

ADR — opium för rättsväsendet?

Synpunkter på alternativ tvistlösning och valfri civilprocess¹

”However, ADR is a double edged sword. Where the justice system does not work well, in the worst case scenario, ADR would become a device for repressing the realization and enforcement of people’s rights. As a result, ADR might degenerate itself into a deadly weapon to destroy democratic free societies. At best, it would only offer second class justice to the people.”²

Av professor PER HENRIK LINDBLOM

”Alternative dispute resolution” (ADR) brukar betecknas som den tredje vägen i den internationella access to justice-rörelsen. Utvecklingen har accelererat världen över och den tredje vägen hotar nu att växa till en tsunami. Alternativ till vanlig domstolsprövning används allt oftare både utom och inom domstolarna. Det kan handla om privat medling, skiljeförfarande, nämndprövning, ”rent a judge”, etc., men också om domstolsanknuten medling, förenklade processformer, ansökan om säkerhetsåtgärder som tvistemålssubstitut m.m. Frågan är om detta är en sund utveckling eller ett symptom på att den ordinarie civilprocessen är svårt sjuk. ADR kan endast uppfylla en av tvistemålsprocessens fem funktioner och har betydligt fler nackdelar än fördelar. Bör ADR ses som opium för lagstiftaren, ett överbelastat rättsväsende och den rättssökande allmänheten? Just nu utreds i Sverige möjligheterna att införa en fristående, förenklad och valfri civilprocess (VCP) vid domstol. Är VCP ett motgift eller blott ett (fåfängt?) försök att undfly de rättssäkerhetsgarantier grundlag, Europakonventionen om mänskliga rättigheter och EG-rätten ställer? Är det dags att sänka dessa traditionella krav? Kommer domstolarna eller de privata aktörerna att vinna kampen på tvistlösningsmarknaden? Bör staten hålla tassarna borta från ADR?

¹ Uppsatsen baseras på min inledning vid ett seminarium i Florens i november 2005. Seminariet ingick i en serie, *Access to Justice: Efficiency, Quality and ADR*, ett forskningsprojekt bekostat av det italienska utbildningsdepartementet och under ledning av professorerna Vincenzo Varano och Nicolò Trocker vid universitetet i Florens. Inledningarna kommer så småningom att publiceras på engelska i bokform. Jag tackar deltagarna, särskilt Vincenzo Varano, Nicolò Trocker och Filippo Valguarnera, för givande diskussionsinlägg vid seminariet. Tack även till Bengt Lindell som förmådde mig att utarbeta en version på svenska och kommit med intressanta synpunkter på flera av de frågor som diskuteras i det följande.

² K. Hagiwara, ”The Justice System Reform and ADR in Japan”, Festskrift till Per Henrik Lindblom (red. T. Andersson & B. Lindell), 2004, s. 244. — Citatet är onekligen tillspetsat och skall ses mot bakgrund av situationen i Japan med ett starkt begränsat antal domare (omkring 2 300) och stort inflytande för s.k. quasi-lawyers. Hagiwara erinrar också (s. 233) om Kim Dae Jungs ord: ”I en demokratisk stat håller media och domstolarna i nycklarna till demokratins öde”. Han pekar på vad som hände med rättsväsendet under kulturevolutionen i Kina och på de ansträngningar som nu görs där ”to reconstruct a normal justice system”.

1 AtJ och ADR

1.1 Bakgrund och disposition

Den akademiska debatten om Access to Justice (AtJ) har sina rötter i Florens. Där växte begreppet AtJ fram för att sedan blomstra världen över. Enligt min uppfattning var detta det viktigaste som hände inom den internationella processrätten under den andra halvan av 1900-talet. Effekterna visade sig långt ute i provinserna. Äntligen fördes den — åtminstone i Sverige — så tyskdominerade, superteoretiska och tekniska processrättsdoktrinen närmare samhället och den enskilde medborgarens vardag: "Towards a justice with a human face!"³

Tidigare hade civilprocessen setts enbart från domarnas och, i någon mån, advokaternas synpunkt och/eller som ett intellektuellt glaspärlespel i Herman Hesses anda: vackert, krävande och intressant, javisst, men otillräckligt och stundom världsfrånvänt. Nu lyftes medborgarperspektivet in i debatten vid sidan av, kanske rent av framför, domarperspektivet och den dogmatiska analysen.⁴ Detta synsätt uteslöt dock givetvis inte de övriga; i det nya årtusendet behövs de alla om man eftersträvar både bredd och djup i diskussionen om tillgängliga och välfungerande domstolar.

Ända sedan jag som nationalrapportör kom i kontakt med Mauro Cappelletti och Bryant Garth inför världskongressen i Würzburg för drygt tjugo år sedan (1983) har AtJ-diskursen intagit en viktig plats i min forskning. Det har då främst handlat om "the second wave of the AtJ-movement", dvs. sådana frågor som aktualiseras av den så ofta bristande balansen mellan parterna i rättegången, t.ex. grupptalan och andra processuella spörsmål om "the protection of collective, diffuse and fragmented interests".⁵

"Fragmenterade intressen"? Det låter som något av ett postmodernt credo. Man kan tro att det handlar om en dekonstruerad processrätt!

³ Detta var samlingsnamnet för "The first International Congress on the Law of Civil Procedure", se kongresshandlingarna publicerade under detta namn av Kluwer förlag 1978. — Åran för denna betydelsefulla utvidgning av den processrättsliga diskursen tillkommer i första hand Mauro Cappelletti (1927–2004), Florens och Stanford. Cappelletti identifierade, diskuterade och initierade fortsatt forskning om tre "nya" dimensioner i samtida processrätt: den konstitutionella, den sociala (AtJ) och den trans(-super)nationella. Se M. Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 1989, och om detta arbete min bok *Studier i processrätt*, 1993, s. 63 ff.

⁴ Jfr SvJT 2002 s. 1 ff. Det finns anledning att erinra om att det allmännas intresse inte alltid överensstämmer med vad som är bäst för parterna, se E. Hällströmer, *Konsumentprocess om mindre värden — en omöjlighet?*, examensarbete vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet, höstterminen 2004 s. 48. Uppsatsen finns tillgänglig på Internet, adress <http://www.alumn.uu.se/jurist>. Tilläggas kan att allmänhetens förtroende för domstolarna inte alltid är detsamma som parternas, se G. Lambertz, "Förtroendet för rättsväsendet", *Festskrift till Per Henrik Lindblom* (ovan not 2) s. 372.

⁵ Se särskilt *Grupptalan*. En studie av det anglo-amerikanska class actioninstitutet ur svenskt perspektiv, 1989 (omtryckt 2002), uppsatssamlingen *Progressiv process*, 2000, s. 305 ff., *Lagen om grupprättegång — bakgrund och framtid*, SvJT 2005 s. 129 ff. samt boken *Grupptalan i Sverige. Bakgrund och kommentarer till lagen om grupprättegång* (utkommer senhösten 2006).

Men dekonstruktion är inget nytt, det har vetenskapen alltid sysslat med, ofta som ett första led i forskningsprocessen. Och numera är det inte bara omodernt att vara modern utan på väg att bli omodernt även att vara postmodern. Jag ser AtJ-begreppet, inte minst den andra vågen med dess inriktning på nya grupper och deras intressegemenskap, som en av de verkligt stora processuella idéerna och "berättelserna" i vår tid. AtJ-doktrinen kan — liksom t.ex. liberalismen, marxismen och kristendomen — framträda med ambitionen att strukturera och förklara, om inte allt, så åtminstone åtskilligt inom sitt område. Kalla mig gärna den siste modernisten;⁶ AtJ bottnar i moderniteten och snart är det nog åter modernt att vara modern. Vi behöver alla något att tro och bygga på, så även vid konstruktion och rekonstruktion av processen i våra domstolar. Och frågor om AtJ kommer förhoppningsvis aldrig att bli omoderna.

Men det är inte spørsmål inom den andra vågen av AtJ som skall diskuteras den här gången, inte heller den första vågen, dvs. rätts hjälp, rättsskyddsförsäkring, kunskapsbrister, psykologiska hinder för process, de juridiska yrkesrollerna osv. Jag inbjuder i stället läsaren att för en stund surfa med på den tredje vågen: alternative dispute resolution, ADR.

Uppsatsen består av fyra delar. Just nu befinner vi oss inne i Del 1, som innehåller några definitioner samt allmänna synpunkter på bakgrunden, dagsläget och aktuella trender inom ADR. I Del 2 kommer jag att beröra förhållandet mellan ADR och civilprocessens funktioner samt räkna upp den alternativa tvistlösningens för- och nackdelar. Även i detta parti håller jag mig på ett allmänt plan. Del 3 däremot ägnas helt åt utvecklingen inom domstolsanknuten ADR i Sverige. Jag inriktar mig särskilt på direktiven för den statliga kommitté som just nu utreder möjligheterna att införa en helt ny typ av frivillig alternativ domstolsanknuten tvistlösning. Del 4 innehåller, utöver en kort sammanfattning, ett antal provokativa frågor och påståenden.

1.2 Varningar och farhågor

Det finns här anledning att utfärda en varning för att jag möjligen brister i neutralitet då det gäller ADR. Jag har länge oroat mig för den ibland onyanserade, för att inte säga aningslösa, förtjusning ADR väckt och i ökande grad väcker på många håll världen över.⁷ Bland po-

⁶ Jfr B. Wennström, *Rättens kulturgräns*, första upplagan 2001, s. 127. Frågan idag är snarare vem som skall komma att leva upp till beteckningen den siste postmohikanen i vårt land. Och när kommer stigfinnarna och hjortdödarna att leta sig fram till nyrenässansen och neobarocken inom juridiken? Betr. de stora berättelserna inom processrätten se Knuts (nedan not 50 a.a.) s. 28 f. och 252 samt nedan vid not 95.

⁷ Se dock ovan not 2, O. Fiss, "Against Settlement", 93 *Yale Law Journal* (1984) s. 1073 ff., M. Cappelletti, B. Garth, N. Trocker, "Access to Justice", *RabelsZ* 1982 s. 697 ff., E. Brunet, "Questioning the Quality of Alternative Dispute Resolution", 62 *Tulane Law Review*, November 1997, s. 1 ff. och J. Resnik, "For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication," 58 *U. Miami L. Rev.*, 2003, s. 173 (internetversionen).

litiker handlar det nog ofta om en lättnad över att finna ett sätt att bli kvitt problemen att förse domstolarna med tillräckliga resurser. Dessutom tvingas man hörsamma rekommendationer och påtryckningarna från Europarådet och EU om ökad användning av ADR.⁸ Bland advokater tror jag att framgångarna för alternativ tvistlösning till viss del har att göra med att det är fråga om en lönsam bransch med stor och växande ekonomisk potential. Samtidigt vill domarna gärna minska sina målbalanser och överlåta jobbet på någon annan eller själva utföra det på fritiden som välbetalt extraknäck. Det gäller till och med ledamöterna i högsta domstolen i flera länder.⁹ Inte heller vi rättsvetenskapare torde vara okänsliga för de ekonomiska aspekterna; här finns rika möjligheter att åka världen runt — till exempel till Florens! — för att forska och predika. Kanske kan man till och med själv göra sig en hacka som skiljeman eller medlare.

Möjligen är allt detta orättvisa beskyllningar. Allvarligast är nog att framgångarna för ADR sannolikt mer har att göra med den ordinarie domstolsprocessens brister än med alternativens förtjänster i sig. Så hörs t.ex. framstående jurister från Holland ibland med förtjusning berätta om sitt "kort geding". Ungefär en fjärdedel av alla domstolstvister rörande mer än 5 000 euro klaras av på detta sätt. Avgörandena, som kan grundas även på icke-rättsliga faktorer, fungerar som exekutionstitel men saknar rättskraft. Trots detta går endast fem procent av fallen vidare till ordinär process; det provisoriska avgörandet blir slutligt. Liknande alternativa tvistlösningsformer finns i bland annat Belgien, Luxemburg och Frankrike och framhålls numera även i andra länder som något av ett föredöme.

I Sverige används stundom förfarandet enligt 15 kap. RB på ett liknande sätt.¹⁰ Avsikten med t.ex. kvarstadsinstitutet var ursprungligen att säkra verkställighet av en kommande dom i målet. Men idag används ansökan om säkerhetsåtgärder i ökande uträkning som ett tvistemålssubstitut, en form av ADR, där parterna i stor utsträckning accepterar avgörandet som ett slut på processen. På så sätt tränger man sig före i kön vid domstolen. Man uppnår en summarisk expressprövning som ofta förutsätter ett byte av rättstillämpningsmetod. En strikt tillämpning av materiell rätt ersätts med en kombination av förenklad lagtillämpning och översiktlig intresseavvägning, präglad av proportionalitetstänkande, ofta med prospektiva drag. På sikt aktualiseras rent av behov att göra om den materiella rätten för att den skall

⁸ Se vidare nedan avsnitt 3.2.

