna på många punkter vara betydande. I detta låg en risk för att verkligheten kunde komma att visa att förfarandet inte fungerade tillräckligt väl i alla avseenden. Talrika lagändringar har också gjorts under det gångna halvseklet föranledda av rättsutvecklingen och den ökade frekvensen av omfattande och komplicerade mål, men också av att den nya processen inte var tillräckligt flexibel på grund av att processprinciperna ursprungligen upprätthölls med en alltför långt driven konsekvens. Huvudregler behöver nästan alltid förses med undantag. Behoven att göra det blev efter hand allt större.

En brist med en relativt teoretisk och oprövad lagstiftningsprodukt kan tänkas vara att användare, dvs. parter, ombud och åklagare, så småningom finner att domstolsförfarandet inte fungerar tillräckligt väl i vissa fall eller på vissa områden. Är bristerna alltför påtagliga och saknar lagstiftaren förmåga eller vilja att komma tillrätta med dem kan andra tvistlösningsformer komma att användas i ökad utsträckning och nya konfliktlösningsmodeller kan växa fram. Ökade krav på smidigare förfaranden kan driva fram helt nya lösningar. Det är möjligt att det inte längre går att egentligen för-

bättra RB:s förfaranderegler på vissa områden, utan att man måste söka nya radikala lösningar.

De alternativa tvistlösningsformerna har i mångt och mycket vunnit sina former under intryck från användarnas önskemål till skillnad från RB:s regler som till stora delar utformats för att fylla statens krav på en effektiv och rättssäker process. Bör nu grundläggande idéer som präglar den alternativa konfliktlösningen prövas när man överväger att reformera RB? Är det inte längre möjligt att gå vidare på de många och små partiella reformernas väg? Bör domstolarna i så fall ges ökade befogenheter att verka för att konkreta mål blir lösta på annat sätt än efter domstolsprövning? Skall målen kunna föras in i nya fållor? Fyller RB de krav som kan ställas för att enkelt och smidigt möjliggöra prövning i alternativ form? Skapar reglerna förutsättningar för att tvisterna snabbt och smidigt skall kunna återföras till en domstol om tvistlösningen inte fungerar på sätt som parterna hoppats? Bör domstolarna i större utsträckning befrias från sådana rättskipningsuppgifter som enklare, billigare och snabbare kan lösas med användning av alternativa metoder? Bör man verka för att domstolarna får ta över rättskipningsliknande uppgifter som idag lagts på andra organ där prövningen sker enligt förfaranderegler som avviker från RB:s? Skall domstolarna söka dra till sig tvister som idag avgörs av skiljemän eller reklamationsnämnden?

2. Rätten att välja domare

Av en genomförd undersökning framgår att näringslivets representanter anser att en av de största fördelarna med skiljeförfarande är att parterna kan välja domare och därmed få en tvist avgjord av personer som de har förtroende för. Det anses vara en svaghet med domstolsförfarande att parterna inte har något inflytande över frågan om vem som skall avgöra målet. I stora tvister rörande betydande värden är rättskipningens kvalitet av största vikt för parterna. De anser naturligtvis att domarna skall vara skickliga, erfarna och kunna handlägga målen snabbt. Parterna väljer ut sina ombud med stor noggrannhet och det är inte slumpen som styr detta val. Däremot bestäms genom lottning vilken domare vid domstolen som skall avgöra ett mål. RB bygger på en fiktion eller ett ideal att alla domare är lika skickliga och att de kan handlägga samtliga mål på ett fullt tillfredsställande sätt. Verkligheten är en annan. Det finns exempel på att domare handlagt komplicerade tvister långsamt av den anledningen att materian känts främmande och att de därför inte gripit sig an problemen tillräckligt snabbt och energiskt. Skriftväxlingen får pågå i en långsam takt utan behövlig processledning. En ängslan och en rädsla kan ibland anas. En part kan inte få domaren entledigad eller utbytt och har

svårt för att framföra ett sådant krav till domstolens chef. Många parter och ombud väntar tålmodigt på att deras mål så småningom skall förberedas och bli avgjorda och tvingas acceptera en alltför långsam handläggning. Ingen av parterna eller deras ombud vill riskera att irritera en domare med krav som motiveras av att hans handläggning kritiseras.

