

Om domstolarnas förlikningsverksamhet i Sverige, Australien och Japan — en kritisk utvärdering av det svenska systemet¹

Av jur.kand. ERIK FICKS²

En utgångspunkt är att rättsväsendet skall uppmuntra förlikningar i dispositiva tvistemål. Det finns därför förlikningsförfaranden i anknytning till de allmänna domstolarna, som ett sätt att minska handläggningstiden och att öka både parternas och allmänhetens förtroende för att effektiv tvistlösning kan erbjudas. I Sverige är dock förlikningsförfaranden litet uppmärksammade, bl.a. sker föreläggande till medling uppskattningsvis i endast en procent av alla dispositiva tvistemål. I denna artikel beskrivs de domstolsanknutna förfaranden för att förlika tvistemål som finns i Sverige, Australien och Japan och en jämförelse görs mellan dessa system. En kritisk utvärdering av det svenska systemet sker sedan mot bakgrund av denna jämförelse. Slutsatserna är att tillgången till förlikningsförfaranden i det svenska systemet är påfallande koncentrerad till endast förberedelsen i första instans samt att det finns påtagliga brister vad gäller tydlighet och struktur för förfarandena, vilket kan antas försämra förutsättningarna för att de används på ett effektivt sätt. I SOU 2007:26 ("Alternativ tvistlösning") ges förslag på hur främjandet av förlikningar skulle kunna förbättras i de allmänna domstolarna i Sverige, bl.a. genom reglering av förlikningsförfaranden också i hovrätten och genom att förespråka ökad användning av föreläggande till medling.³ Genom införandet av dessa förslag skulle flera av de brister som uppmärksammas i denna artikel kunna åtgärdas, men kritik kan fortfarande riktas mot bristen på reglering av den praktiska handläggningen vid domares förlikningsförhandling respektive vid föreläggande till medling.

¹ Artikeln är baserad på författarens examensarbete *Commercial Settlement in Sweden, Australia and Japan — Models of General Court-Connected Conciliation and Mediation in Commercial Disputes and the Swedish System Evaluated* (Uppsala universitet), 2007, som kan laddas ned i sin helhet från <http://ww.jur.uu.se/upsats/search.aspx>. En artikel baserad på samma examensarbete publiceras i 25/*Zeitschrift für Japanisches Recht/Journal of Japanese Law*, 2008, under titeln *Models of General Court-Connected Conciliation and Mediation for Commercial Disputes in Sweden, Australia and Japan*.

² Verksam som biträdande jurist i gruppen för Tvistlösning vid Roschier Advokatbyrå AB, Stockholm. Har tidigare publicerat flera artiklar om medling och processrätt. Anlitats även som föreläsare inom ämnet.

³ För en allmän beskrivning av förslaget, se Erik Ficks, "Alternativ tvistlösning" i *allmän domstol*, SvJT 2007 s. 569 ff. Under våren 2008 kommer det att beslutas om, och och i så fall i vilka delar, man skall gå vidare med lagstiftning.

Inledning

Avgränsning

I denna artikel behandlas endast dispositiva tvistemål. Vidare behandlas endast tvistlösningsförfaranden som har en anknytning till de allmänna domstolarna och rättsväsendet. Skiljeförfaranden samt medling och annan alternativ tvistlösning som privata institut erbjuder är härigenom uteslutna från undersökningen.

Förfaranden för främjandet av förlikningar i tvistemål finns i anknytning till de allmänna domstolarna i Sverige, Australien och Japan. Dessa förfaranden uppvisar dock stora olikheter. För att åskådliggöra dessa skillnader har jag valt att göra en kronologisk uppdelning mellan tiden före rättegång, under rättegång och efter rättegång. I syfte att kunna tjäna till underlag för en komparativ jämförelse används begreppet *rättegång* i betydelsen av en eller flera offentliga förhandlingar i domstolens första instans som genomförs åtminstone delvis muntligt och traditionellt sett skall leda till dom. Vidare tas särskild hänsyn till följande utvalda kännetecken för olika typer av förlikningsförfaranden: inledandet av förfarandet, det praktiska utförandet, den eventuella förlikningens rättskraft, kostnaderna för förfarandet samt frågor om domarjäv och sekretess avseende förfarandet i förhållande till traditionell rättegång.

Något om begrepp inom alternativ tvistlösning

Internationellt sett är de två mest använda begreppen inom alternativ tvistlösning *conciliation* och *mediation*. Det tidigare begreppet används bland annat i UNCITRAL:s modellag om internationella förlikningsförfaranden,⁴ och användes tidigare i ICC:s regler om förlikningstjänster.⁵ Medan vissa sätter likhetstecken mellan de båda begreppen, konstaterar andra att det inte finns någon konsensus om begreppens respektive betydelse.⁶

Vad som är förvirrande med svenskan är att både engelskans *settlement* och dess *conciliation* översätts som *förlikning*. I Sverige har begreppet *medling* tidigare använts som synonymt med de båda olika förfaranden för främjandet av förlikningar enligt 42 kap 17 § första stycket respektive andra stycket rättegångsbalken ("RB").⁷ På senare tid finns det dock en tendens att begränsa vad som skall anses som *medling* i egentlig mening, med vilket avses det moderna konceptet *mediation* med ursprung i USA under 1970-talet och som bl.a. innebär att förfarandet per definition inte kan ledas av handläggande do-

⁴ UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002). Se även UNCITRAL Conciliation Rules (1980).

⁵ ICC Rules of Conciliation (1998), numera ersatta av ICC ADR Rules (2001).

⁶ Se Arthur Marriott och Henry Brown, *ADR Principles and Practice*, 2 uppl., 1999, s. 127. Se även Europeiska Gemenskapernas Kommission, *Grönbok om alternativa system för tvistlösning inom civil- och handelsrätt*, KOM(2002) 196 slutlig, fn 3.

⁷ Per Olof Ekelöf, Henrik Edelstam och Robert Boman, *Rättegång V*, 7 uppl., 1998, s. 64–71.

mare.⁸ För förlikningsförfaranden som inte anses som *medling* i egentlig mening används dock inget mer precist begrepp i Sverige än *förlikningsförhandling*.

Det kan tyckas som att begreppsfrågan är av mindre betydelse, men i komparativa studier av Japan är detta viktigt. *Conciliation* används nämligen som engelsk översättning av *Choutei*, vilket är ett institutionellt förlikningsförfarande med en särskild rättslig betydelse och med lång tradition. Detta skiljs åt från de moderna koncepten *mediation* och *ADR (alternative dispute resolution)* efter modell från USA, som nu håller på att introduceras i Japan.⁹ I det följande kommer jag därför att använda begreppen *conciliation* och *mediation* såsom de skiljs åt i japansk rätt, vilket också har sin motsvarighet i Australien.¹⁰ Enligt denna definition är *conciliation* en metod för främjandet av förlikning där en tredje man är aktiv genom att ge konkreta förlikningsförslag, medan *mediation* är när den tredje mannen endast skall främja parternas diskussion och komma med öppna förslag till en lösning på tvisten.¹¹ Inte enligt någon av dessa definitioner kan den tredje mannen påtvinga parterna en lösning på tvisten.¹²

Som svensk översättning av begreppen *conciliation* och *mediation* kommer i det följande *förlikningsförhandling* respektive *medling* att användas. För att skilja på olika medlingstekniker har begreppen *faciliterande medling* och *evaluerande medling* börjat användas i Sverige, varvid medlaren bara i den senare varianten är aktiv och ger uttryck för personliga och juridiska värderingar mot en bestämd lösning av tvisten.¹³ Det förespråkas även att medling av det senare slaget kan följa på medling av det förra slaget.¹⁴ Som kommer att visas nedan kan så även vara fallet vid förfaranden där det är tillåtet med både *mediation* och *conciliation*, och de två begreppsparen kan sägas motsvara varandra.

⁸ Se Bengt Lindell, *Förlikning och medling*, i Torbjörn Anderson and Bengt Lindell (red), *Vänbok till Torleif Bylund* s. 261 ff., 2003, s. 265. Se även Gisela Knuts, *Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling*, 2006, s. 78.

⁹ Se bl.a. *Saibangai funsoi kaiketsu tetsuzuki no riyō no sokushin ni kansuru houritsu [Law for Promotion of Use of Alternative Dispute Resolution]* (2004) som trädde i kraft under 2007 och introducerar ett system för listande av godkända privata institut som erbjuder alternativ tvistlösning.

¹⁰ Se NADRAC, *Dispute Resolution Terms: The Use of Terms in (Alternative) Dispute Resolution*, 2003, s. 3. NADRAC är en förkortning för *National Australian Dispute Resolution Council*, en organisation som är politiskt tillsatt och finansieras med offentliga medel.

¹¹ Joseph Davis (under medverkan av H. Oda och Y. Takaishi), *Dispute Resolution in Japan*, 1996, s. 152.

¹² Se *UNCITRAL Conciliation Rules* (1980) art 7(4): "The conciliator may, at any stage of the conciliation proceedings, make proposals for a settlement of the dispute." Jfr *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation* (2002) art 1(3): "The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute."

¹³ Se bl.a. Bengt Lindell, *Alternativ tvistlösning*, 2000, s. 74–78. Se även SOU 2007:26, s. 122.

¹⁴ SOU 2007:26, s. 123.

Komparativ studie

Sverige

Det svenska rättssystemet och civilprocessen behöver ingen närmare inledning generellt sett. Det skall dock noteras att i förhållande till den kronologiska uppdelning som görs i denna artikel är tiden fram till huvudförhandling i tingsrätt att ses som före rättegång, medan huvudförhandlingen i tingsrätt är under rättegång och tiden från avslutande av huvudförhandlingen, inklusive överklagan, är efter rättegång.