⁹ Se SvJT 2004 s. 21 med not 36 och 37 och där gjorda hänvisningar samt nedan vid not 55.

¹⁰ Många av de följande formuleringarna i detta stycke har hämtats från P. Westberg, *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål*. Bok 1–4, 2004 (citeras Westberg 2004), Bok 1 s. 22 och Bok 4 s. 344–348. Se även betr. förhållandet mellan intressen och rättigheter densamme, "Från statlig till privat rättskipning", *Festskrift till Hans Ragnemalm* (red. M. Elisason, G. Regner och H-H Vogel), 2005, (citeras Westberg 2005) s. 348 med not 3. Betr. frågan om artikel 6.1 vid ansökan om säkerhetsåtgärder se nedan not 92.

passa expressförfarandet. Frågan är dock om det är processen som bör anpassas efter den materiella rätten eller tvärt om.¹¹

Hur står det då till med den ordinära processen? Varför duger inte den? Är alternativens blomstrande hälsa ett allvarligt symptom på att den ordinära civilprocessen är svårt sjuk? Och kan verkligen de ibland vildvuxna avkomlingarna i ADR-familjen fullgöra alla moderprocessens funktioner? Vad vi bevittnar är kanske inte ökad *access to justice* i strikt mening utan en medveten *escape* from justice, anbefalld av högre makter, med domare, advokater och professorer som aktörer på den lukrativa tvistlösningsmarknaden. Är ADR ett opium som EU, staten och näringslivet tillhandahåller för att söva rättsväsendet och den rättssökande allmänheten så att man inte känner saknaden efter ”real, equal, efficient and qualitative AtJ” vid domstolarna?¹²

Processuell paranoia? Kanske det. Men det är numera sällan man hör någon tala om ADR:s brister — än mindre om hur de kan avhjälpas — eller om fördelarna med ordinär civilprocess (låt oss kalla den OCP). Bäst är naturligtvis om båda är bra och det ena behöver inte utesluta det andra. En sund alternativ tvistlösning förutsätter dock att parterna har realistiska möjligheter att vid behov — t.ex. vid tredska eller oanständiga förhandlingsbud — välja den ordinarie domstolsvägen. Civilprocessen, liksom nästan allt annat, mår bra av komplement och fri konkurrens. Men valet mellan OCP och ADR bör inte vara ett val mellan pest och kolera. Hur är det med den saken idag?

Jag vill medge att ADR har vissa förtjänster och att min syn på ADR har förändrats något i positiv riktning under arbetet på denna uppsats. Självfallet är det ofta en fördel om ordinarie process kan undvikas. Men jag uppfattar det som min roll den här gången att spela slaven på triumfvagnen som, när jublet stiger från mängden, lutar sig fram och viskar i kejsare ADR:s öra: minns att även du är dödlig! Jag drar mig inte för att vara polemisk och orättvis. Det finns säkert andra som är beredda att stå upp till försvar för ADR. På så sätt kan vi få en debatt styrd av de principer som bör prägla modern tvistlösning: ackusation, kontradiktion, offentlighet, muntlighet, omedelbarhet, koncentration, effektivitet, kvalitet, ”equality of arms” och en rätt till omprövning, allt i den anda som präglar bland annat Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (EKMR) och EG-rätten.

ADR utmärks sällan av dessa principer. Och kanske är det just sådana rättssäkerhetsgarantier man vill slippa undan i Sverige när man nu efter uppmaningar från Europarådet och påtryckningar från EU siktar på att släppa nya former av ADR ända in i domstolarna.¹³ Där skall svaga parter under sken av frivillighet ges möjlighet att avstå från sina materiella och processuella rättigheter. Eller är det fråga om en

¹¹ Jfr Brunet (ovan not 7) s. 30. Vad gäller ADR och utvecklingen av materiell rätt jfr Hällströmer (ovan not 4) s. 49 samt betr. civil och common law, P. H. Lindblom, *Processhinder*, 1974, s. 25.

¹² Betr. *access to justice* se ovan i not 5 angivna arbeten med hänvisningar.

¹³ Se vidare nedan avsnitt 3.2 och avsnitt 4.

vällovlig ambition från statsmakterna att anlägga ett medborgarperspektiv med realistiska rättssäkerhetskrav och samtidigt hävda det egna reviret i tvistlösningslandskapet? Jag återkommer till det.

1.3 Termer, begrepp och definitioner

En vanlig precisering av begreppet ADR i den internationella diskussionen är "alternatives to and inside judicial procedure".¹⁴ Även vad gäller straffprocessen förekommer världen över en diskussion om alternativ, t.ex. medling, och "restorative justice".¹⁵ Jag bortser emellertid från brottmål i det följande. Däremot tillåter jag mig att använda ordet alternativ i pluralis trots att det säkert retar någon språkpolis. Vidare tar jag med några undantag (t.ex. obligatorisk medling vid domstol) endast upp alternativ som är *valfria*, dvs. som parterna inte tvingas använda. Därmed faller t.ex. specialdomstolarna och småmålsprocessen, men inte ansökningar om betalningsföreläggande eller civilprocessuella säkerhetsåtgärder, utom ramen för ämnet, åtminstone i Sverige. Kan en tvist endast handläggas vid t.ex. Arbetsdomstolen eller Marknadsdomstolen eller enligt särskilda regler för småmål handlar det inte om ADR. Finns det inget alternativ till alternativet är alternativet inget alternativ.

Exempel på ADR med den innebörd jag nu givit begreppet kan, som framgått, återfinnas både inom och utom domstolarna. I Sverige är det, än så länge, främst utomprocessuella alternativ som kommer i åtanke, t.ex. skiljeförfaranden samt statliga och privata nämnder. Däremot förekommer både medling och förlikningsförhandlingar såväl utom domstol som i eller i anslutning till ordinär process. I andra länder, som t.ex. i USA, tillkommer dessutom en mängd varianter av privat ADR som rent-a-judge, mini-trial, special masters, early neutral evaluation, summary jury trial, final offer arbitration, neighborhood justice centers, online dispute resolution osv.¹⁶

Det är alltså förfaranden av alla dessa slag som jag innefattar i begreppet alternativ tvistlösning. En annan sak är att ADR är så dominerande och ordinär civilprocess (OCP) så ovanlig på vissa rättsområden att det snarare är domstolen som är det alternativa tvistlösningsorganet, ett alternativ som ytterst sällan kommer till användning.¹⁷ I viss mening har det alltid varit så. Allt sedan tidernas begynnelse har den stora majoriteten tvister avgjorts utanför domstolarna. Man ger frivilligt upp sitt anspråk eller undviker på annat sätt konfrontation (avstående och "avoidance") eller försöker genom förhandlingar och andra former av utomprocessuell förlikning, medling, skiljeförfarande etc. nå fram till en frivillig uppgörelse. Bra är väl det; annars skulle

¹⁴ Så t.ex. i det ovan i not 1 angivna projektet.

¹⁵ Betr. "restorative justice" se t.ex. G. Johnstone (ed.), *A restorative Justice Reader. Text, sources, context*, 2003. Litteraturen på detta område växer f.n. explosionsartat.

¹⁶ Se B. Lindell, *Alternativ tvistlösning*, 2000, s. 26 ff.

¹⁷ Se P. H. Lindblom, *Studier i processrätt*, 1993, s. 83 ff.

domstolarna dränkas av tvister och samhället förlamas. Men frågan är hur långt avlöningen och privatiseringen inom rättsväsendet kan drivas innan domstolarna förlorar förmågan att rätt spela sin viktiga samhällsroll och många års strävan efter en reell och jämlik AtJ måste uppges.

1.4 *Privatisering och politisering*

Kanske har en reaktion mot privatiseringen och avregleringen av tvistlösningen redan inträtt. Den alternativa tvistlösningen sträcker sig förvisso över gränsen mellan formell och materiell rätt, vilket bidrar till att frågor om både materiella och processuella begränsningar i parternas handlingsfrihet aktualiseras i ökande grad.¹⁸ Man kan, som redan framgått, också se vissa tecken på en begynnande maktkamp mellan staten och den privata marknaden. Det allmänna verkar trots allt inte vilja släppa all tvistlösning ifrån sig. Man ger motstridande signaler och förefaller inte bara vilja förbättra effektiviteten och målbalanserna vid domstolarna utan även hävda och rent av utvidga det egna området för ADR.¹⁹ Kanske kan man om något decennium blicka tillbaka och konstatera att privatiseringen av tvistlösningen kulminerade ungefär vid millennieskiftet och att man under de första åren av 2000-talet kunde se antydningar till en *avprivatisering* (socialisering) av den alternativa tvistlösningen!

Socialisering är dock knappast dagens motto, åtminstone inte på det allmänpolitiska planet. Den privatiseringsvåg som svepte fram över Europa under de sista decennierna av 1900-talet är numera politiskt ganska okontroversiell.²⁰ Det finns varken ideologiskt eller ekonomiskt utrymme att ytterligare bygga ut det statliga och kommunala engagemanget. Privatiseringen har avpolitiserats. Men man kan ändå märka att synen på en rad processuella frågor, t.ex. ADR och domstolarnas samhällsroll, kan ha samband med betraktarens politiska uppfattning. Det är föga förvånande att många av dem som vill inskränka civilprocessens funktion till enbart individuell tvistlösning och helst ser att även denna tas över av privata tvistlösningsorgan återfinns till höger på det politiska spelfältet. Tydligast är detta kanske i USA. Med

¹⁸ Ibland är det bara en smaksak om t.ex. skydd för svagare part och begränsningar i möjligheterna att pröva en fråga genom ADR skall åstadkommas genom tillämpning av avtalsrättsliga ogiltighetsregler eller i en lag om t.ex. skiljeförfarande eller annan processlag, jfr Wilhelmsson nedan not 87. Betr. offentlig påverkan på samt reglering och europeisering av ADR se R. Koulu, "Kommer den alternativa tvistlösningen att europeiseras?", Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2005, s. 544 ff. och Westberg 2005 (ovan not 10) s. 358 ff. samt nedan not 50.

¹⁹ Jfr nedan avsnitt 3.1.

²⁰ Se om privatiseringen av processrätten P. H. Lindblom, "The Privatization of Justice: Some Aspects of Recent Developments in American and Swedish Procedural Law," *Law and Reality. Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil*, 1992, s. 199 ff., N. Alexander, "Global Trends in Mediation: Riding the Third Wave", *Global Trends in Mediation*, (ed. N. Alexander), 2003, s. 5 f. och Westberg 2005 (ovan not 10) s. 349.

risk för att vara orättvis placerar jag på den planhalvan tidigare ordförandena i Supreme Court, chief justices Burger och Rehnquist, förre presidenten vid Harvard Derek Bok samt presidenterna Truman, Reagan och the Bushes (dvs. både sr och jr). På den vänstra planhalvan återfinns president Roosevelt, de tre bröderna Kennedy, presidenterna Carter och Clinton, chief justice Warner samt professorerna Mauro Cappelletti, Bryant Garth, Owen Fiss och Judith Resnik.²¹

I Europa är det inte lika lätt att klistra politiska etiketter på premiärministrar, domare och professorer allt efter deras attityd i processuella frågor (eller vice versa). Däremot säger synen på ADR — den tredje vågen inom AtJ — en hel del om vad man uppfattar som domstolarnas primära samhällsroll och vad man anser om strävan efter reell och jämlik AtJ över huvud taget. Det finns nämligen en inbyggd motsättning mellan de tre vågorna. Den tredje vågen kan uppfattas som "a retreat from the effort to enforce new laws that bolster the power and rights of consumers" och därmed också som "a retreat from the commitments and possibilities of the first two" (waves).²² Det har vidare gjorts gällande att "there is no doubt that many who favor the third wave in a number of countries favor just such a retreat".²³

Citatet ovan återges i en uppsats som publicerades av några av AtJ-rörelsens grundare och främsta företrädare för snart tjugofem år sedan.²⁴ Författarna var Mauro Cappelletti, Bryant Garth och Nicolò Trocker. Men var det även de tre vise männens egen uppfattning att den tredje vågen skulle kunna bromsa de två första? Varför lanserade man i så fall ADR som den tredje vågen inom AtJ? Naturligtvis var det frestande för imperiebyggarna att utvidga AtJ med ADR för att kunna fokusera på "the full panoply of institutions that characterize our dispute resolution systems".²⁵ Det låter ju verkligen ståtligt. Men insåg de att den tredje vågen skulle kunna utvecklas till en tsunami som inte bara hotar att skölja över den första och andra vågen utan även att spola bort grunden för traditionell civilprocess och underminera

²¹ Lindell (ovan not 16) betecknar Fiss' uppfattning som konservativ.