Vid skiljeförfarande är förhållandena annorlunda; skiljemännen har ett tryck på sig. De avlönas av parterna vilket bidrar till att de sköter målen väl. Gör de inte det får de inga nya uppdrag. Och en skiljeman som försenar handläggningen kan med stöd av en bestämmelse i skiljemannalagen entledigas från sitt uppdrag. Även om detta sällan förekommer innebär regelns existens belägg för att man ser annorlunda på problemet än inom domstolsförfarandet: RB innehåller inga bestämmelser om att parterna kan få målet lottat på annan rotel om en domare handlagt ett mål felaktigt eller för långsamt. En domare kan vid förberedelsen ställa krav på partsombuden, och t. ex. ge dem hemläxa. Ombuden kan inte ställa konkreta krav på domaren och fordra att han sätter sig bättre in i rättsläget och ingivna inlagor, när domaren vid förberedelsen avslöjar sin okunnighet. Ombuden kan i praktiken endast framställa önskemål, låt vara på ett bestämt sätt, men knappast med en uttalad eller underförstådd starkt kritisk inriktning.

I de stora målen skulle tvistemålsförfarandet bli mera attraktivt om parterna visste att mycket skickliga domare skulle avgöra deras mål. Ett system med specialdomstolar eller särskilda tvistemålsavdelningar skulle bidra till en bättre rättskipning i de stora kommersiella målen.[1] För dagen gäller dock rotationsprincipen och denna befrämjar inte en maximalt god rättskipning. Handläggningen blir i de stora målen ineffektiv som en följd av att ofta olika domare medverkar vid förberedelsen och huvudförhandlingen. En domares intresse av att effektivt driva handläggningen framåt i ett mycket stort mål minskar om ett rotelbyte skall äga rum inom kort. I skiljetvister är det samma skiljemän som handlägger målet från början till dess slut, vilket är en stor fördel.

3. Principerna om koncentration och omedelbarhet

RB bygger på tanken att ett mål skall vara så väl förberett att det kan avgöras efter en huvudförhandling som skall pågå utan något längre avbrott. I nära anslutning till denna förhandling då domaren alltjämt har ett gott minne och ett färskt intryck av bevisningen skall han avgöra målet. Då RB infördes och målen ofta var relativt begränsade fungerade detta system utmärkt, t. ex. i ett mål om misshandel eller en enkel tvist om ett muntligt avtal slutits. I mycket stora kommersiella mål kan knappast principerna om koncen-

[1] SOU 1995:65 s. 137 ff.

tration och omedelbarhet upprätthållas i realiteten. Också i de stora tvistemålen innebär RB:s regler att avgörandet inte skall grundas på vad domaren kommit fram till vid en *förhandsanalys*. Det är vidare tveksamt i vad mån domen enligt detta ideala system får grundas på *efterhandsanalyser*, t. ex. i fall då domen meddelas två månader efter huvudförhandlingens slut. Dessa analyser kan bestå i att domaren en viss tid efter huvudförhandlingens slut ånyo går igenom bevismaterialet, lyssnar till band eller studerar sina anteckningar eller läser skriftliga inlagor, sakkunnigutlåtanden och skriftliga bevis. Gör han då förnyade överväganden kan den under huvudförhandlingen presenterade utredningen få en ny och intressant innebörd som partsombuden inte tänkt på och heller inte kommenterat under förhandlingen. Domen kan då komma att grundas på något annat än de intryck domaren fick omedelbart vid huvudförhandlingen.