Enligt 42 kap 6 § RB *skall* förberedelse ske efter stämning och under förberedelsen *skall* det bl.a. klarläggas om det finns förutsättningar för förlikning och i vad mån parterna är oense om åberopade sakförhållanden. Förberedelsen skall härigenom användas för att få ett slut på tvisten snabbt. Detta ger upphov till tre olika förlikningsförfaranden. Till att börja med *skall* rätten verka för att tvistefrågorna blir klarlagda och att parterna anger det som de vill åberopa i målet, enligt 42 kap 8 § andra stycket RB. Denna rättens materiella processledning innefattar ett sorts förlikningsförfarande där handläggande domare skall få parterna att kommunicera om tvisten och möjligheten att nå en överenskommelse i samförstånd. Genom frågor och påpekanden skall det klarläggas vad parterna egentligen menar, utan att rätten är efterforskande eller rådgivande. Detta obligatoriska förlikningsförfarande skiljer sig från den förlikningsförhandling som presumeras ske enligt 42 kap 17 § första stycket RB, både i förhållande till den rättsliga grunden och handläggande domares aktivitet.¹⁵ I praktiken görs dock inte alltid någon åtskillnad mellan dessa två förfaranden.

Enligt 42 kap 17 § första stycket RB *skall* rätten verka för att parterna förlikas, men bara *om* det är lämpligt med hänsyn till målets beskaffenhet och övriga omständigheter. Hur denna förlikningsförhandling som handläggande domare leder skall gå till är inte närmare reglerat. Av förarbetena framgår det dock att rätten är begränsad av intresset att upprätthålla allmänhetens förtroende för domstolen som objektiv och oberoende och att man inte skall medverka till att part känner sig tvingad att ge upp sina rättigheter. Däremot finns det inga hinder mot att medverka i en uppgörelse som inte överensstämmer med den materiella rätten, om detta tydligt uttrycks som parternas vilja. Inom denna ram kan domaren bl.a. ge konkreta förlikningsförslag.¹⁶ I praktiken genomförs en förlikningsdiskussion ofta genom att handläggande domare har enskilda samtal med respektive part och ombud för att få fram förslag på en lösning av tvisten.¹⁷ Lindell föresprå-

¹⁵ Se allmänt Bengt Lindell, *Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning?*, 2006, s. 162–164.

¹⁶ Se regeringens proposition 1986/87:89 *Om ett reformerat tingsrättsförfarande*, s. 111–114.

¹⁷ Se Thore Brolin, Åke Rehnström och Magnus Widebeck, *Tvistemålsprocessen I*, 3 uppl., 2001, s. 162.

kar dock att det borde vara förbjudet för rätten att hålla enskilda samtal som ett led i förlikningsförhandlingen, vilket också är fallet i Norge. Denna ståndpunkt baseras främst på att enskilda samtal kan antas strida mot den kontradiktoriska principen och därmed också mot art 6 i Europakonventionen.¹⁸ Ett sådant utförande bör därför förutsätta att parterna samtycker till detta.

Under förberedelsen i tingsrätten kan parterna även föreläggas att inställa sig till särskild medling, enligt 42 kap 17 § andra stycket RB. Detta är ett val för domaren när det med hänsyn till målets beskaffenhet är ett lämpligare sätt att verka för förlikning, t.ex. när reglerna om domarjäv och ramen för traditionell rättegång hindrar handläggande domaren från att förmå parterna att förlikas baserat på en skälighetsbedömning av tvisten. Ett föreläggande skall i princip inte ske om parterna motsätter sig detta,¹⁹ vilket innebär att målet då inte skall ses som lämpligt för medling i lagens mening. Det framgår uttryckligen av förarbetena att det är lämpligheten i förhållande till handläggande domares förlikningsförhandling som skall bedömas, men utifrån de exempel som ges på mål där medling är lämpligare framgår det att en jämförelse även skall göras med resursåtgången om målet annars måste avgöras genom traditionell rättegång om ingen förlikning kan nås.²⁰ Vid särskild medling skall en medlare förordnas av rätten och sammanträde sättas ut. Något ytterligare stadgas inte om detta förfarande. Av förarbetena framgår det dock att såväl hela tvister som delfrågor kan hänvisas till medlingen.²¹

Till medlare kan en eller flera personer utses, såväl domare som andra. Det uppställs inga speciella kriterier och domstolen upprätthåller inte heller någon lista över lämpliga medlare. Det är inte nödvändigt att parterna godkänner den förordnade medlaren, men det skall i allmänhet ske.²² I syfte att inte begränsa medlingsverksamheten är inget närmare angivet för hur medlaren skall agera,²³ vilket gör att vem som är medlare kommer vara av avgörande betydelse. Om ingen förlikning nås skall målet återförvisas till domstolen.²⁴ Det finns inget stadgat om att rätten skall sätta ut en tid för inom vilken förfarandet skall avslutas, men detta bör ändå ske i praktiken (om inte annat genom att tid för huvudförhandling bestäms).

Om parterna förlikas efter ansökan om stämning kan talan dras tillbaka och rätten avskriva målet. Detta utgör dock inget hinder mot en ny ansökan om stämning på samma grund. Om en förlikning nås un-

¹⁸ Bengt Lindell, *Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning?*, 2006, s. 179–180.

¹⁹ Prop. 1986/87:89, s. 207.

²⁰ Se prop. 1986/87:89, s. 207–209.

²¹ Se regeringens proposition 1988/89:95 *Om ändringar i rättegångsbalken m.m.*, s. 209.

²² Se prop. 1986/87:89, s. 207 f.

²³ Se prop. 1986/87:89, s. 208.

²⁴ Se Per Olof Ekelöf, Henrik Edelstam och Robert Boman, *Rättegång V*, 7 uppl., 1998, s. 70.

der den muntliga förberedelsen kan dock rätten bistå parterna genom att förlikningsavtalet antecknas i protokollet. Härigenom blir förlikningens villkor offentliga, utan att avtalet blir verkställbart annat än som avtal i allmänhet. Under förlikningsförhandlingen är det annars vanligt att man "lägger ned pennan" och endast antecknar i protokollet att förlikningsdiskussion förs. Parterna kan dock även gemensamt ansöka om att rätten stadsfäster förlikningen i dom.²⁵ En stadsfäst förlikning har samma rättskraft som lagakraftvunnen dom och kan verkställas enligt utsökningsbalken.²⁶

Enbart vid särskild medling tillkommer det extra kostnader för parterna, främst medlarens arvode och lokalhyra (om domstolens lokaler inte används).²⁷ En bestämd ansökningsavgift har dock under alla förhållanden betalats vid ansökan om stämning. Huruvida kostnaderna för medlingen skall anses ingå i rättegångskostnaderna (och därmed ersättas av den tappande parten) om ingen förlikning nås och målet avgörs genom dom i traditionell rättegång finns det inget stadgat om. Detta måste härmed lösas enligt huvudregeln i 18 kap 8 § RB. Endast kostnader för förlikningsförhandlingar som rör samma sak anses ersättningsgilla.²⁸ Det är därför osäkert om vad som gäller i förhållande till särskild medling, där ett av syftena och fördelarna med förfarandet framför förlikningsförhandling i domstolen är just att även omständigheter utanför vad som åberopats skall kunna diskuteras för en lösning på tvisten som är acceptabel för båda parterna.

Det finns en risk att en part kan börja misstro handläggande domares opartiskhet i målet utifrån dennes agerande under förberedelsen. Enligt 4 kap 13 § RB är domare är jävig att handlägga mål när någon av tio angivna grunder är tillämplig. De grunder som vid första anblick skulle kunna anses aktualiseras i en sådan situation är om han eller hon i annan rätt såsom domare eller befattningshavare fattat beslut, som rör saken, eller hos annan myndighet än domstol eller såsom skiljeman tagit befattning därmed (punkten 7), eller om annars särskild omständighet föreligger som är ägnad att rubba förtroendet till hans eller hennes opartiskhet i målet (punkten 10). Den första av dessa grunder är dock inte tillämplig, bl.a. eftersom förberedelsen sker i samma domstol och inte i *annan* rätt. Vad gäller den andra av dessa grunder torde en invändning om domarjäv inte kunna göras enbart på grund av ett agerande som har stöd i RB, varför vad domare gör inom ramen för lagstadgade förlikningsförfaranden inte kan utgöra sådan särskild omständighet som objektivt sett visar på att denne är jävig att fortsätta handlägga målet.

²⁵ 17 kap 6 § RB. Se även 42 kap 18 § RB.

²⁶ Se 3 kap 1 § UB.

²⁷ SOU 2007:26, s. 77. Se Per Olof Ekelöf, Henrik Edelstam och Robert Boman, *Rättegång V*, 7 uppl., 1998, s. 70. Se också Gisela Knuts, *Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling*, 2006, s. 191.

²⁸ Per Olof Ekelöf, Torleif Bylund och Robert Boman, *Rättegång III*, 6 uppl., 1994, s. 179.

I förhållande till den materiella processledningen finns det någorlunda klart uttryckt vilket agerande som är utanför domarens uppdrag, och därigenom kan anses som en sådan objektiv omständighet som är jävsgrundande. Enligt förarbetena skall domstolen inte ge part anledning att föra in nytt material,²⁹ vilket innebär att om handläggande domare uppmanar parterna att ompröva sina yrkanden och grunder skall denne anses som jävig.³⁰ Handläggande domare skall under den materiella processledningen dessutom endast reda ut oklarheter i förhållande till de materiella reglerna och att ta hänsyn till icke-rättsliga faktorer är därför att begå tjänstefel.³¹ Detta begränsar starkt domarens möjlighet att på ett effektivt sätt medla mellan parterna, eftersom denne är i viss mån förhindrad att lyfta blicken och få parterna att se tvisten från ett annorlunda perspektiv.