²² Cappelletti m.fl. (ovan not 7) s. 697 f., jfr N. Alexander (ovan not 20) s. 5 f.

²³ Cappelletti m.fl. (ovan not 7) s. 698. — Som påpekats av Leppänen och återges av Knuts (nedan not 50) s. 42 med not 78 och s. 72 kan de olika diskurserna om civilprocessens funktion knytas till samhällsutvecklingen på ett makroplan: rättskyddsfunktionen återspeglar en samhällssyn där rättsstatens betydelse poängteras, den handlingsdirigerande funktionen en välfärdsstatlig samhällssyn och den konfliktlösande funktionen en nyliberalistisk samhällssyn. Som jag ser det kan denna indelning i viss mån även anknytas till de tre vågorna inom AtJ, jfr Grupp-talan (ovan not 5) s. 456 ff. Knuts, a.a. s. 42, betraktar den handlingsdirigerande funktionen som passé i det senmoderna och individualistiska samhället. Frågan är dock om inte även det senmoderna börjar bli passé (det hörs ju på namnet) och vad kommer i så fall därefter? Jfr not 6 ovan och not 95 nedan.

²⁴ RabelsZ 1982 s. 686 ff. — Cappelletti avsåg möjligen inte att vågmetaforen skulle uppfattas kronologiskt. Han förefaller ha arbetat med ett brett AtJ-begrepp som även innefattade tvister som inte är rent rättsliga, t.ex. "sociala tvister". Det blir då mer naturligt att låta de tre AtJ-vågorna skölja fram tillsammans på tvistlösningens hav.

²⁵ A.a. s. 686.

dess samhällsroll? Hur ville de prioritera och kryssa mellan vägorna? Har inte den första vägen redan börjat ebba ut?²⁶ Var och är den tredje vägen början till slutet för AtJ?²⁷

Det är inte lätt att svara på dessa frågor. Cappelletti är borta för alltid, även om hans insatser är av bestående betydelse. Professor Garth har skrivit lysande om privatisering²⁸ men själv privatiserats genom att bli direktör för American Bar Associations forskningsinstitut. Han har sedan forskat världen över om den fetaste formen av ADR, skiljeförfarande, och ägnar sig numera mest åt andra frågor än access to justice.²⁹ Men några av Cappellettis arvingar, bland andra professorerna Trocker och Varano samt flera lärjungar till dem — och dessutom i sin tur lärjungar till dessa lärjungar (Cappellettis barnbarnsbarn!) — satt med vid bordet när den här uppsatsen diskuterades för första gången.³⁰ Jag fick det bestämda intrycket att åtminstone några av dem delade vissa av mina farhågor.

2 ADR — funktioner, för- och nackdelar

2.1 ADR och civilprocessens funktioner

ADR erbjuder substitut — någon kanske vill säga surrogat — för ordinär domstolsprocess (OCP) men har även andra syften. Man frågar sig då i vilken utsträckning alternativen kan fullgöra OCP:s funktioner. Enligt den klassiska liberalistiska uppfattningen, vanlig bland anhängarna till ADR, har civilprocessen främst, eller endast, en individuellt tvistlösande uppgift.³¹ Om detta är riktigt ger inte en övergång till ADR upphov till några allvarliga förluster i funktionshänseende. Värre blir det om man anser att funktionsfrågan är mer komplex än så. Jag menar numera att man kan räkna till åtminstone fem, delvis samverkande, civilprocessuella funktioner.³² De kommer nedan att ställas mot vad som kan uppnås genom alternativ tvistlösning.

²⁶ Se betr. rättshjälp och rättsskydd P. H. Lindblom i Nordisk Försäkringstidskrift nr 2, 2005, s. 126 ff. och nedan not 89.

²⁷ Jfr Resnik (ovan not 7) vid not 98: "The development of this 'third way' could be assimilated into a story heralding the triumph of adjudication, but it could also be used as a marker of adjudication's decline." — Det bör nämnas att Cappelletti m.fl. i sitt ovan i not 7 angivna arbete kommer in på flera av frågorna i denna uppsats men då huvudsakligen genom att referera andras arbeten (vissa av de ovan i not 7 upptagna) och utan att komma med några egna ställningstaganden.

²⁸ Se t.ex. B. G. Garth, "Privatization and the New Formalism: Making the Courts safe for Bureaucracy", 13 Law and Social Inquiry, 1988, s. 157 ff.

²⁹ See Y. Dezalay & B. G. Garth, *Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, 1996. — Här bör inskjutas att jag just fått besked om att Garth återgått till den akademiska världen, nu som dean för en law school i Kalifornien.

³⁰ Se ovan not 1.

³¹ Chayes använder uttrycket "the traditional model" i motsats till "public law litigation", se A. Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation," 89 Harvard Law Review (1976) s. 1282 f.

³² Se vidare SvJT 2004 s. 129 ff. Som framgår av min bok *Miljöprocess Del II*, 2002, långnoten s. 755, skiljer sig min uppfattning i funktionsfrågan från Ekelöfs i flera viktiga hänseenden. Det gäller t.ex. hur eventuell handlingsdirigering uppnås och vilka ytterligare funktioner som är aktuella samt den inbördes prioriteringen dem emellan. Konfliktlösning har för mig inte samma undanskymda,

Man kan invända att ADR väsentligen är ett alternativ *till* rättskipning och inte alternativ rättskipning. Att kritisera ADR för bristande civilprocessuell funktionsuppfyllelse är därför inte rättvisande.³³ Det låter sig sägas. Men i samma mån som tvistlösning förs bort från domstolarna (eller utformas som alternativ till ordinär process) berövas dessa sina möjligheter till funktionsuppfyllelse. Om då samma funktioner fullgörs sämre eller inte alls inom ADR uppstår från samhällsynpunkt allvarliga brister i de avseenden som kommer att beröras nedan. Att ADR i gengäld stundom fyller behov som ordinär process inte kan tillgodose i samma utsträckning är en klen tröst i sammanhanget.³⁴

2.1.1 Konfliktlösning och reparation

OCP: En vanlig utgångspunkt i svensk doktrin är att den ordinära civilprocessens främsta samhällsuppgift är att bidra till ett maximalt genomslag för värderingarna bakom den materiella lagstiftningen. Detta genomslag sker först på det individuella planet, dvs. gentemot parterna i rättegången. Om kärandens talan vinner bifall fungerar rättegången konfliktlösande och reparativt. Svaranden tvingas kompensera käranden för den rättskränkning hon lidit och återinsätta henne i det läge som rådde före kränkningen. Processen är i detta avseende retrospektiv och reaktiv. Men den har även vissa prospektiva och proaktiva drag. I lyckliga fall kan tvistlösningen underlätta för parterna i deras fortsatta relationer och motverka kommande tvister. Resultatet kan dock även bli det motsatta; processen utvecklas till en bitter strid som leder till en petrifiering av oenigheten och föder revanschbehov. Följden kan bli nya processer ("trial as error").³⁵

ADR: Alla former av ADR är, som namnet avslöjar, inriktade på individuell tvistlösning och kan ofta fullgöra denna civilprocessens konfliktlösande funktion. En förutsättning för en sund och effektiv ADR är dock att det även finns realistiska möjligheter att gå till domstol. Och i den mån icke-rättsliga faktorer och icke-professionella beslutsfattare tillåts bestämma utgången vid ADR kan man inte längre tala om ett genomslag för ändamålen bakom den materiella rätten ens på det individuella planet. Lösningen kan rent av gå rakt emot gällande rätt. Det handlar då om konfliktlösning i en bredare mening, vilket ibland förvisso kan vara en fördel. Möjligheten att se tvisten i ett vida-

och handlingsdirigering inte en lika dominerande, plats som hos Ekelöf. Lindells påstående (Alternativ tvistlösning, 2000, s. 247 f.) om min inställning är missvisande i detta hänseende.

³³ Lindell i brev till författaren januari 2006.

³⁴ Alexander (ovan not 20) s. 10 f. räknar upp fem "objectives" med ADR: effektiv konfliktlösning, access to justice, självbestämmande, "transformation" av parternas inbördes förhållande samt "social transformation". Uppdelningen förefaller oklar och överlappande men skall inte kommenteras närmare här. Det får räcka med att fråga vad som skall läggas in i begreppet "justice" i sammanhanget, jfr nedan i avsnitt 2.2.1 och not 95.

³⁵ Uttrycket lånat från Resnik (ovan not 7).

re sammanhang kan underlätta parternas fortsatta relationer i högre grad än en strikt rättslig lösning. Men denna möjlighet kan, som nyss sagts, också vara en nackdel.

2.1.2 Handlingsdirigering och prevention

OCP: Individuell konfliktlösning är alltså den första funktionen. Men genomslaget för värderingarna bakom den materiella rätten sker vid *OCP* även på ett allmänt plan genom handlingsdirigering. Det gäller oavsett vilket syfte käranden hade med att väcka talan. Denna styrefekt antas i sin tur uppstå som en följd av att processen verkar moralbildande och/eller ekonomisk avskräckande. Handlingsdirigeringen riktar sig mot svaranden i målet men också, ja främst, mot alla andra samhällsmedborgare. Per Olof Ekelöf drev under hela sin karriär tesen att detta är civilprocessens absoluta huvudfunktion, ja kanske dess enda existensberättigande. Jag vill inte gå så långt men delar uppfattningen att handlingsdirigering enligt gällande rätt är av mycket stor betydelse.³⁶

ADR: De flesta former av ADR har inte dessa handlingsdirigerande effekter annat än undantagsvis. Visserligen förekommer det att avgörandena ges offentlighet, att erfarna jurister fattar besluten och att de grundas enbart på lag eller andra rättsliga faktorer. Allmänt sett kan också redan existensen av realistiska möjligheter för medborgarna att komma till sin rätt, om än ”endast” genom ADR, ibland utöva en viss allmän påverkan på dem som överväger att överträda en lag eller bryta ett avtal. Men avgöranden som fattas av icke-professionella beslutsfattare och grundas på icke-rättsliga faktorer kan bidra till oklarhet om gällande rätt och underminera den materiella rättens styrfunktion. Det handlar inte längre om att skapa rättvisa utan enbart om att lösa konflikten. Handlingsdirigeringen motverkas och avgörandet kan skada även andra än parterna.³⁷ Som framgår i nästa avsnitt kan detta ses som en utveckling i antidemokratisk riktning.

2.1.3 Prejudikatsbildning och rättsskapande

OCP: Ibland nämns prejudikatbildning som en av civilprocessens funktioner. Så länge ett prejudikat endast resulterar i ett klagörande av redan gällande rätt bidrar dock processen enbart till ett ökat genomslag för värderingarna bakom redan gällande materiell rätt. Prejudikatbildningen fyller alltså i dessa fall inte någon i förhållande till konfliktlösning och handlingsdirigering *självständig* civilprocessuell

³⁶ Se not 32 ovan. — De som till äventyrs tror att det endast är Ekelöf och några av hans lärjungar som betonar handlingsdirigering hänvisas till Brunet (ovan not 7) s. 16 f., där han tar upp bland andra Dworkin, Hart, Fuller, Llewellyn och Raz. Se även t.ex. K. Scott, ”Two Models of the Civil Process”, 27 *Stanford Law Review* (1975) s. 937 ff. och den ovan i not 7 nämnda uppsatsen av Fiss.

³⁷ Brunet (ovan not 7) s. 8, 15 och 23, jfr Westberg 2005 (ovan not 10) s. 349. — Här finns det åter anledning att erinra om att medborgarnas bästa inte alltid är detsamma som parternas bästa, ovan not 4.

samhällsfunktion. Men det hindrar givetvis inte att prejudikatbildningen är viktig för att förbättra handlingsdirigeringen och minska behovet av framtida konfliktlösning.

Annorlunda är det när ett domstolsavgörande — oavsett i vilken instans det meddelas — avser en fråga som över huvud taget inte kan besvaras med hjälp av gällande rätt, liksom i de fall när det ter sig nödvändigt att ändra gällande rätt genom praxis. Domen är då uttryck för ett judiciellt rättsskapande och processen har en (i förhållande till konfliktlösning och handlingsdirigering självständig) politisk funktion; domaren utför en uppgift som normalt tillkommer politiker, den i val utsedde lagstiftaren.