I komplicerade mål måste ett rationellt beslutsfattande tillgå så att domaren bildar sig en förhandsuppfattning och att han i efterhand gör nya och fördjupade analyser. Domaren kan inte komma oförberedd till huvudförhandlingen. Beslutsfattandets kvalitet skulle kanske kunna höjas om parterna fick större möjligheter till inflytande just på de stadier av beslutsfattande före och efter huvudförhandlingen då domaren överväger problemen. Detta skulle kunna ske genom att domaren strax före huvudförhandlingen anger vilka problem han finner vara besvärliga och vilka rättsfall som är av betydelse. Också efter huvudförhandlingen skulle parterna kunna ges tillfälle att på domarens begäran komma med kompletterande skriftliga uppgifter i de frågor där domaren känner stor tvekan. Denna handläggningsform med ”post hearing submissions” skulle kunna göras beroende av att parterna träffat avtal därom på sätt de kan göra i skiljetvister. Möjligen skulle parternas processföring kunna begränsas något om ombuden visste att de skulle få vissa anvisningar om utredningen borde begränsas respektive utvidgas på vissa punkter.

Koncentrationsprincipen har en processekonomisk funktion. När målet är förberett skall all utredning förebringas vid en huvudförhandling och parternas ombud skall vara så väl pålästa att de kan kommentera allt vad som anförs av motparten och dennes vittnen. Reglerna bygger på detta ideala tillstånd. Men i verkligheten är de svåra målen inte till fullo förberedda för avgörande när tingsrätten liksom partsombuden uttalat att de anser att målet är förberett för avgörande. Kort före huvudförhandlingen måste domarna, ombuden och parterna läsa på målet mycket noga och förbereda sig väl. Ofta kommer då nya aspekter fram. Detta är delvis förståeligt. Vill man trycka på rättssäkerheten är det viktigt att partsombuden får tillfälle att komma med nya synpunkter och nytt material

och att inte låta preklusionen slå till.[2] Ur rättssäkerhetssynpunkt är det en stor fördel att målen kan överklagas och att partsombuden med ledning av tingsrättens domskäl kan föra fram nya synpunkter och nytt material, vilket ju dock ofta inte är möjligt i en hovrättsprocess där preklusionsregeln i RB 50:25 kan hindra en part från att förbättra sin processföring i avgörande hänseenden. Beskär man alltför mycket parternas möjligheter att ändra talan och att inför huvudförhandlingen åberopa ny bevisning kan tvistemålsprocessen alltmer få karaktären av ett eninstansförfarande och förete större likheter med skiljeförfarandet. Man kan fråga sig om dessa båda tvistlösningsformer bör vara olika och erbjuda parterna skilda fördelar.

Det är en nackdel att ingen bevisupptagning kan äga rum under förberedelsen, t. ex. när det är avgörande för om käranden skall återkalla sin talan, om parterna kan förlikas eller om bevisningen kan begränsas sedan ett nyckelvittne hörts. RB tillåter inte detta och det hänger samman med koncentrationsprincipens tänkta processekonomiska funktion: bevisning skall bara förebringas om sådana sakförhållanden som efter förberedelsen befunnits vara stridiga.[3] I själva verket kan RB:s stela regler få negativa processekonomiska verkningar. I skiljetvister uppställs inte några förbud mot bevisföring på olika stadier utan handläggningen kan försiggå i de former som parterna finner ändamålsenliga. I dessa avseenden finns knappast någon anledning att låta förfarandena behålla sin särart. De bör införas regler i RB som gör det möjligt att i undantagsfall genomföra bevisupptagning under förberedelsen, i vart fall om parterna samtycker till det eller är beredda att stå för domstolskostnaderna.

4. Principerna om muntlighet och omedelbarhet

RB bygger på att skriftligt processmaterial skall läsas upp vid huvudförhandlingen för att kunna läggas till grund för domen. I omfattande mål kan uppläsningen vara tröttande och det är bättre om domaren på förhand kan studera handlingarna och göra kompletterande analyser efter förhandlingens slut. RB 43:8 3 st. medger att skriftliga bevis studeras på förhand och att långa uppläsningar kan undvikas. Bestämmelsen i RB 43:5 innebär att en muntlig sakframställan skall göras även om den kommer avse sådant som gåtts igenom vid förberedelsen och behandlats ingående i parternas inlagor. Inte ens med parternas samtycke kan en advokat nöja sig med att hänvisa till inlagor som rätten skall studera på förhand. I skiljetvister förekommer emellertid att man underlåter att upprepa vad som framgår av inlagor. På detta sätt kan förhandlingstiden begränsas. Många komplicerade frågor lämpar

[2] Jfr SOU 1995:65 s. 163 ff.
[3] Heuman, Vänbok till Robert Boman s. 145 ff.

sig bättre för skriftlig än för muntlig framställning. Ofta kan det vara lättare för en domare att tillgodogöra sig en redogörelse för komplicerade förhållanden genom att han studerar inlagor i ställer för att lyssna till en muntlig framställning som ibland kan vara svårtillgänglig eller forcerad.