På grund av bristen på instruktioner för hur förlikningsförhandling skall genomföras är det svårt för en part att göra gällande att domaren har agerat på ett sätt som faller utanför de skyldigheter och befogenheter som ges i RB i denna del. Förarbetena ger inte heller någon anvisning i frågan om när domarens ledande av förlikningsförhandlingen i ett mål skulle kunna anses utgöra grund för jävsinvändning. En diskussion förs enbart att en domare å ena sidan bör erbjuda att avsäga sig uppdraget om en part anklagar denne för att vara opartisk, men att det å andra sidan skulle vara ett resursslöseri att byta domare efter förberedelsen.³² I doktrinen har det dock anförts att ett exempel på en sådan omständighet som faller under punkten 10 i 4 kap 13 § RB är att domaren vid upprepade tillfällen försöker övertyga parterna om att förlikas.³³ Inom ramen för förlikningsförhandlingen finns det alltså en stor gråzon att röra sig i och många domare agerar därför i praktiken på ett sätt som kan vara oförenlig med synen på domstolen som opartisk, men som i många fall har visat sig effektivt för att få parterna att förlikas.³⁴

Sekretess mellan förlikningsförfaranden och den traditionella rättegången är inte praktiskt möjlig vad gäller den materiella processledningen och förlikningsförhandlingen, eftersom dessa förlikningsförfaranden leds av den domare som också kommer att döma i målet om inte parterna når en överenskommelse. Syftet med förberedelsen är som nämnts att klarlägga de tvistiga omständigheterna, inte bara för parterna utan även för handläggande domare.³⁵ Sekretess i förfaranden skulle alltså strida mot förberedelsens tänkta funktion. Om huvudförhandling har hållits skall dock dom dock grundas

²⁹ Prop. 1986/87:89, s. 105 f.

³⁰ Se t.ex. Svea hovrätts dom 2001-04-02 i mål nr Ö 1343-01.

³¹ Bengt Lindell, *Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning?*, 2006, s. 221.

³² SOU 1982:26, *Översyn av rättegångsbalken 1: Processen i tingsrätten: Del B. Motiv m.m.*, s. 154–156.

³³ Eva Tiby, *Domarjäv*, 1993, s. 32.

³⁴ Se statistiken redovisad i SOU 2007:26, s. 339.

³⁵ Se Per Olof Ekelöf, Henrik Edelstam och Robert Boman, *Rättegång V*, 7 uppl., 1998, s. 77.

endast på vad som framkommit under förhandlingen, i enlighet med omedelbarhetsprincipen och dispositionsprincipen.³⁶ Genom denna reglering skall vad som har sagts under förberedelsen, men inte återopas, inte ligga till grund för dom i målet.

Vad gäller frågan om sekretess i särskild medling finns inget uttryckligen reglerat om detta. Även i denna situation skall dock omedelbarhetsprincipen förhindra att vad som sägs under medlingen inverkar på eventuell dom i målet. Om en part ändå skulle återropa något som denne hävdar att motparten sagt under medlingen kan betydelsen av detta ifrågasättas. En argumentationslinje framgår av förarbetena att eftersom ingen tystnadsplikt föreligger för handläggande domare efter förberedelsen skall inte heller någon sådan föreligga i förhållande till särskild medling, eftersom förfarandena i hög grad påminner om varandra.³⁷ Detta kritiseras dock övertygande av Lindell, som anser att det visar på en okunnighet om den grundläggande principen inom medling att tilltro måste finnas till att vad som sägs under ett medlingsförfarandet skall förbli konfidentiellt med medlaren.³⁸ För medlare som är advokater torde dock tystnadsplikt ändå följa av god advokatsed. Parterna och medlare kan dessutom ingå ett sekretessavtal.

Rättens skyldighet till materiell processledning är mycket mer begränsad under rättegången än under förberedelsen i tingsrätten.³⁹ Till skillnad från under förberedelsen finns inte heller någon uttrycklig skyldighet att försöka uppnå en förlikning. Det primära syftet med rättegången kan istället förstås vara att uppnå materiellt riktiga domar.⁴⁰ Den materiella processledningen under rättegången har därför väldigt litet att göra med att främja förlikningar. Förlikningsförfaranden kan ändå genomföras under rättegången, ända tills lagakraftvunnen dom, men detta förutsätter samtycke från båda parterna och har sin grund i att parterna disponerar över frågan i målet.

Det är en etablerad föresats från lagstiftarens sida att tyngdpunkten i tvistemål skall ligga i tingsrätten.⁴¹ Den huvudsakliga funktionen för hovrätten skall vara att granska och rätta misstag som har skett i tingsrätten och Högsta domstolen skall vara en prejudikatinstans.⁴² Prövningstillstånd till hovrätten krävs idag bara för vissa mål.⁴³ Från och med den 1 november 2008 kommer dock prövningstillstånd generellt sett krävas i hovrätten.⁴⁴ För att Högsta domstolen skall pröva tvistemål krävs alltid prövningstillstånd.⁴⁵ Högsta domstolen skall bara

³⁶ 17 kap 2 § RB.

³⁷ SOU 1982:26, s. 161.

³⁸ Bengt Lindell, *Alternativ tvistlösning*, 2000, s. 127.

³⁹ Se 43 kap 4 § andra stycket RB.

⁴⁰ Se SOU 1982:26, s. 110–111. Se också prop. 1986/87:89, s. 112.

⁴¹ Prop. 2004/05:131, s. 82. Prop. 1988/89:95, s. 32.

⁴² Prop. 2004/05:131, s. 82. Prop. 1988/89:95, s. 32.

⁴³ 49 kap 12 § RB.

⁴⁴ Prop. 2004/05:131, s. 108–182.

⁴⁵ 54 kap 9 § RB.

meddela prövningstillstånd när det är av vikt för ledningen av rättstillämpningen (prejudikatfall) eller det annars föreligger synnerliga skäl (extraordinära fall),⁴⁶ medan hovrätten i tillägg till dessa grunder skall meddela prövningstillstånd om det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som tingsrätten har kommit fram till (ändringsfallet) eller det inte annars går att bedöma riktigheten av detta (granskningsfallet).⁴⁷

Medan förlikningsförfaranden under förberedelsen i tingsrätt är uppmärksammat i RB anges litet om förlikningsverksamheten i hovrätten. Det finns ingen motsvarighet till reglerna för tingsrätten under förberedelsen och förberedelsen är också sällan muntlig i hovrätten. Eftersom prövningstillstånd krävs har det också hävdats att det skulle vara motsägelsefullt om förlikningsförhandling och föreläggande om särskild medling skulle ske i hovrätten.⁴⁸ Parterna till dispositiva tvistemål har dock rätt att förlikas också i de övre instanserna och rätten har samma skyldighet att stadsfästa förlikningen på begäran av båda parter.⁴⁹ I Högsta domstolen dömer rätten ofta även utan huvudförhandling och ingen förberedelse skall ske. Sammantaget uppmärksammas alltså inga förlikningsförfaranden efter förberedelsen i tingsrätten, men förlikningsförhandlingar kan ändå förekomma under rättegång och i hovrätten med parternas samtycke.

Australien

För att förstå det australiska rättsystemet och civilprocessen måste det först tas i beaktande att Australien är en federation, med sex delstater och två s.k. territorium. På federal nivå finns det en högsta domstol, *High Court of Australia*, medan det i allmänhet också finns tre domstolsinstanser i delstaterna. I enlighet med traditionen av att vara en *common law*-stat finns det inte någon enhetlig civilprocesskod för hela Australien. I delstaterna Queensland och New South Wales har dock under senare tid civilprocesslagar antagits som är gemensamma för alla domstolsinstanser i respektive delstat.⁵⁰ Med anledning av detta, och eftersom dessa två delstater har de mest utvecklade systemen för alternativ tvistlösning,⁵¹ kommer redogörelsen i det följande främst att avse systemen i dessa två delstater.

I alla lokala jurisdiktioner i Australien, förutom i ett territorium, har de allmänna domstolarna rätt att med tvång förelägga parterna att delta i förfaranden för alternativ tvistlösning. I Queensland och New

⁴⁶ 54 kap 10 § RB.

⁴⁷ 49 kap 14 § (enligt lydelse som träder i kraft den 1 november 2008).

⁴⁸ Se Bengt Lindell, *Förlikning och medling*, i Torbjörn Anderson and Bengt Lindell (red), *Vänbok till Torleif*

Bylund s. 261 ff., 2003, s. 266.

⁴⁹ Prop. 2004/05:131, s. 125. Se 50 kap 10 § RB.

⁵⁰ *Uniform Civil Procedure Rules 1999 (Queensland)* respektive *Uniform Civil Procedure Rules (NSW)* och *Civil Procedure Act 2005 (NSW)*.

⁵¹ Se NADRAC, *ADR Statistics: Published Statistics on Alternative Dispute Resolution in Australia*, 2003.

South Wales kan föreläggande ske under hela tiden som tvisten handläggs av domstolen. Momentet av tvång kompletteras av en lagstadgad skyldighet för parterna att delta i förfarandena med god vilja. Parterna har dock en slutlig rätt att få tvisten prövad i traditionell rättegång.