ADR: Vissa avgöranden inom ramen för ADR, kanske särskilt beslut av Allmänna reklamationsnämnden och vissa (offentliga) skiljedomar, kan ha en rättsklargörande verkan. På det hela taget utgör dock ADR ett betydande hot mot prejudikatbildningen vid domstolarna och försämrar därmed både handlingsdirigeringen och den framtida konfliktlösningen enligt gällande rätt.³⁸

Den rättsskapande funktionen kan inte fullgöras inom ramen för ADR; om sådan rättsbildning trots allt sker kan detta rent av angripas från demokratiska och konstitutionella utgångspunkter.³⁹ Frågan är dock här vad man menar med demokrati. Som Westberg påpekat leder enligt vissa övergången från statlig till privat rättskipning till förlopad demokratisk insyn och kontroll över rättsskydd och rättsutveckling, medan andra kan se denna förskjutning som en välkommen konkurrensutsättning och därmed som en utveckling också av demokratin eftersom den leder till överföring av politisk makt till enskilda aktörer på marknaden.⁴⁰

2.1.4 Kontroll

OCP: Domstolarna fullgör även en ”politisk” kontrollfunktion gentemot den lagstiftande och verkställande makten. Domaren prövar de i processen aktuella normernas förenlighet med författningen (RF 11:14) och andra överordnade normer, främst EG-rättsliga. Liksom vid rättsskapande handlar det då inte om att uppnå genomslag för de redan gällande materiella regler som är aktuella i målet. Tvärt om är avsikten att på grundval av de överordnade normerna förminska eller upphäva den ”gällande” materiella lagens betydelse i målet. Detta

³⁸ I förarbetena till den nya lag om skiljeförfarande framförs oro över denna utveckling. Enligt regeringen är det önskvärt att fler tvister avgörs av domstol i stället för i skiljenämnd, se prop. 1998/99:35 s. 34 och M. Enström, *Aspekter på ordinär och alternativ tvistlösning — särskilt om civilprocessen och skiljeförfarandet*, examensarbete vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet, höstterminen 2005, s. 19. Se även SOU 1986:1 s. 63 ff.

³⁹ Jfr Brunet, ovan not 7, s. 20, Westberg 2004 (ovan not 10), Bok 4 s. 339 och Koulu, ovan not 18, s. 556. Se även RF 11:3 vad gäller avgöranden av andra myndigheter än domstol.

⁴⁰ Westberg 2005 (ovan not 10) s. 347 och 362 f.

sker genom lagprövning i vid mening och laglighetsprövning (rättsprövning). Till samma funktionskategori kan man räkna de nationella domstolarnas uppgift att bidra till en utveckling av den gemensamma marknaden inom EU ("integrationsfunktionen"). Detta sker främst genom kontroll av att den inhemska lagstiftningen inte strider mot EG-rätten på nyss nämnt sätt.

ADR: Självfallet finns det inte möjlighet att fullgöra dessa politiska kontrollfunktioner genom privat ADR.⁴¹

2.1.5 Kommunikativa funktioner

OCP: Civilprocessen kan, slutligen, tillfredsställa ytterligare några, i doktrinen hittills mindre uppmärksammade, behov. Jag sammanfattar dem under begreppet kommunikativa funktioner. För det första ger OCP medborgarna möjlighet att delta vid handläggning och avgörande av viktiga frågor som rör dem själva. "Participation" har ett demokratiskt värde och kan, vid bifall, även bidra till att fylla kärandens behov av att nå personlig upprättelse. Deltagande kan också, oavsett utgången, medverka till större förståelse, kanske rent av försoning, mellan parterna. Även idéerna om "therapeutic jurisprudence" och (dock främst i brottmål) "restorative justice" kommer in i bilden här.⁴²

För det andra kan domstolen fungera som en rättspolitisk arena. Vad käranden är ute efter är måhända inte enbart eller ens primärt egen vinning. Det handlar i stället om att bedriva politisk eller annan idémässig agitation, kanske med sikte på lagändringar.

Starkt besläktad med nämnda sätt att använda tvistemålsprocessen är den tredje kommunikativa funktionen: möjligheten att utnyttja OCP vid allmän domstol som forum i en etisk-moralisk diskurs. Det kan då gälla att lyfta fram och debattera moraliska frågor som man anser annars inte får tillräcklig belysning, t.ex. miljöförstöring, korrup­tion och ansvarslöshet inom näringsliv och offentlig förvaltning etc.

ADR: ADR kan normalt inte fungera som rättspolitisk reformarena eller som forum för moralisk diskurs. Däremot kan flera former av ADR tillgodose behovet av "deltagande" och fungera på sätt som för tankarna till "therapeutic jurisprudence" och "restorative justice".

2.2 *Fördelar och nackdelar*

En fullständig och rättvisande jämförelse av för- och nackdelar med ADR jämfört med OCP kan inte redovisas på det begränsade utrymme som står till förfogande här. Värderingarna växlar beroende på om de görs med hänsyn till parternas, ombudens, medborgarnas eller domstolens och statens intressen. Vidare är en jämförelse beroende

⁴¹ Däremot kan lagprövning enligt RF 11:14 utövas även av annat offentligt organ än domstol.

⁴² Se om detta SvJT 2004 s. 256 ff. och ovan not 15. Jfr Alexander (ovan not 20) s. 10 f.

av vilken typ av ADR man avser (domstolsanknuten eller privat etc.). Det gäller centrala faktorer, som t.ex. kostnader, kvalitet, snabbhet samt offentlighet och andra rättsäkerhetsgarantier.⁴³ Den följande uppräkningsen kan förses med en rad reservationer av detta slag men endast några har redovisats. Jag måste också tillstå att för- och nackdelarna överlappar varandra i betydande utsträckning.

2.2.1 Nackdelar

Det har redan framgått att ADR endast kan fullgöra en av civilprocessens fem funktioner fullt ut. Ibland verkar ADR kontrafunktionellt från civilprocessuella utgångspunkter.⁴⁴

Att rida på den tredje vägen innebär en reträtt från de mål som satts upp och de framsteg som gjorts inom den första och andra vägen i AtJ-rörelsen. Den första vägen har redan ebbat ut medan den tredje vägen kan utvecklas till en tsunami; ADR kan visa sig vara en trojansk häst i AtJ-hagen, en gökunge i tvistlösningsboet.

En allvarlig nackdel med ADR är att man inte annat än undantagsvis⁴⁵ kan beakta behovet av skydd för svagare parter. Parterna har ofta olika förhandlingsstyrka och det visar sig ännu tydligare utom än i rättegång. Det gäller t.ex. tvister rörande kollektiva, diffusa och fragmentariska intressen då en hel rad balansproblemen aktualiseras.⁴⁶

Framväxten av ADR bidrar till ökat klasstänkande inom processen: skiljeförfarande eller finprocess vid domstol för de stora tvisterna och rika parterna, kvasiprocess vid nämnder (ibland finansierade av motparten) eller andra förenklade förfaranden — med ty åtföljande risk för rättsförluster — för de små.⁴⁷

Med detta sammanhänger att ADR ger sämre förutsättningar, ja ofta inte ens syftar till, att nå ett från strikt rättsliga synpunkter materiellt riktigt resultat. Icke-professionella beslutsfattare och acceptansen av icke-rättsliga faktorer hotar också genomslaget för skyddslagstiftning till förmån för svagare parter, även om även dessa någon gång kan gynnas av att ett strikt rättighetstänkande ersätts av en fri intresseavvägning. ADR kan därför på sikt få en normupplösande verkan och medföra att innehållet i gällande rätt vittrar sönder. Sker det

⁴³ Som visas av Knuts (nedan not 50) s. 147 och 198 f., jfr s. 233 ff. tillämpas garantierna i artikel 6.1 EKMR inte direkt på medling eller vid ansökan om civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Enligt Knuts — diskutabla — tes för sin avhandling (s. 7, 233 ff., 238 och 249) bör åtminstone vissa förfarandegarantier tillämpas även vid domstolsanknuten medling. Vad gäller skiljeförfarande och EG-rättslig "ordre public" se T. Andersson och Ödmans kommande avhandling (nedan not 50). Betr. differentierad tillämpning av rättsäkerhetsgarantier i brottmål se P. Asp, EG:s sanktionsrätt, 1998, s. 317 ff.

⁴⁴ Se ovan avsnitt 2.1, jfr Koulu (ovan not 18) s. 546.

⁴⁵ Se t.ex. vad gäller förbud mot skiljeavtal på vissa områden T. Wilhelmsson "Vad CLAB Europa förtäljer om skiljeklausulers skälighet", Festskrift till Per Henrik Lindblom (ovan not 2) s. 781 ff. Jfr även not 50 nedan.

⁴⁶ Se betr. tvister som berör grupper Fiss (ovan not 7) s. 1076 ff.

⁴⁷ De små tvisterna gäller ofta men inte alltid (jfr not 96 nedan) de mindre bemedlade, åtminstone på den ena sidan. Se betr. svaga parter även Westberg 2005 (ovan not 10) s. 361 ff.

ta genom domstolsanknuten ADR blir domstolsrollen otydlig vilket kan bidra till att allmänhetens förtroende för rättskipningen minskar.⁴⁸

Vid ADR finns inte utrymme att, när behov föreligger, tillämpa principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration i samma utsträckning som vid OCP. Detta försämrar förutsättningarna för en god bevisvärdering. Inte heller kontradiktionsprincipen upprätthålls fullt ut. Den bl.a. i artikel 6 EKMR garanterade rätten till "a fair trial" åsidosätts även på andra sätt. Det finns ingen rätt till muntlig förhandling, opartiska och oberoende beslutsfattare, offentlighet och överklagande. Ej heller kan "equality of arms" garanteras. Att parterna vid ADR ofta frivilligt avstått från rättssäkerhetsgarantier av det här slaget utgör en klen tröst. Det har rent av hävdats att ADR kan strida mot konstitutionen och ett lands folkrättsliga förpliktelser.⁴⁹ Man kan på goda grunder ifrågasätta om (t.ex. en svagare) part med bindande verkan kan eller bör kunna avstå från rättigheter av det här slaget. Även EG-rättens överhöghet kan aktualiseras. Det gäller både privat ADR och — särskilt — när den alternativa tvistlösningen helt eller delvis sker inom ramen för domstolsprocessen.⁵⁰

⁴⁸ Så även Lindell i brev till författaren januari 2006. — Att icke-rättsliga faktorer kan tillåtas påverka uppgörelsen vid rättens förlikningsverksamhet (se prop. 1986/87:89 s. 208) motiverar inte att man går ännu längre i denna riktning. Betr. allmänhetens förtroende för domstolarna se Lambertz ovan i not 4 a.a.

⁴⁹ Se t.ex. B. Lindell, *Alternativ tvistlösning*, 2000, s. 240, jfr nedan vid not 50 och 73. Lindell är dock själv en varm förespråkare för ADR, åtminstone så länge den sker utom domstol, se densamme t.ex. "Förlikning och medling", *Vänbok till Torleif Bylund*, 2003, (red. T. Andersson & B. Lindell) s. 278.

⁵⁰ Betr. förfarandegarantier vid olika former av ADR se ovan not 43, betr. processuella avtal se nedan vid not 74. — Frågan om en domstol som utövar ADR kan uppfattas som en domstol enligt artikel 6 EKMR och artikel 234 EG-fördraget (domstolsbegreppet har sannolikt inte samma innebörd i dessa två fall) har såvitt jag vet inte varit föremål för prövning i Europadomstolen eller EG-domstolen. Relevanta kriterier i sammanhanget kan vara t.ex. om avgörandet baseras på rättsliga faktorer, se vidare H. Matzs kommande (sannolikt år 2007) doktorsavhandling i Uppsala, *Domstolsbegreppet enligt artikel 234 EG-fördraget*, se även Gisela Knuts doktorsavhandling *Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling* (publicerades i Finland i januari 2006; jag har endast i begränsad utsträckning kunnat beakta detta arbete). — Betr. frågan om en part kan avstå sina rättigheter enligt artikel 6 EKMR se B. Lindell, "Mediation in Sweden", *ADR Bulletin* (Australien) 2004 s. 89 och O. Mårsäter, *Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning*, 2005, s. 210, jfr även P. van Dijk & G.H.J. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed., 1998, s. 427 samt Westberg 2005 (ovan not 10) s. 349 ff., 355 f. och 363 f. med not 30. Se också nedan vid not 73 och 74 samt i avsnitt 4. I fråga om gränserna för svensk domstols kontroll av skiljeförfarande (samt i någon mån förlikning och medling) se även M. Ödmans kommande (2007?) doktorsavhandling vid Juridiska fakulteten i Uppsala. Betr. stadfästelse av förlikning genom skiljedom se prop. 1998/99:35 s. 132 f. Vad gäller frågan om välmotiverade nationella processregler, rörande t.ex. skiljeförfarande och domstolsanknuten ADR, skall vika när de motverkar uppnåendet av särskilt viktiga EG-rättsliga intressen, se T. Andersson, "Svensk skiljedomsrätt och EG:s konkurrensrätt — reflektioner i anledning av EG-domstolens avgörande i Eco Swiss-målet", *JT* 1999–2000 s. 443 ff. samt densamme, *Rättsskyddsprincipen*, 1997, s. 122 f. Andersson lanserar tanken på artikel 81 Romfördraget som uttryck för ett slags EG-rättslig ordre public i vissa hänseenden.