5. Nya förlikningsmetoder

Förlikningsverksamheten vid domstolarna är av *judiciell karaktär*. Först sedan parternas ståndpunkter är kända och olika tvistefrågor behandlats under förberedelsen gör domaren vanligtvis förlikningsförsök. Möjligheten att få fram uppgörelser bygger i stor utsträckning på hur partsombuden lyckats bygga upp de rättsliga styrkepositionerna och hur parterna uppfattar dessa. Det finns en påtaglig risk för att båda parter överskattar möjligheten att vinna processen och lyckas inte ombuden eller domaren att få parterna att se mer realistiskt på deras möjligheter att vinna en process kan det vara svårt att förlika ett mål. På mer eller mindre subjektiva grunder kan de komma att stå allt för långt i från varandra. Bland advokater och domare finns visserligen en medvetenhet om detta problem, men metoderna för att få parterna att tänka om är inte alltid så utvecklade. Ett skäl därtill är att en domare skall ägna sig åt rättskipningsuppgifter och att det är svårt för domaren att få en uppfattning om vilka mer eller mindre ovidkommande faktorer som får en part att hysa en övertro om möjligheten att vinna ett mål. Det är möjligt att domaren med hänsyn till förberedelsens judiciella karaktär har svårt att inta en helt ny roll där uppgiften är av mera psykologisk art och består i att med en skicklig utfrågningsteknik söka få fram sådana synpunkter som medvetet eller omedvetet påverkar partens subjektiva inställning och skapar låsta positioner. Ofta kan inte några öppningar skapas utan att man först avlägsnar dessa hinder för en uppgörelse. Detta kan kräva att domare, medlare och ombud ges en fördjupad utbildning. I Sverige finns ännu inte några omfattande praktiska utbildningsprogram. Den ökade förekomsten av sådana konferenser och framväxten av särskilda medlingsinstitut, som utformat förlikningsreglementen, tyder på att det ännu finns en inte utnyttjad utvecklingspotential här i landet.

Stockholms Handelskammares planer på att starta en organiserad medlingsverksamhet är lovvärda, men det är oklart om verksamheten i någon mån kan komma att samordnas med domstolarnas. De antagna reglerna om medling innehåller en principiell nyhet. En brist med medling är att träffade förlikningar inte blir exigibla, vilket är av stor betydelse om en part trots den träffade frivilliga uppgörelsen underlåter att fullgöra sina skyldigheter. Enligt reglementet kan medlaren efter en träffad förlikning utses till skil-

jeman. Därmed får han behörighet att fastställa förlikningsavtalet i en skiljedom som blir verkställbar till den del avtalet innehåller ålägganden för parterna.

I stora och komplicerade tvister kan en judiciell förlikningsverksamhet kräva ett omfattande arbete från partsombudens sidan. Men också en domare eller en utsedd medlare kan behöva lägga ned stor tid på en tvist om alla bevis- och rättsfrågor skall utredas i någon mån innan de egentliga förlikningsdiskussionerna inleds. Det är möjligt att ett sådan arbete inte förbättrar möjligheterna för partsombuden att förutse utgången av en framtida rättegång. Ur kostnadssynpunkt kan det då vara en fördel om den rättsliga tvisten enbart ses som en intressetvist och förlikningssamtalen endast tar formen av en ekonomisk förhandling. Därvid skulle samtliga inblandade söka bortse från de komplicerade juridiska frågorna och inrikta sig på att diskutera beräknade vinstmarginaler, riskerna för kommersiella förluster, parternas totala kostnader för en domstolsprövning, omfattningen och det ekonomiska värdet av sådant arbete som aldrig kan ersättas inom ramen för rättegångskostnader, det ekonomiska värdet av att en tvist löses tämligen omgående genom en förlikning i stället för att bli prövad av domstol. Parterna kan enas om att inledningvis föra förlikningsdiskussioner enbart i sådana ekonomiska termer, där hänsyn också kan tas till sådana svårbevisade och betydelsefulla indirekta kostnader som knappast kan bli föremål för prövning vid en process.