I Queensland används två olika förfaranden för alternativ tvistlösning; *mediation* och *case appraisal*. Redan innan rättegång kan domstolen ge registratören i uppdrag att besluta om något av dessa förfaranden. Om någon av parterna invänder mot föreläggandet måste en skriftlig överklagan ges in till domstolen inom sju dagar, med argument för varför parten inte vill delta. Domstolen kan dock besluta om att föreläggandet skall kvarstå efter att ha hört invändningen. En part kan också från början yrka på att domstolen skall förelägga ett mål till alternativ tvistlösning. Kostnaderna för parterna avseende båda dessa förfaranden bestäms antingen i enlighet med på förhand bestämd tabell eller i beslutet om att förelägga parterna att delta i förfarandet.

I Queensland finns det ett lagstadgat system för upprätthållandet av en lista över tredje män godkända för att leda *mediation* eller *case appraisal* och lokaler för dessa förfaranden. I föreläggandet måste en person från denna lista, eller någon annan som parterna har valt, anges. För *mediation* kan parterna välja någon som inte är anses som en medlare formellt sett. För *case appraisal* måste parterna dock välja någon som är utbildad jurist och har minst fem års praktisk juridisk erfarenhet.

Under *mediation* kan parterna möta den tredje mannen som leder förfarandet både gemensamt och separat. I föreläggandet skall det utsättas en tid för förfarandets genomförande, som inte skall överstiga tre månader. Själva medlingen skall dock helst genomföras inom 28 dagar från det att den tredje mannen har accepterat uppdraget. Har parterna inte nått någon uppgörelse inom den utsatta tiden skall tvisten hänskjutas tillbaka till domstolen. Den tredje mannen kan också överge förfarandet om denne anser att det är inte är sannolikt att parterna kommer att nå en uppgörelse, men har ingen skyldighet att göra så. Om parterna når en uppgörelse skall förlikningen antecknas och lämnas in till domstolen. För att förlikningen skall få rättskraft som en lagkraftvunnen dom måste dock parterna gemensamt yrka på att domstolen stadsfäster förlikningen i beslut.

Case appraisal sker, precis som *mediation*, formellt sett utanför domstolen och tiden för genomförandet skall inte överstiga tre månader. Föreläggande till *case appraisal* kan ske även om föreläggande till *mediation* har skett tidigare. Förfarandet påminner i större utsträckning än *mediation* om traditionell tvistlösning och utgörs av ett förhandsavgörande. Den tredje mannen har samma makt som domstolen skulle ha haft i att avgöra tvisten och får bara göra detta på samma villkor som domstolen, dvs. i enlighet med lag. Det finns alltså en viktig be-

gränsning i det att den tredje mannen inte kan beakta icke-rättsliga faktorer för att finna en lösning på tvisten. Till skillnad från domstolen behöver dock inte den tredje mannen ge några skäl till sitt avgörande. Om en part är missnöjd med beslutet måste denne överklaga det inom 28 dagar och yrka på att domstolen skall avgöra tvisten på traditionellt sätt genom dom. Domstolen skall då avgöra tvisten som om den aldrig hade prövats genom *case appraisal*. Om ingen av parterna överklagar förhandsavgörandet anses de dock ha godkänt detta och beslutet står då fast och får samma rättskraft som en lagakraftvunnen dom.

I New South Wales förekommer *mediation* i två yttre utföranden, men i övrigt på samma sätt som i Queensland. Den maximala tiden för förfarandet är dock endast 28 dagar. Domstolen kan antingen förordna om en kvalificerad medlare som arbetar vid domstolen och medlingen är då utan kostnad för parterna och utförs i domstolens lokaler. Alternativt kan parterna komma överens om en annan medlare och parterna måste då bära merkostnaderna för detta. *Case appraisal* som i Queensland finns formellt sett inte i New South Wales. Det finns dock motsvarande förfarande med föreläggande till en *referee* för förhandsavgörande; *reference to referee*. I praktiken utses ofta pensionerade domare, som ofta även har erfarenhet av att agera skiljemän, till tredje män att leda *mediation* eller att fungera som *referee*.⁵²

Vid föreläggande till *referee*, till skillnad från i *case appraisal*, är den tredje mannen inte bunden av rättegångsreglerna (och därmed inte heller reglerna om bevisning) eller till att avgöra endast såsom domstolen skulle ha gjort. Domstolen kan dock förordna om vad frågeställningen för den tredje mannen skall vara. En annan skillnad jämfört med *case appraisal*, som kan anses hänga ihop med friheten i bedömningen, är att den tredje mannen skall förbereda en skriftlig redogörelse för tvisten och en motivering till sitt avgörande. För att avgörandet skall få samma rättskraft som lagakraftvunnen dom måste avgörandet stadsfästas av domstolen, och domstolen kan avvisa avgörandet eller ändra det i någon del på eget initiativ eller på yrkande av part.

Eftersom förlikningsförfaranden i anknytning till den allmänna domstolen i Australien bygger på att tvisterna löses utanför domstolen är grunderna för domarjäv begränsade. Det finns dessutom ingen tradition av att anklaga domare för att vara jäviga och inte heller något formellt förfarande för sådan invändning i Australien. Den enda grunden för domarjäv som anges inom *common law* är att ingen får vara domare i sitt eget mål. Följaktligen finns det rättegångsregler i både Queensland och New South Wales om att ingen domare får pröva ett mål som har överklagats efter ett beslut som densamme har tagit.

Vad gäller frågan om sekretess i förfaranden anges det i Queensland att om en tvist återförvisas till domstolen efter *mediation* skall

⁵² J. J. Spiegelmann, *Case Management in New South Wales*, tal, 2006.

ingen part lastas för misslyckandet att förlikas. Som nämnts tidigare gäller även vid domstolsprövning efter *case appraisal* att tvisten skall prövas utan inverkan av förlikningsförfarandet. I New South Wales tillåts inte heller någon bevisning om vad som har sagt eller medgetts under *mediation* och den tredje mannen får bara under särskilda omständigheter avslöja vad denne har fått veta under förfarandet, framförallt vid misstanke om allvarlig brottslighet eller efter parternas tillåtelse. I förhållande till *reference to referee* skall dock, som nämnts ovan, en redogörelse lämnas.

Prövningstillstånd krävs i regel för de övre domstolsinstanserna i både Queensland och New South Wales. Samma regler om alternativ tvistlösning gäller dock som i första instans. Förlikningsförfarandena, som beskrivits ovan, används också i praktiken även i de övre instanserna. *Mediation* anses som ett användbart verktyg för appellationsdomstolen i Queensland, särskilt i samband med begäran om prövningstillstånd.⁵³ Det har dock noterats att fler mål numera avgörs genom dom i appellationsdomstol än innan *mediation* infördes som ett förfarande, men detta förklaras av att endast de mål som inte har förlikts överklagas och det kan antas att omständigheterna i dessa mål generellt sett är mindre lämpliga för förlikning.⁵⁴ Prövningstillstånd gäller också för *High Court of Australia*, som är en prejudikatinstans, men där förekommer ingen alternativ tvistlösning.

Japan

Japans moderna rättssystem uppstod i slutet av 1800-talet genom inrättandet av ett enhetligt domstolssystem i flera instanser.⁵⁵ Under denna tid antogs också Japans första kod för civilprocessen. Denna kod modelleras först efter den tyska motsvarigheten, men reformer för att stärka dragen av inkvisitorisk process skedde snart efter österrisk modell.⁵⁶ Under den USA-ledda ockupation av Japan efter andra världskriget inleddes en ny rättslig fas, vilket också kom att närma civilprocessen mot den kontradiktoriska modellen. Som ett led i en lång rad av rättsliga reformer i Japan under början av 1990-talet, i kölvattnet av en försämrad japansk ekonomi, antogs 1996 en ny civilprocesskod som trädde i kraft 1998; *Minsoho* ("Civilprocesskoden"). Idag finns det fem slags domstolar i Japan; de summariska domstolarna, familjedomstolarna, de allmänna underrätterna, de allmänna överrätterna (inklusive en särskild appellationsdomstol för immateri- alrättsliga tvister) och en högsta domstol som sista instans.

⁵³ Court of Appeal (Queensland), *Civil Applications, Information Sheet*, 2006, s. 6.

⁵⁴ Geoffrey Davies, *Civil Justice Reform: Why We Need to Question Some Basic Assumptions*, 25/*Civil Justice Quarterly* s. 32 ff., 2006, s. 43.

⁵⁵ Michael Young and Constance Hamilton, *Historical Introduction to the Japanese Legal System*, 1988, i Curtis Milhaupt, Mark Ramseyer och Michael Young (red), *Japanese Law in Context: Readings in Society, the Economy, and Politics*, 2001 s. 2 ff., s. 2–7.

⁵⁶ Hiroshi Oda, *Japanese Law*, 2 uppl., 1999, s. 393–394.

Det övergripande syftet med japans nya civilprocesskod är att uppnå *access to justice* i praktiken, vilket är en skyldighet som följer av den japanska konstitutionen.⁵⁷ Enligt det japanska justitiedepartementets motivering är folket frustrerat över att rättsprocessen är för dyr, tar för lång tid och är för komplicerad. Dessutom har en fördubblad befolkning, utvecklad handel och ett mer komplext samhälle inte lett till att det är mer domstolstvister än när den gamla civilprocesskoden antogs år 1890. Den komparativt sett låga processbenägenheten i Japan, även i jämförelse med länder som Sverige och Tyskland, har varit föremål för mycket akademisk debatt de senaste 50 åren. Det börjar dock bli mindre vanligt att se på situationen i Japan som unik och istället visa på allmängiltiga institutionella och ekonomiska faktorer som gör att personer väljer att inte gå till domstol för att lösa sina tvister.⁵⁸

Enligt Civilprocesskoden skall rätten göra sitt yttersta för att tvistemål hanteras med rättvisa och snabbhet och parterna är skyldiga att sköta tvisterna i enligt med principerna om god vilja och förtroende. Efter stämmningsansökan har rätten ett val mellan tre olika sorters förberedelseformer; förberedande förhandling, preliminär rättegång eller preliminär rättegång på handlingarna. Syftet med förberedelsen är att klarlägga de faktiska och rättsliga omständigheterna och förbereda för bevisningen i målet. Dessa former av förberedelse infördes med Civilprocesskoden i syfte att öka förlikningsfrekvensen under förberedelsen, framförallt genom ökad muntlighet i de två första formerna. Skillnaden mellan förberedande förhandling och preliminär rättegång är att den förra sker offentligt medan den senare utgörs av ett möte som sker bakom slutna dörrar mellan handläggande domare och parterna. Vad som sägs under förberedande förhandling kan också läggas till grund för dom i målet. Även vad som framkommer under preliminär rättegång skall dock tillkännages av domaren under rättegången.