Det finns risk att ADR verkar som ett bedövningsmedel för parterna, medborgarna, lagstiftaren och domstolarna. Alla parter och medborgare inser inte vad de går miste om. Lagstiftaren passiviseras och ADR förbättras på bekostnad av den ordinarie processen. Även domstolarna kan passiviseras på så sätt att enskilda domare hänvisar tvister till ADR (medling) eller själva driver en hårdför förlikningsverksamhet för att slippa döma i målet. Därigenom försämras domstolarnas förutsättningar att utöva handlingsdirigering, rättsskapande och prejudikatbildning, kontroll av lagstiftaren samt att utgöra en rättspolitisk reformarena och ett forum för moralisk diskurs på ovan angivna sätt. Det gäller inte enbart för den del av målunderlaget som tas ifrån domstolarna.

Vid de flesta former av ADR (dock ej ”stort” skiljeförfarande och vissa former av domstolsanknuten ADR) saknar avgörandena rättskraft och fungerar inte heller som exekutionstitel. För att förfarandet skall kunna bli snabbare vid ADR än i OCP måste man då förutsätta att parterna kommer fram till en uppgörelse som de båda kan acceptera eller att de utfäst sig att inte gå vidare till domstol. Annars kan ADR både förlänga och fördyra processen. Vissa former av ADR, främst skiljeförfarande, är betydligt mer kostsamt för parterna än OCP. Det saknas bevis för att t.ex. medling skulle vara snabbare eller billigare än småmålsprocess vid domstol.⁵¹

Privat ADR passar sällan i gruppsammanhang⁵² medan allmän domstol numera erbjuder särskilda processformer för att hantera sådana situationer (subjektiv kumulation, grupptalan, pilotmål).

Vid vissa former av ADR, t.ex. skiljeförfarande, saknas möjlighet till objektiv kumulation. Det kan vara till nackdel från bland annat processekonomiska synpunkter. En annan nackdel är att de som har intresse av tvisten och berörs av utgången inte kan begära att få intervjua i tvistlösningen eller överklaga avgörandet och därmed påverka utgången. Ytterligare flera processuella institut i rättegångsbalken har inga motsvarigheter inom ADR.

Möjligheterna att försena förfarandet och avgörandet är i allmänhet större inom ADR än vid process enligt rättegångsbalken, som numera innehåller många remedier mot förhållning (preklusion, kostnadsansvar, straff etc.). Inom ADR kan man endast undantagsvis driva på förfarandet med sådana medel.

Vid ADR kan man inte heller tvinga fram inställelse till förhandling eller höra vittnen och parter under ed. Möjligheterna att förelägga bevisning är sämre över huvud taget. Det finns — utom i skiljeförfarande — inga möjligheter att förmå motparten att förete hand-

⁵¹ Se Alexander (ed., ovan not 20) s. 212. I SOU 1995:65 uppges (se s. 51, 283 och 301) att tiden fram till avgörande brukar ligga mellan 8,5 och 9,5 månader vid skiljeförfarande och runt 1 ½ år vid tingsrätt.

⁵² Fiss (ovan not 7) s. 1087.

lingar som har betydelse som skriftlig bevisning (editionsplikt). Därmed försämras beslutsunderlaget.⁵³

Civilprocessuella säkerhetsåtgärder och interimistiska beslut kan i allmänhet inte komma till användning vid ADR och exigibilitet saknas. Det utgör ett stort osäkerhetsmoment för den som riktar sitt anspråk mot en part som tredskas eller vars ekonomi är i utförsbacken.

Det är oklart i vilken mån ADR kan verka preskriptionsavbrytande när det krävs att talan väcks vid domstol inom viss tid.

Vid ADR väljer parterna ofta själva vem eller vilka som skall avgöra tvisten. Det innebär en viss fara. Tvistlösning kan skada om den inte sköts professionellt. I Sverige saknas krav på auktorisation av beslutsfattarna inom ADR. Risk finns att t.ex. en medlare inte har tillräcklig kompetens och erfarenhet. Vidare kan jävsproblem uppkomma, men det saknas i allmänhet former att ifrågasätta beslutsorganets ojävighet. Det kan också uppstå olämpliga bindningar mellan partsutsedda tvistlösare och stora beställare av ADR. Skiljeförfarande är mycket vanligt i Sverige, men såvitt jag vet har det aldrig förekommit att en av part utsedd skiljeman vid oenighet bland skiljemännen röstat mot sin uppdragsgivare.

Prejudikatbildningen vid domstolarna försämras eller uteblir helt.⁵⁴ ADR dominerar redan på vissa rättsområden, till exempel i små konsumenttvister (Allmänna reklamationsnämnden), försäkringsärenden och stora tvister mellan företag inom näringslivet. En följd av detta är att domarna inom OCP får dålig inblick i de regler som gäller på dessa områden.

Samhället ger medborgarna motstridiga signaler om man först erbjuder t.ex. särskilda processregler för konsumenttvister för att sedan möta den som söker sig till domstol med kraftfulla försök att förmå parterna att förlikas eller att på egen bekostnad vända sig till medlare. En part som inte vill följa domarens rekommendationer kan få en känsla av att det kan komma att påverka utgången i domstolsprocessen. Förtroendet för den ordinära rättskipningen minskar.

Möjligheterna att få välbetalda, prestigefyllda och i övrigt attraktiva uppdrag som beslutsfattare inom ADR försämrar rekryteringen av bland annat skickliga advokater till domstolarna, så även till Högsta domstolen. Feta och välriktade anbud från ADR-marknaden kan medföra svårigheter att behålla de bästa domarna inom OCP. Enligt Jan Ramberg förutsätter fortsatta framgångar för Stockholm på den internationella skiljedomsmarknaden att även aktiva justitieråd deltar i verksamheten.⁵⁵

⁵³ Jfr Brunet (ovan not 7) s. 31 ff.: "the spirit of ADR is antidiscovery".

⁵⁴ Se ovan vid not 38, jfr J. Ramberg, "Skiljedom eller dom? Om effektivitet och rättssäkerhet i dömande verksamhet", JT 1997–98 s. 629.

⁵⁵ J. Ramberg a.a. s. 637, jfr ovan not 9.

2.2.2 Fördelar

ADR har givetvis också fördelar jämfört OCP. Hur skulle man annars kunna förklara dess framgångar? Hela svaret kan inte sökas bland de illasinnade påståenden jag framförde inledningsvis, t.ex. om politikernas och domstolarnas strävanden att slippa undan kostnader, arbete och ansvar, påtryckningar från EU, privata vinstintressen och den ordinarie processens uselhet. Av någon anledning tenderar dock listan över fördelar att bli kortare än den som gäller nackdelarna. För att den inte skall se alltför mager ut har jag förlängt fördelslistan med några kritiska synpunkter i anslutning till varje fördelsfaktor.

En fördel med ADR är onekligen att man kan uppnå *kostnadsbesparingar* för det allmänna. Domstolarna avlastas, vilket också ger möjlighet att förkorta handläggningstiderna och öka kvaliteten i de kvarstående målen även med oförändrade eller rent av minskade resurser. Rättsekonomisk forskning ger dock det dystra beskedet att i samma mån som handläggningstiderna minskar och kvaliteten förbättras vid domstolarna ökar deras attraktionskraft och därmed måltillströmningen. Slutresultatet blir att man även efter ett resurstillskott eller en avlastning faller tillbaka i samma köer och handläggningstider som tidigare.⁵⁶ Det bör också tilläggas att det från nationalekonomiska synpunkter alls inte är säkert att en ökad användning av ADR innebär några kostnadsminskningar totalt sett. Skiljemän kostar mer i drift än domare. Tvistemål avgörs i ökande utsträckning av ensamdomare vid OCP, men vid t.ex. skiljeförfaranden och i Allmänna reklamationsnämnden deltar oftast tre, ibland ännu flera, personer vid avgörandet. Och de besparingar som kan göras genom ADR blir reella endast om den alternativa tvistlösningen blir slutgiltig.

En fördel för parterna kan vara att tvistlösningen vid t.ex. medling kan sättas in i ett *vidare sammanhang* som ökar förutsättningarna för kompromisser och fortsatta goda relationer mellan parterna. Man kan försöka skapa en avspänd stämning under förfarandet och nå en lösning som innebär att båda vinner åtminstone något. Detta anses öka förutsättningarna för en frivillig uppgörelse vid många former av tvistlösning. Som framgått ovan kan dock användandet av icke-rättsliga faktorer och fria intresseavvägningar vid domstolsanknuten ADR även verka normupplösande samt skada svagare part och allmänhetens förtroende för rättskipningen.⁵⁷

De fördelar med ADR man oftast brukar framhålla i svensk doktrin kan sammanfattas med orden *sakkunskap, snabbhet, sekretess och smidighet*. ADR erbjuder förvisso ibland vinster i dessa hänseenden. Men det har även hävdats att skiljeförfaranden allt oftare betraktas som krångligare, dyrare och långsammare än domstolsprocess.⁵⁸ Man kan

⁵⁶ C. M. Roos, "Förlikningsgapet — om rättsekonomi och processrätt", JT 1994–95 s. 490.

⁵⁷ Se ovan avsnitt 2.1 och nedan avsnitt 4.

⁵⁸ Så enligt M. Eriksson, "Kostnader och effektivitet i skiljeförfarande: Är regler för förenklat förfarande lösningen?", JT 1995–96 s. 1147.

lätt finna exempel på situationer då valet av ADR medför nackdelar.⁵⁹ Det gäller även beträffande sakkunskap. Beslutsfattare inom ADR saknar ibland tillräckliga juridiska kunskaper eller erfarenhet av de frågor tvisten gäller.⁶⁰ Och parterna kan vid OCP genom avtal se till att tvisten tas upp vid en domstol man hyser särskilt förtroende för. Tingsrätten har vidare vid OCP möjlighet att hänvisa en prejudikatfråga i målet direkt till Högsta domstolen och sedan fullfölja prövningen när besked kommit därifrån. Högsta domstolens kompetens kan inte — annat än ibland vid skiljeförfarande — utnyttjas på detta sätt inom ADR. Vid OCP kan också förhandsbesked enligt artikel 234 inhämtas från EG-domstolen när intresse finns för det. Genom användning av sakkunniginstitutet kan en eventuell brist på sakkunskap i domstolen kompenseras. Förslag (som dock tyvärr ännu inte lett till lagstiftning) har lagts fram att rätten skall kunna adjungera experter — t.ex. läkare, ekonomer och ingenjörer — att ingå som fullvärdiga ledamöter av domstolen när detta är av behovet påkallat.⁶¹ Mål som kräver särskilda fackkunskaper inom t.ex. arbetsrätt eller miljörätt handläggs i allmänhet vid specialdomstolar som besitter sådan kompetens. Dessutom väntas omorganisationen (koncentrationen) inom domstolsväsendet öka möjligheterna till specialisering inom de allmänna domstolarnas ramar.

Den snabbhet som anförs som en fördel med ADR hänger delvis samman med att ADR mestadels är ett eninstansförfarande. Men vid OCP kan parterna redan innan tvist uppkommit träffa avtal om att avstå från rätten att överklaga. Risken för överprövning har också minskat till följd av de utökade kraven på prövningstillstånd till andra instans. Vidare bör beaktas att köer existerar även inom många former av ADR och det kan vara svårt att finna tider som passar alla som skall delta i handläggningen och avgörandet. Är det, som vid skiljeförfarande, möjligt att klandra avgörandet vid domstol går lätt både tidsvinster och sekretess förlorade. Sekretessen vid ADR kan vara en fördel för (främst en) av parterna — ofta en näringsidkare — men är ointressant eller till nackdel för t.ex. en konsument och för samhället i stort. Och gäller tvisten affärshemligheter är det numera möjligt att uppnå sekretess även vid allmän domstol.