Skall förlikningsarbete drivas kraftfullare efter amerikansk modell är det inte uteslutet att domaren i strid mot den grundläggande kontradiktoriska principen har enskilda överläggningar med vardera parten, där denne kan avge ett förlikningsbud och mera fritt tala om vilka hinder han ser för en uppgörelse. Det kan också ifrågasättas om ombudsnärvaron någon gång kan hindra eller försvåra förlikningar. Det torde för närvarande inte accepteras att rätten söker förmå parterna att godta överläggningar i ombudens frånvaro. Om diskussionerna inte omfattar juridiska frågor kunde man tänka sig att förhandlingar fördes i ombudens frånvaro, t. ex. i syfte att skapa någon första öppning. Vikten av att beslutskompetenta personer deltar vid diskussionerna kan inte nog understrykas. Förlikningsförsöken kan rinna ut i sanden om partsföreträdarna måste höra med sina styrelser om ett bud kan godtas. I vart fall kan förhandlingarna tappa i tempo och redan detta kan bidra till att en medlare förlorar möjligheten att få parterna att träffa en uppgörelse. Att skapa tidspress utgör ofta ett effektivt instrument för att öka trycket på parter som har en viss förlikningsvilja.

I ett avseende saknas regler i RB som skulle kunna främja förlikningsverksamheten, inte minst det institutionaliserade utomrättsliga medlingsarbetet. För parterna är sekretessen av oerhörd vikt.

Skall det skapas förutsättningar för att parterna deltar ärligt, konstruktivt och öppenhjärtigt i diskussionerna måste de kunna förlita sig på att inte något som sägs av dem eller eventuellt inkallade vittnen eller experter kan åberopas vid en rättegång för de fall någon förlikning inte kan träffas. En tystnadsplikt för alla de inblandade kan grundas på avtal, t. ex. en föreskrift i ett förlikningsreglemente. Avtalade tystnadsplikter får emellertid vika för rättskipningsintresset. Som huvudregel måste gälla att inga kan undandra sig vittnesplikt genom att helt enkelt träffa ett tystnadspliktsavtal. En part skulle annars få alltför stora möjligheter att hindra rättvisans gång. Emellertid bör sådana tystnadspliktsavtal tillmätas giltighet i rättegångar när de avser uttalanden som gjorts under förlikning- och medlingsdiskussioner. För närvarande gäller endast förbud för advokater att åberopa förlikningserbjudanden, men förbudet i de vägledande reglerna för god advokatsed är alltför begränsat, eftersom det inte gäller andra uttalanden en part gör i förtroende under förlikningsdiskussioner.[4] Vidare gäller inte något förbud för andra jurister än advokater och deras biträden. Parterna själva kan under en process föra fram erbjudanden som motparten lämnat. Ofta sägs att det spelar mindre roll om en part åberopar ett bud, eftersom det knappast kan ha något bevisvärde. Andra mera preciserade uttalanden om konkreta förhållanden kan ha stort bevisvärde och sanningshalten av det återgivna uttalandet gjort under förlikningssamtalen kan kanske inte ifrågasättas om det återger sakförhållanden på ett detaljerat sätt.