Handläggande domare ges befogenhet i Civilprocesskoden att verka för förlikning mellan parterna (*wakai*) när som helst under målets handläggning. Domaren har också befogenhet att överlämna målet till en annan domare för att uppnå förlikning. *Wakai* används dock i betydligt mindre utsträckning före rättegång än under rättegång. Anledningen till detta är sannolikt tillgången till det institutionella förlikningsförfarandet *Choutei*.⁵⁹

Choutei är sedan länge det mest populära tvistlösningsförfarandet i Japan, med fler mål varje år än den allmänna underrätten. För hyres-

⁵⁷ *Japans konstitution* (1946) art. 32: "No person shall be denied the right of access to the courts."

⁵⁸ För en redogörelse av denna akademiska debatt, se Erik Ficks, *Commercial Settlement in Sweden, Australia and Japan — Models of General Court-Connected Conciliation and Mediation in Commercial Disputes and the Swedish System Evaluated* (examensarbete, Uppsala universitet), 2007, s. 58–60.

⁵⁹ Detta förfarande regleras för dispositiva tvistemål främst i lagen *Minji Choutei* från 1951.

tvister måste också detta förfarande uttömmas innan stämning till underrätten kan ske. En part kan ansöka om *Choutei* i alla tvistemål, men en ansökningsavgift i proportion till tvistens värde måste först betalas. Motsvarande regler om avgift gäller för stämning till allmän underrätt, men dessa avgifter skall inte avräknas mot varandra om båda förfarandena skulle tillämpas. Handläggande domare kan också tvinga parterna att delta i *Choutei* från det att målet kommit in till underrätten och upp till de tidigare stadierna av rättegången. Efter det att de tvistiga omständigheterna och bevisning i målet har klarlagts krävs dock parternas samtycke för föreläggande till *Choutei*.

Syftet med *Choutei* anges vara att med parternas medgivande komma fram till förlikningar som är skäliga och gagnas av de faktiska omständigheterna. Det är alltså inte nödvändigtvis någon juridisk bedömning som skall ske, utan tvärtom kan icke-rättsliga hänsynstagen i många fall vara avgörande. Platsen för förlikningsförhandlingarna är en domstol och förhandlingarna leds av en förlikningskommitté som består av två särskilda ombud och en domare som är ordförande. Ombuden skall vara lekmän med hög ställning i samhället, som har utsett av den högsta domstolen och som skall ha genomgått viss utbildning i domstolens regi. Även om ombuden skall vara lekmän med särskild kunskap och erfarenhet har i praktiken ca 65 procent någon rättslig bakgrund, t.ex. pensionerade domare.⁶⁰ Det är inte förbjudet att det är den handläggande domaren som är ordförande för kommittén, men detta händer i praktiken aldrig. Ordföranden skall dessutom endast vara observatör och skall inte spela en aktiv roll. Det är inte ovanligt att domaren bara är med och inleder det första mötet samt närvarar vid förhandlingarnas avslutande.⁶¹ Parterna kan dock i samförstånd välja en annan förlikningskommitté än den som domstolen föreslår.

Utförandet i *Choutei* är att förlikningskommittén lyssnar till båda parterna, oftast separat, ger förslag på villkor för en eller flera förlikningar och, om nödvändigt, aktivt försöker få parterna att nå en kompromiss. I regel är förhandlingarna informella och konfidentiella, men personer med intresse i utgången av förhandlingarna kan få tillåtelse att närvara. Förlikningsavtal (*chouso*) dokumenteras och lämnas in till domstolen. Detta gör att förlikningarna blir offentliga och allmänt tillgängliga, men de vinner därmed också rättskraft som laga-kraftvunnen dom automatiskt.

Om parterna inte når en förlikning med förlikningskommitténs hjälp kan tvisten tas vidare till domstol. Detta är också ett alternativ för parterna, gemensamt eller enskilt, när förlikningskommittén avslutar

⁶⁰ Kent Anderson och Mark Nolan, *Lay Participation in the Japanese Justice System: A Few Preliminary Thoughts Regarding the Lay Assessor System from Domestic Historical and International Psychological Perspectives*, 38/Vanderbilt Journal of Transnational Law s. 935 ff., 2004, s. 970.

⁶¹ Nobuaki Iwai, *The Judge as Mediator: The Japanese Experience*, 10/Civil Justice Quarterly s. 108 ff., 1991, s. 225.

förhandlingarna på eget initiativ eftersom det inte anses finnas förutsättningar för en överenskommelse eller en överenskommelse skulle anses strida mot lag. Om förhandlingen är resultatlös kan dock kommittén istället ge ett avslutande förlikningsförslag som blir bindande för parterna om ingen av dem invänder mot beslutet inom två veckor. Samma metod kan också handläggande domare använda under förberedelsen, enligt ny befogenhet i Civilprocesskoden.

Enligt Civilprocesskoden kan handläggande domare inleda *wakai* som ett informellt och konfidentiellt förfarande när som helst under rättegången och vid upprepande tillfällen. En omständighet som bidrar till detta system är att en rättegång kan genomföras vid upprepade inställelser och behöver inte ske i ett sammanhang.⁶² Rättegångsförhandlingar kan därför avbrytas och skjutas upp för syftet att handläggande domare skall få parterna att förlikas. Detta ger också domaren flera möjligheter att hitta ett lämpligt tillfälle att föreslå förlikning och parterna har också tid att tänka över förutsättningarna för en förlikning.

Handläggande domare har stor frihet vad gäller utförandet av *wakai* under rättegång. Domaren är heller inte bunden av att tillämpa strikt rättsliga principer, utan även icke-rättsliga skälighetsbedömningar baserade på omständigheterna i det enskilda fallet kan vara avgörande.⁶³ Vanligt är att handläggande domare först förklarar för parterna vad syftet med *wakai* är, för att sedan möta parterna separat och slutligen ge ett eget förslag till förlikning eller stödja ett förlikningsförslag lämnat av en av parterna.⁶⁴

Det anges uttryckligen i Civilprocesskoden att handläggande domare har befogenhet att lämna konkreta förlikningsförslag under rättegången. När all den huvudsakliga bevisningen har gått igenom och vittnena har förhört förväntas det även att domaren, i skäligen utsträckning och på ett noga övervägt sätt, skall avslöja sin uppfattning om sakomständigheterna och de rättsliga frågorna i målet för att möjliggöra för parterna att ta det mest förståndiga beslutet vid ställningstagandet till en förlikning. För att inte förstöra parternas förtroende för domstolen skall fördelarna med en förlikning i förhållande till den förväntade utkomsten av rättegången förklaras på ett försiktigt sätt och domaren måste också ha gått igenom målet till den grad att en eventuell senare dom (om parterna inte förlikas) inte avviker i för stor grad från den preliminära bedömningen. En part skall inte

⁶² Mark Ramseyer och Minoru Nakazato, *Japanese Law: An Economic Approach*, 1999, s. 140.

⁶³ Joseph Davis (under medverkan av H. Oda och Y. Takaishi), *Dispute Resolution in Japan*, 1996, s. 306. Även Nobuaki Iwai, *The Judge as Mediator: The Japanese Experience*, 10/*Civil Justice Quarterly* s. 108 ff., 1991, s. 110.

⁶⁴ Andrew Pardieck, *Virtuous Ways and Beautiful Customs: The Role of Alternative Dispute Resolution in Japan*, 11/*Temple International and Comparative Law Journal* s. 31 ff., 1997, s. 38.

heller uppleva att vägran att förlikas i sig skulle kunna leda till förlust i målet.⁶⁵

Det är uttryckligen tillåtet i Civilprocesskoden för handläggande domare att fortsätta med *wakai* även efter det att rättegångssammanträdena har avslutats och det bara återstår att meddela dom. Även vid denna tidpunkt är det därför vanligt att domaren meddelar parterna sin förhandsbedömning av utgången i målet, om parterna ännu inte har lyckats förlikas. En förlikning antecknad av domstolen vinner nämligen rättskraft som lagakraftvunnen dom och om en förlikning kan uppnås istället för dom anses detta ha fördelen att parterna inte kan överklaga. Dessutom innebär det att domstolen inte behöver skriva några domskäl, vilket ytterligare sparar tid och kostnader för domstolen.⁶⁶

Domare har ingen skyldig att bedöma sin egen opartiskhet i mål, utan en parts enda möjlighet att påtala domarjäv är genom att begära byte av domare. Den övergripande jävsgrunden är förekomsten av någon omständighet som förhindrar en rättvis rättegång, men i de uppräknade grunderna för när en domare skall bli avsatt finns ingen situation som motsvarar hur domaren kan ha agerat för att få parterna att förlikas. Det finns heller inga uttryckliga regler om sekretess och handläggande domare är inte formellt sett förhindrad att basera domen på vad som har sagts under förlikningsdiskussioner. I förhållandet mellan traditionell rättegång och *Choutei* tycks dock, som angivits ovan, sekretess uppnås i praktiken.