Vad gäller smidighet är det en fördel vid de flesta former av ADR att man kan komma överens om ett förfarande som är väl anpassat till den aktuella tvisten. De krav grundlag, EKMR och EG-rätten ställer på OCP kan idag ibland vara ett hinder för en rationell handläggning vid domstol. Men det förtjänar understrykas att det numera, åtmin-

⁵⁹ Se vidare min uppsats "Allmän domstol som alternativt tvistlösningsorgan", Studier i processrätt, 1993, s. 99 ff.

⁶⁰ Givetvis finns exempel på motsatsen. Enligt J. Ramberg (ovan not 54) s. 629 har det förekommit sjörättsliga tvister som ansetts så komplicerade att det inte skulle ha kunnat anförtros åt domstol att avgöra dem. J. Ramberg förefaller dock ej — annat än möjligen undantagsvis — hysa sådan tvekan.

⁶¹ SOU 1987:13.

stone i Sverige, i stigande grad gjorts möjligt att skraddarsy ett för tvisten väl ägnad förfarande även inom ramen för OCP. Dessa möjligheter har nyligen utökats genom reformer i anslutning till 1999 års rättegångsutredning (SOU 2001:103). Och som jag återkommer till i avsnitt 3.2 nedan är det sannolikt att vissa av de förfarandegarantier EKMR och EG-rätten ställer måste upprätthållas också vid domstolsanknuten ADR och i skiljeförfarande.

3 Domstolsanknuten ADR i Sverige

3.1 Medling

Alternativ tvistlösning förekommer i såväl allmän som privat regi. Här i avsnitt 3 inskränker jag mig till att beröra domstolsanknuten ADR i Sverige och då endast sådana alternativ till ordinarie domstolsprövning som är *valfria* för parterna. Även efter denna avgränsning återstår mycket att beröra. Om det endast krävs att en av parterna vill undvika ordinarie civilprocess finns, när övriga förutsättningar föreligger, t.ex. förfarandena vid ansökan om betalningsföreläggande och civilprocessuella säkerhetsåtgärder enligt 15 kap. RB⁶² samt enligt lagen om grupprättegång att välja mellan. Med ett kort undantag för 15 kap. RB kommer inte heller dessa former av ADR att beröras vidare.

Krävs båda parter medverkan och domarens tillåtelse för att nå fram till ett bindande avgörande kan domarens förlikningsverksamhet och domstolsanknuten medling, båda enligt 42 kap. 17 § RB, komma ifråga. Domarens förlikningsverksamhet är förvisso betydelsefull i vårt land men skall inte diskuteras här, trots att den aktualiseras i så gott som samtliga tvistemål.

I motsats till domarens förlikningsverksamhet har domstolsanknuten medling hittills kommit till användning i mycket begränsad utsträckning i vårt land.⁶³ Innan rätten förordnar om medling enligt

⁶² Se ovan avsnitt 1.2.

⁶³ Lindell har i Vänbok till Torleif Bylund (ovan not 49) s. 266 ff. och i uppsatsen "Mediation in Sweden" (ovan not 50) s. 85 ff. utförligt redovisat förklaringar till detta förhållande. I Norge har man en lång tradition med en obligatorisk preprocessuell handläggning vid "forlikingsråd" med starkt lekmannainflytande. Enligt Hagiwara (ovan not 2) s. 243 not 22, har forlikingsråden tjänat som förebild för offentlig ADR i flera länder. Domstolsanknuten medling ("rettsmekling") har nu införts i Norge som ett obligatoriskt inslag i tvistemål enligt den nya processlag — "Tvisteloven" — som beslutades 2005 (det är fortfarande ovisst när den kommer att träda i kraft). Kostnaderna för medlaren, en domare vid domstolen, drabbar inte parterna. Om medlingen misslyckas skall i princip en ny domare utses för att ta hand om den fortsatta processen. Systemet har prövats under en tid och man har positiva erfarenheter, se T. Schei, "Norsk civilproces moderniseres", Festskrift till Per Henrik Lindblom (ovan not 2), 2004, s. 592 ff., jfr betr. ändringarna under lagstiftningsarbetet i Norge Knuts (ovan not 50) s. 204. I Finland träder en lag om domstolsanknuten medling i kraft 2006. "Avgörandena" skall vara offentliga (se om detta Knuts a.a.). Vad gäller Danmark, Finland och Norge se även de svenska direktiven Dir 2005:77 Alternativ tvistlösning vid tingsrätt s. 7 f. En lag om domstolsanknuten medling utfärdades nyligen i Italien. Lagen uppgavs vid seminariet (ovan not 1) hittills ha fungerat illa. I anslutning till 1999 års "Lord Woolf-reform" av processrätten har ansträngningar även gjorts i England för att förmå parterna att i ökad utsträckning förlikas före rättegång.

42 kap. 17 § andra stycket RB sker i praktiken alltid ett samråd med parterna. Kostnaderna för den särskilt förordnade medlaren betalas av parterna och kan ersättas av statlig rättshjälp eller privat rättskydds-försäkring inom ramen för de maxbelopp som kan utbetalas till part. Medlingskostnaden minskar alltså utrymmet för part att få ersättning för andra kostnader. Det förekommer dock även en försöksverksamhet vid ett par domstolar som går ut på att domarna vid en domstol kan åta sig att på tjänstetid gratis medla vid den andra domstolen.

Ett mål som går till särskild medling är typiskt sett en tvist där det kan antas att oenighet föreligger på många punkter och där omfattande bevisning kan bli nödvändig om tvisten går till rättegång.⁶⁴ Medlaren kan i större utsträckning än domaren göra en skönsässig bedömning och ta hänsyn också till icke-rättsliga faktorer vid avgörandet.

Utrymme finns alltså att använda medling för att nå ett slut även på tvister vid domstol, men denna möjlighet utnyttjas som nyss nämnts i jämförelsevis begränsad utsträckning i Sverige, så även utom rättegång. Det är främst i common law-länderna (utom England) medling vuxit fram som en betydelsefull form av ADR. Man kan spekulera om orsakerna till det.⁶⁵ Enligt direktiven till den utredning om domstolsanknuten alternativ tvistlösning, som nyligen tillsatts och skall diskuteras i nästa avsnitt, skall utredaren analysera dessa orsaker och ta ställning till om det bör vidtas några åtgärder, t.ex. lagändringar, i syfte att få till stånd en ökad användning av medlingsinstitutet. I utredarens uppdrag ryms även att överväga om det är lämpligt att införa någon form av obligatorisk förprocessuell medling. I motsats till vad som gäller enligt ny lagstiftning i Finland och Norge finns inte några regler om förprocessuell medling i vanliga mål i Sverige.⁶⁶ Jag avstår dock fortsättningsvis även från att beröra medling. I stället inriktas uppmärksamheten helt på vad som framstår som utredningens huvuduppdrag: att konstruera en ny form av valfri alternativ civilprocess vid domstol.

3.2 Utredning om en ny form av ADR i svensk domstol (VCP)

Det har framgått att vi har en rik flora av alternativa tvistlösningsmekanismer i vårt land men också att vissa av dem, t.ex. domstolsanknuten medling, sällan kommer till användning. Det är bakgrunden till att regeringen nyligen initierat ett viktigt reformprojekt inom ramen för ADR. Initiativet har samband med tidigare rekommendationer från Europarådet och EU som under senare tid kraftfullt har pekat på behovet av alternativ tvistlösning.⁶⁷ Kommissionen lade år 2002 — på

⁶⁴ Se t.ex. prop. 1986/87:89 s. 207 f.

⁶⁵ Se not 63 ovan.

⁶⁶ Jfr ovan not 63.

⁶⁷ Vad gäller Europarådets och EU:s aktivitet och kompetens att agera på området se Koulu (ovan not 18) s. 546 ff. Se även Westberg 2005 (ovan not 10) s. 348, 352 f. och 363 och nedan i det följande.

uppmaning av ministerrådet — fram en ”grönbok” om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt.⁶⁸ Det uppgivna syftet med grönboken var att inleda en bred remissrunda om alternativ tvistlösning inom civilrätten. Man kan emellertid knappast missta sig på den genomgående positiva synen på ADR och att man förväntar sig en fortsatt utveckling i medlemsstaterna. Det framhålls att ADR är en politiskt prioriterad fråga för EU och man förefaller mena att ADR är väl förenligt med bland annat artikel 6 EKMR och strävandena efter AtJ.⁶⁹ Kommissionen har därefter (oktober 2004) även lagt fram ett förslag till direktiv om vissa aspekter på medling i civilrättsliga tvister, KOM(2004) 718 slutlig. Direktivförslagets huvudsakliga syfte är att förbättra tillgången till tvistlösning genom att uppmuntra användandet av medling och genom att skapa ett bra samspel mellan medling och sedvanliga domstolsförfaranden.

I anslutning till — ja kanske till följd av — dessa aktiviteter på europaplanet har regeringen under 2004 utfärdat direktiv för en utredning om en ny form av ADR vid allmän domstol.⁷⁰ Utredaren skall även, som framgått i föregående avsnitt, analysera orsakerna till att medling används så sällan i Sverige. Direktiven är dock rätt knappa i den delen; man förefaller inte tro på några större förändringar. Huvuduppgiften för utredaren är helt klart att arbeta fram förslag till ett helt nytt förenklat förfarande, en ny form av domstolsanknuten ADR.

I direktiven framhåller regeringen inledningsvis att ett domstolsförfarande många gånger är kostsamt och tidskrävande för parterna. Man bedömer därför att det finns behov av ett fristående förenklat alternativ till den ordinarie civilprocessen, ett förfarande som kan erbjuda ökad flexibilitet och snabbt leda till ett lagakraftvunnet avgörande. Detta behov anses främst föreligga vid sådana tvister där privatpersoner eller små och medelstora företag med begränsade ekonomiska resurser är inblandade. Förfarandet skall också kunna användas av grupper som för närvarande kanske avstår från att vända sig till domstol, trots att de anser sig ha ett berättigat anspråk. Tillämpningsområdet skall begränsas till dispositiva tvistemål, dvs. mål där förlikning om saken är tillåten. Ledstjärnor skall vara frivillighet, snabbhet, partsinflytande och flexibilitet. Detta skall jämföras med de ledstjärnor som man annars (med risk för nackspärr) brukar blicka upp mot inom processrätten: snabbhet, säkerhet och billighet.⁷¹ Att billighet inte nämns i direktiven är nog en olyckshändelse. Mer intressant är att den kanske vackraste stjärnan — säkerheten — verkar

⁶⁸ KOM(2002) 196 slutlig.

⁶⁹ Grönboken s. 5 och 7 f., betr. kvalitetsgarantier och certifiering av ADR se s. 22 ff.

⁷⁰ Dir. 2005:77 Alternativ tvistlösning vid tingsrätt. Regeringsbeslut den 22 juni 2005.

⁷¹ Betr. principer och ledstjärnor inom civilprocessen se ”Civilprocessens grundprinciper de lege ferenda. Synpunkter i anslutning till det aktuella civilprocessuella reformarbetet i England, Danmark, Finland, Norge och Sverige”, *Progressiv process* (ovan not 5) s. 237 ff.

ha försvunnit från himlavalvet. Det är, som strax skall framgå, ingen tillfällighet.

I utredarens uppdrag ingår att ta ställning till om samtliga dispositiva tvister skall omfattas av det nya förfarandet eller om vissa målkategorier skall undantas från tillämpningsområdet. Somliga tvister innehåller både dispositiva omständigheter och indispositiva moment ("officialfakta"), dvs. både sådant som parterna kan träffa en förlikning om och sådant som parterna inte kan förfoga över på det sättet. Så är exempelvis fallet med en del fastighetsrättsliga tvister och konkurrensmål. Det står utredaren fritt att överväga om också sådana processer skall inkluderas. Såvitt jag förstår uppkommer särskilda problem att avtala sig förbi rätts säkerhetsgarantier i t.ex. artikel 6 EKMR i sådana tvister.

Förfarandet — ett slags "civilprocess light", här kallat VCP — bör enligt regeringen inordnas i den existerande domstolsorganisationen och inledas vid tingsrätt. Till skillnad från vad som gällt för tidigare utredningar⁷² skall enligt regeringen arbetet den här gången inriktas på lösningar som inte följer den nuvarande rättegångsordningen (RB). För att uppnå syftet med förfarandet anses det nämligen nödvändigt med modifieringar av vissa grundprinciper för rättegången. Utredaren skall överväga i vilken utsträckning sådana avsteg skall ske.