RB bör innehålla en regel om att en part inte under rättegång får åberopa några uttalanden som gjorts under förlikningsdiskussioner eller medling. En sådan bestämmelse hindrar inte en part från att under en rättegång söka bevisa sådana sakförhållanden som motparten redogjort för under medling. Detta måste nog gälla också om parten fick kännedom om förhållandena just under medlingen, men senare fått möjlighet att bevisa dem på annat sätt än genom förhör med motparten. Inför denna risk kan naturligtvis en part finna det angeläget att under förlikningsdiskussioner inte lämna några upplysningar om sådana fakta som motparten saknar kännedom om. Detta är emellertid inte något som i nämnvärd mån behöver försvåra förlikningsarbetet eller göra det onödigt att införa en lagregel om att tystnadsplikten skall gälla i rättegång.

6. Plea Bargaining

Enligt rättsstatliga ideal skall alla misstänkta behandlas lika och påföljden skall i brottmål alltid bestämmas med ledning av straffvärdeprincipen. En övermäktig arbetsbörda har lett till att många

[4] Jfr Heuman, SvJT 1991 s. 87 ff.

misstänkta ekonomiska brott aldrig blir utredda. Polisen och åklagaren har blivit kritiserade för att de i alltför hög grad ”löser sina uppgifter” genom att låta ärendena ligga obehandlade intill dess de kan skrivas av enligt reglerna om åtalspreskription.

I andra länder där brottsligheten har än större omfattning än i Sverige har verkligheten drivit fram system med plea bargaining. Detta innebär att åklagaren utfäster sig att inte driva en förundersökning vidare beträffande vissa misstänkta brott eller att endast utkräva en viss lindrigare påföljd gentemot att den misstänkte erkänner en gärning. I många länder där systemet inte vunnit erkännande i lag förekommer likväl i det fördolda olika former av uppgörelser. Också i Sverige där plea bargaining inte tillåts enligt RB, träffar försvarare och åklagare olika uppgörelser, låt vara att de inte är rättsligt bindande i strikt mening om frågan skulle ställas på sin spets.

Fördelarna med plea bargaining är att det blir lättare att utreda vissa brott och polisens resurser kan då användas effektivare t. ex. för att klara upp andra brott. Vidare får man fram fler fällande domar, vilket är av särskild betydelse om alternativet är att preskription annars inträder. Nackdelarna är uppenbara. Den som har lyckats anlita en skicklig advokat kan kanske förhandla sig till en lägre påföljd än andra misstänkta kan göra i likartade fall. Förhandlingarna kan komma att ske mellan åklagaren och försvararen över den misstänktes huvud, utan att han ges förutsättningar att uttrycka sina personliga synpunkter. Han kanske alls inte vill godta den påföljd som försvararen tycker sig ha förhandlat fram med stor framgång. Målsägandenas intressen tas inte tillvara. Det finns risk för att åklagarna inte kan utbilda en enhetlig praxis.

Införs systemet kräver flera viktiga frågor sin lösning: Finns det risk för att oriktiga erkännanden pressas fram och hur skall erkännandenas riktighet prövas? Krävs det stora utredningsinsatser för att pröva erkännandet går delvis fördelarna med systemet förlorade. Måste en ingången uppgörelse med en misstänkt presenteras för andra medåtalade? Kräver offentlighetsprincipen att åklagaren redovisar uppgörelsens innehåll vid huvudförhandlingen, t. ex. då en misstänkt fått en straffrabatt, men hans uppgifter är av betydelse för bedömningen av åtal som väckts mot medmisstänkta.

Att införa plea bargaining systemet i Sverige innebär att man bryter med rättsstatliga principer. Emellertid måste man komma ihåg att redan den nuvarande ordningen kan tänkas bryta mot principerna om lika behandling genom att vissa misstänkta kan undgå straff när de planlagt sin brottsliga verksamhet på ett sådant sätt att utredningssvårigheterna blir alltför stora. Blir andelen outredda och preskriberade brott alltför stor och växer det fram ett massivt misstroende kan verkligheten tvinga statsmakterna att ta nya radikala grepp. Frågan är närmast om vi nått fram till en så allvarlig

situation eller om man skall blunda för missförhållandena eller göra några smärre ändringar som knappast råder bot på bristerna med den nuvarande ordningen som i verkligheten inte fyller de rättsstatliga idealen med krav på likabehandling. Frågan är kanske mogen för att övervägas närmare.