Eftersom Civilprocesskoden är tillämplig i alla domstolsinstanser gäller samma regler som beskrivits ovan även för de övre instanserna. Meningarna går dock isär i vilken utsträckning *wakai* praktiseras i de övre instanserna. Inget prövningstillstånd krävs för appellationsdomstolen, men i och med Civilprocesskoden infördes krav på prövningstillstånd för den högsta domstolen. Det kan antas att behovet av att få parterna att förlikas i den högsta domstolen kommer att försvinna i och med att den blir en prejudikatinstans. I appellationsdomstolen menar dock vissa att *wakai* används i större utsträckning än i underätten, eftersom det är lättare för handläggande domare där att få parterna att förlikas genom att hänvisa till vad som kommit fram i underrettens dom och genom sin ännu större auktoritet hänförlig till att vara den sista instansen som prövar sakomständigheterna i målet.⁶⁷

⁶⁵ Nobuaki Iwai, *The Judge as Mediator: The Japanese Experience*, 10/*Civil Justice Quarterly* s. 108 ff., 1991, s. 115–116.

⁶⁶ Se Andrew Pardieck, *Virtuous Ways and Beautiful Customs: The Role of Alternative Dispute Resolution in Japan*, 11/*Temple International and Comparative Law Journal* s. 31 ff., 1997, s. 37. Se även Carl Goodman, *Japan's New Civil Procedure Code: Has It Fostered a Rule of Law Dispute Resolution Mechanism?*, 29/*Brooklyn Journal of International Law* s. 511 ff., 2004.

⁶⁷ Nobuaki Iwai, *The Judge as Mediator: The Japanese Experience*, 10/*Civil Justice Quarterly* s. 108 ff., 1991, s. 111.

Komparativ jämförelse

I förhållande till den kronologiska uppdelningen kan det konstateras att samtliga identifierade förlikningsförfaranden till övervägande del genomförs tidigt i målets handläggning. Detta är i enlighet med den underliggande idén inom alternativ tvistlösning att minska kostnaderna och tidsåtgången för tvistlösning. I jämförelse med i Australien och i Japan saknas det dock i Sverige förlikningsförfaranden under och efter rättegången i första instans. Parterna har dock rätt att förlikas i dispositiva tvistemål även under rättegången och i alla instanser i Sverige. Domstolen har även en skyldighet att stadsfästa parternas förlikning på gemensam begäran. Trots detta finns det inget verktyg för domstolen att främja parternas förlikning efter det att förberedelsen i första instans har avslutats. Den enda förklaring som tycks finnas till denna komparativa brist på förlikningsförfaranden är att prövningstillstånd krävs, för hovrätten i några fall och för Högsta domstolen i alla fall.

Att inga förlikningsförfaranden finns i en renodlad prejudikatinstans är inte anmärkningsvärt komparativt sett. I appellationsdomstolen uppvisar dock både Australien och Japan förlikningsförfaranden i motsvarande utsträckning som i underrätten. I Japan krävs visserligen inget prövningstillstånd i andra instans, men det gör det i Australien. Det svenska systemets särart finner därför inget stöd i förhållande till reglerna om prövningstillstånd. I Australien medges det visserligen att förlikningsförfaranden i andra instans är av betydelse i färre fall än i första instans, men de anses ändå tjäna ett viktigt syfte i de mål där dess användning är påkallad.

I förhållande till inledande av förfarandet som ett kännetecken är de olika förlikningsförfarandena i de tre beskrivna rättsordningarna alla baserade på frivillighet i grunden. Det australiska och det japanska systemet uppvisar dock ett annat synsätt på frivillighet än det som anläggs i Sverige. Visst tvång kan förekomma inledningsvis i förfarandena, framförallt i Australien, men parterna är alltid garanterade rätten till tvistlösning genom traditionell rättegång och dom i enlighet med de normer som uppställs i lag. I förhållande till att traditionell rättegång inte är frivilligt vore det enligt min mening inte heller oförenligt med svensk civilprocess att medling skulle genomföras innan domstolen prövade vissa mål. Att parterna inte samtycker till förfarandet behöver inte heller vara ett hinder mot att en medlare, som har erfarenhet att få motstående parter att kommunicera mot ett gemensamt mål, kan få parterna att förstå att medlingen kan vara till allas fördel.

I förhållande till det praktiska utförandet för de olika förlikningsförfarandena i de tre rättsordningarna kan dessa indelas i tre huvudsakliga förfarandetyper: (i) handläggande domares alternativa tvistlösning, (ii) föreläggande till alternativ tvistlösning och (iii) institutionell alternativ tvistlösning. Inom dessa huvudkategorier kan sedan

de olika formerna för förlikningsförfaranden, förlikningsförhandling (*conciliation*) respektive medling (*mediation*), identifieras.

Det svenska och det japanska systemet uppvisar motsvarande förfaranden inom huvudkategorin handläggande domares alternativa tvistlösning. De nationella förfaranden som kan anses utgöra sådan medling är den materiella processledningen under förberedelsen i Sverige och *wakai* i Japan när det sker tidigt under handläggningen och domaren är mindre aktiv. Förfarandet används endast under förberedelsen i Sverige och på grund av att syftet att klarlägga endast rör tvistiga frågor som skall åberopas kommer parterna inte att uppmuntras att diskutera även icke-rättsliga lösningar på tvisten. Genom att parterna uppmuntras att kommunicera om tvisten utgör detta ändå ett medlingsförfarande, åtminstone potentiellt och teoretiskt sett. Även i Japan sker detta förfarande nästan uteslutande innan rättegång.

När frågorna i ett mål har blivit utredda och det har klarlagts vilken bevisning som kommer att presenteras tycks domares förlikningsförhandling vara att föredra istället för dennes medling, både i Sverige och i Japan. Under förberedelsen i Sverige framgår det att utgångspunkten är att den materiella processledningen skall följas av förlikningsförhandling enligt 42 kap 17 § första stycket RB. Under det stadiet av processen är likaså den mer aktiva formen av *wakai*, då domaren ger konkreta förlikningsförslag, tillåten i Japan. I både Japan och Sverige skulle förlikningsförfarandet domares förlikningsförhandling därför kunna ses som något som tar vid efter ett misslyckat försök av domaren att medla mellan parterna. Förfarandet är dock reglerat i Japan, med uttryckliga regler i Civilprocesskoden, medan inga uttryckliga regler finns i Sverige. I Japan tillämpas också förfarandet genom målets hela handläggning, vilket stöds av ett system med avbrutna förhandlingar, och även upp i de övre instanserna. Den förra skillnaden mellan det japanska och svenska systemet är dock sammankopplad med koncentrationsprincipen i Sverige.

Vad gäller förfarandetyper föreläggande till alternativ tvistlösning kan även denna typ identifieras för förfaranden i form av medling respektive förlikningsförhandling. Det kan variera om särskild medling i Sverige i praktiken utgör medling eller förlikningsförhandling, eftersom förfarandet inte är reglerat till sin yttersta utföringsform. I Australien finns dock en uppdelning av föreläggande till medling genom *mediation* och föreläggande till förlikningsförhandling genom *case appraisal* och *reference to referee*. I likhet med förlikningsförfaranden innan rättegång som leds av handläggande domare i Sverige och Japan tycks utgångspunkten även i Australien vara att förlikningsförhandling skall kunna följa på misslyckad medling.

I Sverige ges möjligheten till särskild medling endast under förberedelsen och i första instans. Även i Australien är avsikten att både medling och förlikningsförhandling huvudsakligen skall användas

tidigt i processen, men reglerna är tillämpliga för alla lokala domstolsinstanser. Parterna kan också bli tvingade att delta i medling och förlikningsförhandling i Australien och parterna är under en skyldighet att delta med god vilja. Det är inte uttryckligen förbjudat att tvinga parterna att delta i särskild medling i Sverige, men det händer aldrig på grund av hur reglerna är utformade och uttalanden i förarbetena. I Australien finns det dessutom institutionella system med listor över godkända medlare och lokaler. Det finns ingen motsvarande struktur i Sverige för att stödja medlingsförfarandet. Vidare finns det utsatta tidsgränser i Australien för hur lång tid förlikningsförfaranden kan pågå innan de skall avslutas och målet återförvisas till domstolen, vilket inte är fallet med särskild medling i Sverige.

Endast ett nationellt förlikningsförfarande kan kategoriseras som institutionell alternativ tvistlösning; det japanska *Choutei*. Detta har ingen motsvarighet vare sig i Sverige eller i Australien. Även om *mediation* kan förekomma som ett förfarande utan extra avgift och utföras av anställda vid domstolen i New South Wales, Australien kan det inte anses som institutionell medling. Detta eftersom förfarandet styrs av samma regler som för *mediation* utförd utanför domstolen och eftersom det saknas en särskild organisation för förfarandet inom rättsväsendet.

I förhållande till rättskraften av en förlikning som antecknas av domstolen kan den i alla de tre rättsordningarna vara som lagakraftvunnen dom, antingen genom att förlikningen stadsfäst i beslut av domstolen eller efter passerandet av viss tid utan invändning från någon part (passivt samtycke). Parterna kan också välja att förlikningen inte skall vinna rättskraft, men dess villkor kan ändå komma att bli offentliga om de anges inför domstolen. I detta avseende råder det ingen väsentlig skillnad mellan de olika nationella systemen.