När det gäller den övergripande frågan om förfarandet skall vara obligatoriskt eller frivilligt framför regeringen i direktiven (s. 11) kategoriskt det mycket viktiga påståendet att ett frivilligt förfarande inte riskerar att komma i konflikt med kraven i artikel 6 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen).⁷³ Jag är, som framgått, inte övertygad om att detta skulle hålla vid en prövning inför Europadomstolen eller EG-domstolen. Man har anledning att erinra sig att i svensk rätt är huvudprincipen — visserligen försedd med lagstadgade undantag — att processuella överenskommelser mellan parterna *per se* är ogiltiga.⁷⁴ Och även om en ny processform ger ett ra-

⁷² Se t.ex. betänkandet Näringslivets tvistlösning (SOU 1995:65).

⁷³ Direktiven s. 11: " ... När det gäller den övergripande frågan om förfarandet skall vara obligatoriskt eller frivilligt kan det konstateras att ett frivilligt förfarande inte riskerar att komma i konflikt med kraven i artikel 6 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen)". Betr. artikel 6 och EG-rätten se även ovan vid och i not 43 och 50, jfr Westberg 2005 (ovan not 10) s. 349 ff., 355 f. och 363 f. med not 30 samt nästa not nedan. Att artikel 6 innehåller långtgående förfarandegarantier har dock inte hindrat Europarådets ministerkommitté från att, i sin Recommendation No. R (81) 7, 14 May 181 on Measures Facilitating Access to Justice, både slå fast möjligheterna till domstolsprövning som en fundamental rättighet och rekommendera förenkling av domstolsprocessen, minskad formalism samt förlikning och medling (princip 3), se Hällströmer (not 4 ovan) s. 11 f.

⁷⁴ Se Westberg a.st. och föregående not. Det bör observeras att avstående från blott vissa processuella rättigheter, liksom ett val mellan olika tvistlösningsformer vid domstol, inte är detsamma som ett totalt avstående från domstolsprövning.

dikalt utrymme för partsavtal och partsautonomi under förutsättning av frivillighet handlar det ju fortfarande om prövning av civila rättigheter och skyldigheter vid domstol. Ju starkare anknytningen till den statliga rättskipningen är desto större tyngd får rättsskydds- och förfarandegarantier. Varför skulle då inte artikel 6 EKMR vara tillämplig?⁷⁵

Enligt regeringen har ett obligatorium den fördelen att man då kan fånga upp även sådana parter som inte själva ser fördelarna med det nya förfarandet. Risken finns dock att det nya förfarandet av just sådana parter endast ses som ett försteg till den traditionella processen och att det då regelmässigt kan leda till en förlängning av rättegången. Mot bakgrund av de märkbara fördelarna med frivillighet skall utredaren därför föreslå regler för utformningen av ett sådant förfarande i enlighet med följande riktlinjer.

I ett frivilligt förfarande är det enligt direktiven naturligt att parternas dispositionsrätt är stor. Parterna kan ha ett gemensamt intresse av att tvisten handläggs på en viss plats eller av personer med viss erfarenhet och kompetens. De bör därför, enligt direktiven, kunna styra över bland annat vilken domstol som skall handlägga tvisten. Den begränsningen skall emellertid finnas att endast en domstol i första instans (tingsrätt) kan väljas. Eftersom förfarandet inte grundar sig på avtal i förväg måste enligt regeringen initiativrätten av naturliga skäl ligga hos käranden/sökanden.⁷⁶ Svaranden/motparten bör dock kunna opponera sig mot valet av domstol. Därför måste det finnas en reglering som avgör vilken tingsrätt som vid oenighet skall vara behörig att handlägga tvisten, t.ex. en tillämpning av allmänna forumregler. För att uppnå eftersträvad snabbhet är det enligt regeringen lämpligt att målet handläggs av en ensamdomare. För att fylla sitt syfte skall förfarandet vidare vara flexibelt. Utredaren skall överväga vad

Förstnämnda typ av dispositioner är fullt möjliga redan idag, t.ex. genom avtal, redan innan tvist uppkommit, om forum och avstående från fullföljd till hovrätt, liksom val av ansökan om säkerhetsåtgärder eller betalningsföreläggande i stället för ordinär rättegång. I de sistnämnda fallen kan dock förfarandet övergå i vanlig process om någon av parterna begär det. Huruvida det skall vara möjligt med en sådan övergång till ett mer kvalificerat förfarande sedan domaren väl godtagit att tvisten prövas enligt VCP framgår inte av direktiven. Troligen är det inte avsikten. — I sammanhanget kan även hänvisas till L. Heumans uttalande betr. ogiltighetsreglerna vid skiljeförfarande (Skiljemannarätt, 1999, s. 273): " ... Parterna får däremot på förhand överenskomma om ett summariskt förfarande som inskränker deras rätt att utföra talan, men de kan inte begränsa denna rätt i så hög grad att det inte finns några garantier för att det skipas materiell rättvisa. Man bör inte godta ett avtalat förfarande som utgör en parodi på rättskipning där slumpen kan utgöra den avgörande faktorn." Vid prövningen av om ett avtal kan ogiltigförklaras bör rimligen inte bara 36 § avtalslagen utan även t.ex. innehållet i artikel 6 EKMR kunna få direkt eller indirekt betydelse, mer därom ovan i och vid not 43 och 50 med där anförda arbeten. Betr. Romfördragets artikel 81 se ovan i not 50 a.a.

⁷⁵ Jfr föregående not, not 50 och Knuts (ovan not 50) s. 147. Liknande synpunkter framförs även av Lindell i brev till författaren januari 2006.

⁷⁶ Jag förstår inte varför man inte skulle kunna låta svaranden ta initiativ till en övergång till VCP när ordinär stämningens ansökan delges denne. Sedan skulle dock givetvis krävas enighet mellan parterna betr. valet av processform.

som behöver regleras i lag och vad som kan överlämnas till parterna och domaren att bestämma om.

Frivilligheten bör enligt direktiven också gälla domaren i så måtto att det står domaren fritt att meddela parterna att deras tvist inte lämpar sig för det förenklade förfarandet. I sådant fall ligger det närmast till hands att tvisten hänskjuts till det vanliga förfarandet. Utredaren skall överväga den närmare utformningen av regleringen i detta hänseende.

För övrigt anges inte i direktiven hur långt parternas bestämmanderätt skall sträcka sig. Som redan nämnts är den principiella utgångspunkten i svensk rätt att processuella överenskommelser mellan parterna är ogiltiga.⁷⁷ Skall parterna i det nya förfarandet t.ex. kunna avtala att domaren även skall kunna beakta icke-rättsliga faktorer och företa en fri intresseavvägning vid avgörandet? Skall de med bindande verkan för domaren kunna avtala om rättsanvändningen och bevisvärderingen?⁷⁸ I ett domstolsförfarande är bevisföringen noga reglerad. Motsatsen gäller skiljeförfarandet, även om skiljenämnder tenderar att snegla på rättegångsbalken i inhemska förfaranden. När det gäller det nya förfarandet skall utredaren överväga om det skall finnas några regler om bevisningen eller om frågan vilken bevisning som skall tillåtas och hur den skall läggas fram skall avgöras från fall till fall.

En mer teknisk fråga är vad som skall hända om någon av parterna inleder en vanlig process under ett pågående alternativt förfarande. Antingen föreligger hinder att ta upp det vanliga förfarandet (litispendens) eller så inträder hinder för det pågående alternativa förfarandet. Utredaren skall överväga vilken lösning som är den mest ändamålsenliga och hur den förordade regleringen närmare skall utformas.

För att utgöra ett reellt alternativ till den vanliga processen och inte leda till förlängning bör enligt direktiven det frivilliga förfarandet mynna ut i ett verkställbart icke överklagbart avgörande som har rättskraft. Utredaren skall dock överväga om det, liksom för skiljedomar, bör finnas ett system för klander av avgörandena samt vad som i övrigt behöver föreskrivas beträffande avgörandet. Andra ämnen som skall utredas är frågor om offentlighet och sekretess, deltagande av ombud, rättshjälp och jäv.

Utredaren skall även ta ställning till om domstolens avgöranden skall motiveras skriftligen. Det allmänna kravet på domskäl utgör enligt regeringen ett mycket viktigt inslag i varje demokratiskt domstolsystem. I första hand är det parterna som kan antas ha intresse av att få ta del av domskälen, men domskälen möjliggör också insyn i och kontroll av förfarandet. Sistnämnda aspekt gör sig enligt regeringen inte gällande med samma styrka beträffande ett frivilligt förfarande. Själv-

⁷⁷ Se ovan vid not 74.

⁷⁸ Se betr. partsautonomin de lege lata B. Lindell, Partsautonomins gränser, 1988.

klart behövs inte heller domskäl för att underlätta andrainstansens hantering eftersom avgörandena inte kommer att kunna överklagas. Man kan enligt direktiven tänka sig en ordning där parterna, i praktiken ungefär som vid "tilkendegivelse" i Danmark,⁷⁹ måste framställa en särskild begäran för att domaren skall motivera sitt avgörande. Utredaren skall överväga om det är befogat att alltid kräva motiverade avgöranden eller om beslutanderätten skall överlämnas till parterna.

Ytterligare en fråga att ta ställning till gäller parternas ansvar för kostnader. Domstolsförfarandet har den fördelen att det endast utgår en ansökningsavgift. En utgångspunkt för utredarens överväganden i kostnadshänseende skall vara att denna ordning skall bestå. Med avsteg från det som gäller i allmänhet för dispositiva tvistemål skall utredaren däremot föreslå regler som innebär att vardera parten står sina rättegångskostnader (kvittning).⁸⁰ Regeringen anser att en sådan ordning kan vara väl förenlig med den frivillighet och samarbetsanda som skall ligga till grund för det alternativa förfarandet.

Utredningen arbetar för fullt när detta nummer av SvJT utkommer och skall, efter bara drygt ett års arbete, presentera sina förslag för regeringen redan i februari 2007. I nästa avsnitt anlägger jag några synpunkter på vad man kan vänta sig.

4 Sammanfattning och slutsatser

På senare år har ADR — den tredje vågen inom AtJ-rörelsen — tornat upp sig till något som börjar likna en tsunami. Förespråkarna för denna form av tvistlösning är många, motståndarna och tvivlarna är få och gör sig sällan hörda.⁸¹ Statsmakterna bidrar till utvecklingen och har ambitioner att inte bara hävda utan även utvidga sitt eget revir i det alternativa tvistlösningslandskapet. Europarådet och EU driver på utvecklingen men förefaller tala med dubbel tunga när man ställer höga rättssäkerhetskrav på ordinarie process samtidigt som man arbetar för förenkling av processen och en ökad användning av ADR, även inom domstolarna.⁸²

Utvecklingen måste följas noggrant. Den tredje vågen kan komma att skölja bort vad man uppnått med de två första.⁸³ Domstolarnas möj-

⁷⁹ Systemet innebär att domaren föreslår parterna att avtalsvis acceptera ett preliminärt domsförslag och därmed avstå från möjligheten att gå till högre rätt. Avtalet fastställs sedan genom en dom. Det har sagts mig att denna ordning är en av de viktigaste förklaringarna till att man klarar sig med mycket färre domare i Danmark än i Sverige. Betr. förenklad domskrivning se vidare SOU 2001:103 s. 283 ff.

⁸⁰ Drömmen om att öka (eller minska) processbenägenheten med hjälp av kvittningsregler är nog mest en dröm, åtminstone så länge det inte handlar om "sned" kvittning, dvs. endast till förmån för den ena parten, som t.ex. vid arbetstvister och i mål enligt 2003 års lag om förbud mot diskriminering (se 20 § 2 st.), jfr Roos ovan i not 56 a.a. och diskussionen hos Hällströmer (ovan not 4). Erinras må även om att eventuella ombudskostnader redan idag kvittas i småmål.

⁸¹ Se dock ovan not 2 och 7.

⁸² Se ovan not 73 med hänvisningar. Betr. förfarandegarantier vid ADR se ovan vid och i not 43, 50 och 74.

⁸³ Den första vågen, rättshjälpen, har redan ebbat ut, jfr not 26 ovan.

ligheter till handlingsdirigering, prejudikatbildning, rättsskapande samt kontroll av lagstiftaren och den verkställande makten — liksom processens kommunikativa funktioner — försvagas. Fördelarna med ADR är få jämfört med nackdelarna.⁸⁴ I värsta fall kan ADR fungera som opium för rättsväsendet. Lagstiftaren och domstolarna passiviseras i sina omsorger om den ordinarie civilprocessen. Medborgarna invaggas i en falsk lyckokänsla av lättillgänglig och kvalitativ access to justice.