I förhållande till kostnaderna för de olika förlikningsförfarandena är även här likheterna större än skillnaderna. I alla tre rättsordningar är det ingen extra avgift i den mån domare eller annan fast domstolspersonal leder förlikningsförhandlingen eller medlingen, förutom extra ansökningsavgift för utomprocessuella förfaranden. För externa förfaranden där utomstående leder förlikningsförhandlingen eller medlingen får parterna dock bära merkostnaderna för detta själva.

I förhållande till domarjäv och sekretess finns det ingen uttrycklig regel i Sverige om att vad som sägs under förlikningsförhandling eller särskild medling inte skall ligga någon av parterna till last i rättegång. Detta kan förklaras av att någon sådan regel inte anses nödvändig på grund av omedelbarhetsprincipen och dispositionsprincipen samt att reglerna om domarjäv skall förhindra domare från att lägga sådan information till grund för sitt beslut. Sekretess ges än mindre uppmärksamhet i Japan än i Sverige och det tycks inte finns några rättsliga hinder för att information från förlikningsförhandlin-

gar och medling läggs till grund för dom i målet. Det kan dock antas att handläggande domare åtminstone i praktiken inte skall påverkas av förlikningsförfaranden som leds av annan. I Australien finns det däremot uttryckliga regler om sekretess, vilket också förhindrar att handläggande domare skall kunna anklagas för att vara partisk.

En slutsats som kan dras i förhållande till dessa kännetecken är att även om en domstol som har parternas och allmänhetens förtroende som ett effektivt medel för tvistlösning eftersträvas i alla de tre rättsordningarna finns skillnader i synen på handläggande domares agerande, domarjäv och sekretess. Den tydligaste skillnaden är att förlikningsförfaranden i Australien uteslutande sker genom annan än handläggande domare, medan domaren är väldigt aktiv i Japan och all alternativ tvistlösning sker inom ramen för rättsväsendet. Det svenska systemet står närmare det japanska än det australiska systemet, men det är ändå mer restriktivt än det tidigare när det kommer till att tillåta domarens påverkan på parterna. Skillnaderna mellan Sverige å ena sidan och Japan och Australien å andra sidan kan bero på de betydligt strängare reglerna om domarjäv i Sverige. Situationen i Japan kan förklaras av att domstolen av tradition har en uttalad roll av att få parterna att förlikas och att domare också har en hög ställning i en hierarkisk kultur. De stora skillnaderna mellan Japan och Australien, trots svaga grunder för domarjäv i båda rättssystemen, kan förklaras med den starka traditionen av kontradiktorisk process i Australien och den traditionella rollen för domaren enligt anglosaxisk rättstradition.

Kritisk utvärdering av det svenska systemet

Handläggande domares förlikningsförhandling (*conciliation*), enligt 42 kap 17 § första stycket RB, är den dominerande typen av förlikningsförfarande i Sverige. Detta skiljer sig både från Japan, trots motsvarande förberedelse som i det svenska systemet, där institutionell förlikningsförhandling är vanligare, och från det system med föreläggande till medling och förlikningsförhandling som praktiseras i Australien. Eventuella förlikningar sker härigenom i Sverige inom domarens kontroll, men för att frigöra resurser bör även alternativa förlikningsförfaranden uppmuntras. Detta kan ske antingen genom ett institutionellt förfarande som i Japan eller genom en tvistlösningsmekanism belägen utanför domstolen som i Australien. En vidareutveckling av medlingsinstitutet enligt 42 kap 17 § andra stycket skulle dock vara den mest självklara utvecklingen i den riktningen, vilket skulle vara mer närbesläktat med systemet i Australien än det i Japan.⁶⁸

⁶⁸ I Finland har man dock valt en utveckling som enligt min mening ligger närmare det japanska systemet. Se Erik Ficks, "Alternativ tvistlösning" för allmän domstol i Sverige — Utredningens förslag och en jämförelse med Finland, 4/Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland (JFT) s. 306 ff., 2007. s. 321–323.

Föreläggande till särskild medling sker idag uppskattningsvis i endast en procent av alla dispositiva tvistemål.⁶⁹ En anledning till detta låga antal kan vara att förfarandet är i det närmaste helt oreglerat. Vare sig domare, ombud eller parter vet därför vad som kan förväntas av ett sådant föreläggande. Även om en domare skulle anse att tvisten lämpligast bör medlas av en utomstående person vet denne inte hur parterna skall övertygas om fördelarna med detta eller hur förfarande rent praktiskt kommer att utföras. Eftersom parterna och ombuden kommer att vara dåligt förberedda och misstänksamma mot ett sådant oreglerat förfarande är också chanserna för att en förlikning nås små, vilket ytterligare kommer att göra att domare ser förfarandet som mindre effektivt. Den enda förklaring som tycks finnas till denna komparativa brist på reglering är att medlaren skall ges stor frihet i utförande. Att reglera de yttre formerna för förfarandet torde dock inte förhindra detta.

I SOU 2007:26 har en del av denna kritik, mot att systemet för förlikningsförfaranden är för otydligt reglerat, adresserats. Huruvida handläggande domares alternativa tvistlösning borde regleras eller begränsas på något sätt, för att ersättas av andra förlikningsförfaranden för ökad rättssäkerhet, har dock enligt min mening inte beaktats i tillräcklig grad. Rättsväsendet är ultimatum beroende av allmänhetens förtroende och det är vad reformer av rättegångsprocessen måste avse. Avgörande frågor i denna debatt är dels om förtroendet ökas genom att erbjuda en effektivare individuell tvistlösning och dels om förlikningsverksamhet som utförs av handläggande domare kan hota uppfattningen om domstolens opartiskhet och integritet. Enligt min mening är svaren på båda dessa frågor ”ja”. Av ett sådant ställningstagande följer att domstolens förlikningsverksamhet huvudsakligen bör utföras av andra än handläggande domare och att det kan vara påkallat med aktiva åtgärder för att åstadkomma detta.

Det är på förslag att 42 kap 17 § andra stycket RB ändras till att tingsrätten så snart det kan ske *skall* överväga om medling enligt en föreslagen lag om medling i allmän domstol skall erbjudas parterna. Nytt är alltså att det blir en uttrycklig skyldighet för tingsrätten att överväga möjligheten att förelägga parterna att inställa sig till medling. Vidare ersätts det i det närmast oreglerade förfarandet särskild medling av en ny medlingsverksamhet som regleras i en särskild lag. Den lofvärda ambitionen med förslaget är att förlikningsverksamheten vid allmän domstol i första hand skall ske genom att parterna erbjuds medling istället för att, som idag, rätten själv försöker förlika parterna. Även om rätten idag driver en framgångsrik process med att själva förlika mål vore det mer lämpligt att domstolens alternativa tvistlösning leddes av annan än handläggande domare.

⁶⁹ Se statistiken redovisad i SOU 2007:26, s. 337–339.

Förutom de rättspolitiska övervägandena finns det även många positiva praktiska aspekter av att fokus i domstolens förlikningsverksamhet förskjuts till föreläggande om medling. Att förelägga en tvist till medling garanterar en likformighet mellan förlikningsverksamheterna i olika domstolar, till skillnad från vad som sker idag inom ramen för handläggande domares förlikningsförhandling. Enligt den föreslagna medlingslagen anges det dessutom att det skall utsättas en tidsfrist för medlingens genomförande, högst två månader i vanliga fall. Även om tingsrätten redan idag i många fall sätter ut en tid när den hänvisar en tvist till särskild medling finns det inte något sådant krav och skillnader kan därför finnas mellan olika tingsrätter.

Ökad användning av föreläggande till medling borgar vidare för en kvalitet på förlikningsverksamheten som inte kan ges inom ramen för traditionell rättegång. Handläggande domare riskerar att anklagas för jäv eller på annat sätt tappa parternas förtroende om processen fortskrider efter dennes förlikningsförhandling. Att använda domare som medlare kräver även att de skall ha två skilda kompetenser. Medan materiell processledning och förlikningsförhandling är närliggande den utvärdering av tvisten som krävs för dom kräver medling, som syftar till att finna en samförståndslösning, andra kunskaper och erfarenheter. Att använda domare som genomgått särskild utbildning, vilket också är föreslaget, tillgodoser i viss mån detta och möjliggör även att inga extra kostnader för parterna tillkommer.⁷⁰ Det är dock viktigt att möjligheten för både parter och domare att utse annan till medlare kvarstår. Advokater kan utgöra bättre medlare än domare, bl.a. eftersom de har erfarenhet av att se på tvister med ett mer holistiskt synsätt och kan förhålla sig fria från en dömande roll. Domare har dock större erfarenhet på att möta motstridiga parter och förhålla sig neutral.

Det anges i den föreslagna lagen om medling att en part själv svarar för sina kostnader under medlingen och om rättegången fortsätter utan att förlikning uppnås är en parts kostnad på grund av medlingen därför inte ersättningsgill som rättegångskostnad. Som nämnts ovan är uppfattningen även idag att parterna själva bär kostnaderna för särskild medling, men inget är reglerat i frågan. Förslaget ger dock strängt taget inget förtydligande i detta avseende, eftersom det avses att i den del medlingen innebär att någon del av förberedelsen kan undvaras skall kostnaderna för detta inte anses som kostnader *på grund av* medlingen. En sådan uppdelning torde dock vara ogörlig i de flesta fall. Att parterna själva skall stå sina kostnader är en rimlig utgångspunkt, eftersom ingen vinnare eller förlorare skall koras.

⁷⁰ Enligt den föreslagna lagen skall som medlare antingen rätten förordna en domare eller parterna i överenskommelse välja någon annan. Uppfattningen i utredningen är dock att medlingsuppdragen främst bör ges till domare som har genomgått särskild utbildning och att två sådana skall finnas vid varje domstol. Se SOU 2007:26, s. 113–114.