ADR kan på så sätt vara en drog med bedövningsverkan, men att tala om opium är nog än så länge överdrivet. Jag vill föreslå att drogen receptbeläggs och förses med noggranna instruktioner för sin användning. ADR kan inte bota alla de åkommor som drabbat den ordinarie civilprocessen (OCP) och den kan ha allvarliga biverkningar. Om ADR missbrukas kan det betyda att OCP kräver intensivvård. En sund och välfungerande ADR förutsätter inte bara reglering utan även jämlika och realistiska möjligheter att genomföra en ordinär rättegång.⁸⁵

Men nya former av ADR introduceras på marknaden utan föreskrifter om hur man skall undvika överdoser och beroende. Risker finns även, ja kanske särskilt, vid domstolsanknuten ADR. Det gäller särskilt skyddet för svagare part. Är det förenligt med den konstitutionellt och internationellt garanterade rätten att få sin tvist prövad av domstol att införa obligatoriska eller ens frivilliga moment av ADR i anslutning till process vid domstol? Kan man genom nationell lagstiftning kringgå EKMR och EG-rätten och därmed sänka rättssäkerhetsribban vid obligatorisk och frivillig domstolsanknuten ADR?⁸⁶ Jag betvivlar att detta låter sig göras i den utsträckning och så enkelt som regeringen förefaller anta.

Om man nu kan gå runt EKMR och EG-rätten och domstolarna tillåts ta för sig på den alternativa tvistlösningsmarknaden, bör vi i så fall på processuell eller materiell väg utvidga de nuvarande möjligheterna att jämka eller ogiltigförklara avtal — inte bara skiljeavtal — om avstående från eller begränsning av domstolsprövning åtminstone i de fall då det föreligger obalans i styrkeförhållandet mellan parterna, typiskt sett eller i det aktuella målet?⁸⁷ Krävs materiellt eller processuellt skydd även i andra avseenden?

⁸⁴ Se ovan avsnitt 2.2, jfr Resnik (ovan not 7) vid (sin) not 13: "conflict has emerged between judging as we understand it and systems of dispute resolution that lack most of adjudication's values and attributes".

⁸⁵ Se Hagiwara (ovan not 2) och J. Ramberg (ovan not 60) s. 639.

⁸⁶ Se ovan vid not 43, 50, 73 och 74, jfr Resnik (ovan not 7) vid not 82: "Concepts of 'rights to sue' have given way to enforcing obligations to use alternatives, many of which do not permit aggregate processing and do not require public disclosure [...]."

⁸⁷ Se om jämkning av skiljeavtal den intressanta genomgången hos G. Möller, "Om jämkning av skiljeavtal", Juridiska Föreningens i Finlands Tidskrift 1996 s. 441 ff. Jfr betr. det europeiska perspektivet, T. Wilhelmsson, "Vad CLAB Europa förtäljer om skiljeklausulers skälighet", Festskrift till Per Henrik Lindblom (ovan not 2), 2004, s. 781 ff. Se även Ödmans kommande avhandling (ovan not 50).

Man kan på goda grunder hävda att staten och domstolarna bör hålla tassarna borta och överlåta ADR helt till den privata tvistlösningsmarknaden. När domstolarna framträder i flera olika roller med varierande ambitioner vad gäller *rättskipning* i ordets egentliga mening suddas gränserna inom normtillämpning och normbildning ut. Det materiella innehållet i "gällande rätt" blir oklart med de skadeverkningar detta har för medborgarna och deras förtroende för domstolarna. Vidare tas resurser avsedda för egentlig rättskipning i anspråk för fel ändamål.

Det finns redan ett välutvecklat system för statlig och privat ADR i Sverige. Det är bra; pluralism och konkurrens är positivt inte endast vad gäller förhållandet mellan OCP och ADR utan även mellan de olika formerna av ADR inbördes.⁸⁸ Men att vi redan är välförsedda på tvistlösningsområdet har inte hindrat regeringen att nyligen tillsätta en utredning med främsta uppdrag att — *utom* ramen för RB — arbeta fram förslag till en alternativ, valfri civilprocess (VCP), förlagd till domstol och präglad av frivillighet, snabbhet, partsinflytande och flexibilitet. Staten har tydligen inte givit upp ambitionen att låta domstolarna spela en viktig roll på tvistlösningsmarknaden även i fortsättningen.

Kanske är syftet med reformsträvandena främst att ge möjlighet för parterna att avtala bort det skydd artikel 6 EKMR ger — vilket som nyss nämnts knappast låter sig göra fullt ut — samtidigt som man nu i Sverige privatiserat rättshjälpen och tillåter försäkringsbolagen att missköta de rättsskydds försäkringar som trätt i dess ställe.⁸⁹ Det föreligger då en betydande risk att svaga parter utan ombud under en täckmantel av frivillighet i alltför hög grad kommer att medvetet eller omedvetet avstå från sina materiella och processuella rättigheter. Men det är oklart hur långt regeringen har tänkt sig att partsautonomin skall sträcka sig utöver själva förfarandet vid VCP, till exempel vad gäller rättsanvändningen, utrymmet för icke-rättsliga faktorer och begränsning av bevisningen. Klart är dock att VCP avses leda fram till rättskraftiga och exigibla avgöranden. Därmed stängs också den väg till uppföljande domstolsprövning som i allmänhet återstår efter ADR utom domstol, t.ex. de från rättssäkerhetssynpunkter på sistone starkt kritiserade försäkringsnämnderna.

Utredningsdirektiven leder för övrigt tankarna till reglerna om "kort geding" i Nederländerna och om "tilkendegivelse" i Danmark.⁹⁰ Den på senare tid ökande användningen av ansökan om säkerhetsåt-

⁸⁸ Jfr Brunet (ovan not 7) s. 7 och 56 samt Westberg 2005 (ovan not 10) s. 348 och 363.

⁸⁹ Se ovan i not 26 a.a. och Lindblom i SvJT 2005 s. 183 ff. — Enligt A. Ramberg (Advokaten, januari 2006 s. 4) kan avecklingen av det allmännas stöd till den enskildes rättsskydd inte få fortgå. Man kan nu se hur unga jurister i ökande utsträckning väljer bort humanjuridiken som arbetsfält vilket leder till resurs- och kompetensbrister på rättsområden som är helt centrala för den enskilde medborgaren.

⁹⁰ Ovan not 79.

gärder enligt 15 kap. RB⁹¹ borde också vara relevant i sammanhanget, men nämns inte i direktiven. Dessa regler används numera inte endast i anslutning till ordinarie rättegång utan i stigande grad som ett processsubstitut som får avsluta tvisten. Man kan på så sätt gå runt förfarandegarantier i vanlig process och få tillgång till ett summariskt expressförfarande som fungerar som en domstolsanknuten form av ADR. En strikt tillämpning av gällande rätt ersätts då av inte sällan med förenklad lagtillämpning och översiktlig intresseavvägning. Bör en sådan utveckling främjas eller motarbetas?⁹²

Att sikta på ett från RB fristående tvistlösningsförfarande vid domstol är att underkänna möjligheterna att vidareutveckla RB och de regler den innehåller. Man kan fråga sig var man skall finna en tillräckligt stor nisch där det nya förfarandet kan finna en boplats. Nästan allt regeringen pekar på i utredningsdirektiven går ju att åstadkomma inom ramen för vad OCP erbjuder idag. Det gäller till exempel parternas inflytande på domstolens sammansättning (endomarsystem) och valet av domstol.⁹³ Och att VCP avses bli ett eninstansförfarande skall ställas mot att det vid OCP numera ofta krävs prövningstillstånd till andra instans samt att parterna — även innan tvist uppstått — kan avtala om förbud mot fullföljd till hovrätt (men ändå vid behov utnyttja Högsta domstolen för ett snabbt besked i frågor med prejudikatsvärde). Rika möjligheter att avvika från grundprinciperna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration finns enligt RB och flexibiliteten i dessa hänseenden har nyligen åter utökats.

Så vad är nytt? Kvar av de idéer till ett nytt förfarande som kastas fram i direktiven blir i stort sett bara den gamla önskedrömmen om att parterna i Sverige, liksom i Danmark, skall kunna befria domaren från att skriva domskäl. En sådan avlastning torde knappast utöva någon större lockelse på parterna, som ändå säkert får svårt att motstå domarens önskemål i detta avseende. Att vissa domare är tilltalade av tanken leder inte till ökad AtJ för parterna. Vidare noterar man eventuella begränsningar av offentligheten⁹⁴ och ökade möjligheter att kvitta rättegångskostnaderna. Sådana ändringar, liksom ett ännu mera flexibelt förfarande, skulle dock lätt kunna åstadkommas genom några penndrag i den redan gällande rättegångsbalken.

Kanske är detta också, trots att man i direktiven talar om att VCP skall vara fristående i förhållande till RB, den framtid som väntar de förslag utredningen (efter en löjeväckande kort utredningstid) kan komma med. Samma sak hände med småmålslagen, som efter att ha

⁹¹ Se ovan vid not 10. "Kort geding" har en liknande bakgrund i behovet av snabb exigibilitet.

⁹² Westberg 2004 (ovan not 10), Bok 4, s. 349, pekar på två sätt att motarbeta ett överutnyttjande av 15 kap. RB. Betr. konventionspraxis då det gäller frågan om i vilken utsträckning garantierna enligt artikel 6.I EKMR gäller vid ansökan om säkerhetsåtgärder se Knuts (ovan not 50) s. 199.

⁹³ Däremot förefaller man inte vilja öppna möjlighet att välja en viss domare.

⁹⁴ Vid domstolsanknuten medling i Finland skall avgörandet vara offentligt, ovan not 63.

varit i kraft under några år arbetades in, och delvis försvann, i RB. Det nya förfarande som regeringen skisserar i direktiven — ”lightversionen” — förtjänar i ett sådant utspätt skick knappast benämningen opium för rättsväsendet. Rätt utformad och använd kan en ny form av civilprocess rent av fungera som ett motgift mot privatiseringsfundamentalisternas försök att lägga under sig hela tvistlösningsmarknaden på bekostnad av domstolarnas möjligheter att utöva sina viktiga samhällsuppgifter. Måhända skymtar vi här vad som kan bli början till en fjärde våg inom ATJ-rörelsen, den här gången med betoning på den sista bokstaven: Justice.⁹⁵ Ty givetvis vill vi inte bara ha tillgängliga domstolar samt snabba och billiga förfaranden utan även oberoende domare och förfarandegarantier för parterna samt på gällande rätt välgrundade domar.

Eller är det så säkert? Kanske är det nu dags att ifrågasätta några av de heligaste budorden i den processuella diskursen. Finns det verkligen fortfarande svaga parter som behöver skyddas, inte bara materiellt utan även processuellt, i dispositiva tvistemål? Jo, det gör det nog.⁹⁶ Men frågan är om vi i stället för att strikt *hävda* nu snarare måste börja *dämpa* de höga krav som grundlag, EKMR, EG-rätten och diverse folkrättsliga åtaganden ställer vad gäller offentlighet, muntlig förhandling, rätten att överklaga etc. Kanske är det främst en sådan modifiering regeringen är ute efter, även om reformer av det slaget sannolikt förutsätter internationellt samarbete och inte kan ske enbart genom nytillskott inom den nationella processrätten. Det står dock allt klarare att orealistiskt höga rättssäkerhetsgarantier i ordinarie civilprocess kan fresta staten att anvisa — och parterna att alltför ofta välja — farliga omvägar förbi domstolarna ut i den privata tvistlösnings träskmarker. Om det blir resultatet av en alltför rigid syn på rättssäkerhet och förfarandegarantier har Europarådet, EU och nationalstaterna rent faktiskt försvårat genomslaget för värderingarna bakom sina egna materiella lagar. Och då har man — i all välmening — inte skapat *access* utan de facto *obstacles* to justice för medborgarna.

⁹⁵ Knuts (ovan not 50) menar efter genomförd undersökning (s. 252) att det närmast universella kravet på förfarandegarantier tyder på att det hos varje jurist (eller åtminstone processualist) finns en gemensam nämnare — *Rättvisa* — som i här aktuell kontext avser grundläggande krav på förfarandet. Denna gemensamma värdegrund betecknar hon som ”en stor berättelse” som är allt annat än död; tvärt om verkar den leva i högönskelig välmåga, jfr ovan vid not 6.

⁹⁶ Det bör dock nämnas att högutbildade och höginkomsttagare är överrepresenterade bland de konsumenter som vänder sig till Allmänna reklamationsnämnden och till kommunala konsumentvägledare, Hällströmer (ovan not 4) s. 48.