Denna regel borde dock för tydlighets skull gälla för alla kostnader hänförliga till medlingsförfarandet. För informerade aktörer torde det stå klart att medlingskostnaderna är av mindre betydelse, även i en tvist där man kan vara till övervägande del säker på framgång, eftersom den vinnande partens ombudskostnader ändå riskerar att rabatteras kraftigt av domstolen. En sådan kostnadsregel är därför inget argument mot att samtycka till medling.

Enligt förslaget skall en domare som har förordnats till medlare i tvisten inte få delta i den fortsatta handläggningen av målet efter avslutad medling. Avseende förhållandet mellan medlingen och den traditionella rättegången föreslås även att det i 9 kap 16 a § första stycket sekretesslagen skall anges att sekretess gäller hos domstolen för uppgift som en part har lämnat till medlaren, om uppgiftslämnaren har gjort förbehåll om detta. Vidare föreslås det att medlaren och deras biträden får höras som vittnen om vad som anförtrots dem vid medlingen, eller som de i samband därmed fått kunskap om, endast om parterna medger det. Detta är ett nödvändigt ställningstagande och tydliggörande.

Den struktur som den föreslagna medlingslagen skulle skapa gör sammantaget att föreläggande domare kan förstå och ta till sig förfarandet med förläggande till medling bättre och kunna motivera fördelarna med förfarandet för både sig själv och parterna. Den ökade förståelse för, och insyn i, processen som detta ger parterna kommer även att förbättra förutsättningarna för förlikning. Detta eftersom parterna kommer att vara bättre förberedda på vad som förväntas av dem och vad de kan förvänta sig av förfarandet. Vad som dock framförallt kan anmärkas mot den föreslagna utbyggnaden av medlingsinstitutet är att det inte kommer anges ramen för den medlingsteknik som skall användas. Att upplysa domare, parter och ombud om huruvida den utsedda medlaren t.ex. skall få lämna konkreta förlikningsförslag skulle bl.a. kunna innebära att den mest lämpliga medlaren lättare skulle kunna utses. Detta skulle inte heller hindra den efterstävade flexibiliteten i förfarandet, särskilt inte eftersom parterna under förfarandet kan samtycka till visst utförande.

Som framgått av den komparativa jämförelsen är det anmärkningsvärt att inget finns lagstadgat om förlikningsförhandling eller medling i hovrätten idag. Även om sådana regler skulle visa sig ha väldigt liten praktisk användning, eftersom målen i hovrätten kan antas främst vara sådana där parterna inte önskar någon förlikning, ser jag ingen anledning till varför möjligheten inte skulle finnas i de mål där förutsättningar för en förlikning faktiskt finns. Även om det är bättre för både parterna och domstolarna om en förlikning nås så tidigt i processen som möjligt innebär inte avsaknad av förlikningsförfaranden i hovrätten att parterna kommer att förlikas i tingsrätten. Även med införande av motsvarande förfaranden i hovrätten som i tingsrätten kan det dock antas att domare i hovrätten kommer att ha

mindre erfarenhet av att leda förlikningsförhandlingar under förberedelsen, vilket talar än starkare för att även hovrätten skulle ha befogenhet att förelägga mål till särskild medling vid behov eller efter önskemål. För föreläggande om medling av hovrätten redan vid ansökan om prövningstillstånd behöver inte heller användningen av muntlig förberedelse i hovrätten ökas, vilket dock är en förutsättning för att en regel om handläggande domares förlikningsförhandling i hovrätten skulle få fullt genomslag.

På förslag i SOU 2007:26 är nu att en regel införs om att hovrätten *får* verka för att parterna förlikas, om det inte är olämpligt med hänsyn till målets beskaffenhet och övriga omständigheter. Detta är strikt sett ingen ändring av rättsläget. Som har beskrivits ovan har parterna redan idag rätt att förlikas också i hovrätten och rätten har också en skyldighet att stadsfästa förlikningen. Det är dock positivt att detta tydliggörs. Som en ny möjlighet föreslås det dock att det införs att hovrätten *får* överväga om medling enligt den föreslagna lagen om medling i allmän domstol skall erbjudas parterna i dispositiva tvister. Sammantaget ges alltså hovrätten motsvarande befogenhet som idag ges tingsrätten i 42 kap 17 § RB.

Motiveringen till förslaget om ökad användning av förlikningsförfaranden i hovrätten är att förutsättningarna i en tvist kan ha förändrats när målet når hovrätten. Tingsrättens dom kan ha gjort den tappande parten intresserad av förlikning och även den vinnande parten kan vara intresserad av att förlikas för att öka chanserna för att domen faktiskt blir verkställd och spara den tid och de pengar en ytterligare process skulle innebära. Det anförs även att en part idag också medvetet kan undvika att ta upp frågan om förlikning i hovrätten för att det kan tolkas som ett tecken på svaghet. Hovrättens uttalande roll som en garant för materiellt riktiga avgöranden gör dock att det inte föreslås införas någon skyldighet att verka för förlikning. Det är redan idag tillåtet för hovrätten att hålla förberedelse genom sammanträden och enligt utredningens uppfattning bör det inte finnas något hinder mot att hovrätten kallar parterna till sammanträde endast i syfte att diskutera förlikningsfrågan, under förutsättning att det sker med parternas samtycke.⁷¹

Det skall även nämnas att ett av förslagen i SOU 2007:26 är införandet av ett helt nytt förfarande; förhandsavgörande. Efter ansökan, inklusive betalning av ansökningsavgift som vid ansökan om stämning, skall en särskilt utsedd domare efter sammanträde meddela parterna ett skriftligt förhandsbeslut med motivering. Till skillnad från vad som föreslås angående förläggande till medling skall förhandsavgörande kunna ske utomrättsligt, dvs. innan ansökan om stämning. Motsvarande möjlighet för parterna skulle kunna ges även i förhållande till medling. Syftet med förfarandet, att göra en efterföljande process onödig, är ju i högsta grad gällande även för medling.

⁷¹ Se SOU 2007:26, s. 103–104.

Skillnaden i denna fråga för de olika förfarandena kan dock förklaras av att förhandsavgörandet skulle utgöra ett institutionellt förlikningsförfarande, motsvarande det japanska *Choutei*, medan föreläggande till medling utgör ett verktyg för rätten i sin förlikningsverksamhet.⁷²

Ett förhandsbeslut enligt den föreslagna lagen är ett avgörande som grundas på rättens bedömning av hur utgången av tvisten kan förväntas bli om den prövas i en ordinär rättegång. Ett förhandsbeslut får inte överklagas, men eftersom beslutet i utgångsläget inte har någon rättskraft medför detta ingen rättsförlust. Rätten skall dock förordna att förhandsbeslutet får verkställas om en part begär det och det bedöms vara lämpligt. Den viktigaste faktorn som diskuteras i fråga om lämpligheten är frågan om bedömningen kan komma att stå sig i en efterföljande rättegång.⁷³ Detta är ett strängare krav än vad som gäller för stadsfästelse av förlikning. En avgörande skillnad är dock att ett förhandsbeslut kan förordnas verkställbart på endast ena partens begäran, medan stadsfästelse kräver att båda parterna begär det. Motparten har vidare möjlighet att, åtminstone inom tre veckor, väcka talan på ordinär väg och begära inhibition av förhandsbeslutet.

Om den föreslagna utbyggnaden av medlingsinstitutet genomförs ser jag inget behov av ett förlikningsförfarande för förhandsavgörande. Baserat på kritiken mot förslaget i remissammanställningen är det inte heller sannolikt att förslaget kommer att leda till lag i denna del.⁷⁴ Som har visats i den komparativa studien i denna artikel återfinns dock förfaranden motsvarande förhandsavgörande idag framförallt i Australien genom *case appraisal* och *reference to referee*, men också i Japan som ett led både i *wakai* och i *Choutei*. Förslaget att förhandsavgörandet enbart skall spegla gällande rätt skiljer sig dock från både systemen i Japan och det i New South Wales, Australien, där förhandsavgöranden även kan vara baserat på annan skälighet för få att parterna att acceptera detta som en rättvis lösning på deras tvist. Det svenska förslaget skulle däremot motsvara systemet i Queensland, Australien.

Införandet av ett förlikningsförfarande för förhandsavgörande, som ett komplement till medling, skulle inte vara anmärkningsvärt i sig, komparativt sett. Förfarandet skulle också tjäna ett behov om det blev förbjudet för handläggande domare att i sin alternativa tvistlösning ge parterna konkreta förlikningsförslag, precis som att användningen av föreläggande till medling skulle öka om handläggande domare förbjöds att hålla enskilda samtal med parterna. Det mest effektiva sättet

⁷² I Finland erbjuds parterna utomrättslig medling, vilket kan förklaras av att det finska medlingsinstitutet utgör ett institutionellt förfarande. Se Erik Ficks, "Alternativ tvistlösning" för allmän domstol i Sverige — Utredningens förslag och en jämförelse med Finland, 4/Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland (JFT) s. 306 ff., 2007.

⁷³ Se SOU 2007:26, s. 240–256.

⁷⁴ Bland de få remissinstanser som inte avstyrker förslaget är den dominerande uppfattningen att reformen skulle föregås av en försöksverksamhet i vissa domstolar. Enbart Advokatsamfundet och LO tillstryker förslaget.

att förmå rätten att använda föreläggande till medling torde nämligen vara att ta bort handläggande domares möjlighet att sammanträda enskilt med parterna, vilket också är den del av rättens förlikningsverksamhet som har utsatts för mest kritik ur rättssäkerhetssynpunkt. I SOU 2007:26 föreslås dock inte någon reglering om agerande som inte bör vara tillåtet vid handläggande domares förlikningsförhandling respektive vid föreläggande till medling.