Medling och förlikning i tvistemål i Sverige och Norge — en kulturfråga?

Av professor Anna Nylund[1]

I Norge är domstolsmedling (rettsmekling) vanligt. I Sverige är särskild medling i tvistemål relativt sällsynt, men domarens förlikningsverksamhet vanlig. Frågan uppstår om Sverige har en "medlingsavog" rättskultur jämfört med Norge och i så fall varför det är så. I denna artikel antas medling och domarens förlikningsverksamhet vara funktionella ekvivalenter. Efter en jämförelse mellan Sverige och Norge är konklusionen att skillnaderna mellan länderna är ganska små i praktiken och att rent rättskulturella skillnader också verkar vara relativt små.

1 Inledning: förlikningsverksamhet som studieprojekt[2]

I Sverige är särskild medling i tvistemål relativt sällsynt.[3] I Norge överförs ungefär vart fjärde mål till domstolsmedling *(rettsmekling*), där i regel en domare medlar i målet.[4] Frågan uppstår varför Sverige verkar vara "medlingsavogt" jämfört med särskilt Norge. Även om våra länder är ganska lika, kunde man tänka sig att det är en klar kulturskillnad som kommer till uttryck i hur man ser på medling. Norge är pragmatiskt, Sverige mer formalistiskt. Enkla rättskulturella förklaringar som pragmatism är sällan rättsvetenskapligt tillfredsställande eftersom rättskultur kan anses vara ett tomt begrepp. Rättskulturella förklaringar är ofta onyanserade, otillräckligt operationaliserade och overifierbara.[5]

Om man i stället för domstolsmedling studerar förlikningar är skillnaden mellan Sverige och Norge väsentligt mindre. Även om statistiken är bristfällig, tyder den information som finns offentligt tillgänglig på att skillnader i förlikningar är mycket mindre än skillnaden i medling. År 2018 avgjordes i Norge 13 % av ordinära tvistemål genom förlikning efter *rettsmekling* och ytterligare 38 % avslutades på basis av sedvanlig förlikning.[6] I Sverige verkar andelen förlikningar vara något lägre. Enligt 2007 års utredning om alternativ tvistlösning avgjordes 33,5 % av

[1] Jur. dr Anna Nylund är professor vid juridiska fakulteten vid Universitetet i Bergen.

[2] Artikeln är delvis baserad på ett föredrag om medling och rättskultur på International Association of Procedural Laws årliga konferens i Örebro i oktober 2024. Tack till professor em. Dan Frände som har kommenterat ett utkast till denna studie.

[3] SOU 2007:26, *Alternativ tvistlösning Betänkande av Utredningen om alternativa former för tvistlösning vid tingsrätt*, s. 95. Jag har inte hittat nyare statistik.

[4] Domstoladministrasjonen, Norges domstoler, *Årsmelding 2024*, s. 27.

[5] Se t.ex. Roger Cotterell (2006), *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory.* Routledge, s. 102–117 och David Nelken (2017), "Using the concept of legal culture" i Maksymilian Del Mar och Michael Giudice (red.) *Legal Theory and the Social Sciences*, Routledge, s. 279–303.

[6] NOU 2020: 11. *Den tredje statsmakt. Domstolene i endring*, s. 52.

de mål som avslutades under den period om två månader som granskades genom förlikning.[7] Enligt Roschier Dispute Index har 22 % av de stora företagen i Norge svarat att de använt andra former för tvistlösning än domstolsförfarande och skiljeförfarande, medan bara 11 % av de svenska företagen svarade att de gjort så.[8] Antagligen beror skillnaden åtminstone delvis på att domstolarna i Norge oftare anlitas i kommersiella tvister jämfört med i Sverige och att en inte obetydlig andel av sådana mål i Norge avgörs i *rettsmekling*.

Om man uppfattar domstolsmedling med domare som medlare i målet och domarens förlikningsarbete inom ramarna för det ordinarie förfarandet som funktionella ekvivalenter, är det naturligt att jämföra dem. Frågan blir då om Norge har valt det första alternativet och Sverige det senare och, om så är fallet, varför. Rättskulturella faktorer kan förklara skillnaderna, men dessa måste operationaliseras till förklaringsmodeller som är mer nyanserade och precisa samt lättare att verifiera genom juridiska analyser än skillnader i hur pragmatisk en (rätts)kultur är. Resultatet är en slags analytisk rättsjämförande metod som granskar inte bara hur en viss fråga regleras utan också underliggande uppfattningar och tankegångar.[9]

I denna artikel granskas fyra förklaringar till skillnaderna i domstolarnas sätt att främja förlikning. Analysen gäller bara dispositiva tvistemål i tingsrätterna och det ordinarie förfarandet, inte småmålsförfarande och liknande. Den första förklaringen är att existerande skillnader rörande om och hur domarna främjar förlikning kan vara en förklaring till senare skillnader och att även målsättningarna för reformerna påverkas. Den andra är främst strukturell, inte kulturell: (Hur) kan domaren aktivt arbeta för förlikning inom domstolsförfarandets ramar, och behövs domstolsmedling som ett forum för förlikningsarbete. Den tredje handlar om olika syn på domstolarnas funktioner, domarens förlikningsverksamhet och medling. Den fjärde granskar hur lämplighetsargument och processekonomiska argument och antaganden kan påverka synen på vilken förfarandeform som anses vara den bästa. Det kan givetvis också finnas andra förklaringar. Man kan givetvis invända att strukturella skillnader inte är rättskulturella faktorer. För en rättsjämförande analys har det liten betydelse hur man kategoriserar förklaringar, och strukturella faktorer kan förklara uppkomsten av olika syn på medling. I del 2 och 3 granskas de fyra

[7] SOU 2007:26, s. 339.
[8] Kantar Prospera och Roschier (2024), *Roschier Disputes Index 2024. A survey on facts and trends in international dispute resolution from a Nordic perspective*, roschier_disputes_index_2024_spread13464023.1.pdf, s. 25.
[9] Mark Van Hoecke (2004), "Deep level comparative law", i Mark Van Hoecke (red.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford Hart Publishing, s. 165–197, Cathrine Valcke, "Convergence and divergence between the English, French and German conceptions of contract" European Review of Private Law, vol. 16, No. 1 (2008), s. 29–62, och Mark Van Hoecke (2015), *Methodology of Comparative Legal Research*. Law and Method, s. 1–35.

förklaringarna i svensk respektive norsk rätt. I del 4 undersöks hur stora skillnaderna egentligen är och hur de kan ha uppstått.

2 Medling och förlikning i svensk rätt

2.1 Domstolsförfarandets struktur och domarens förlikningsverksamhet

Vid rättegångsbalkens tillkomst 1942 infördes den så kallade huvudförhandlingsmodellen[10] i svensk rätt: Rättegångsförfarandet består av käromål och delgivning, förberedelse och huvudförhandling. Förberedelsen — särskilt sammanträdet — har en dubbelfunktion, nämligen att koncentrera rättegångsmaterialet till omtvistade frågor samt att underlätta förlikning. Gärde och medförfattare uttryckte att

> [g]enom att det stridiga skiljes från det ostridiga och missförstånd mellan parterna undanröjes kunna kvarstående tvistefrågor framstå i annan dager, och parterna kunna under sådana förhållanden tänkas vara mera benägna att under ömsesidiga eftergifter själva göra slut på tvisten.[11]

Ursprungligen stadgades i RB 42 kap. 17 § att rätten bör, ”om det finnes lämpligt, under förberedelsen söka förlika parterna.” Enligt Gärde m.fl. förutsattes ”domaren härvid … ålägga särskild varsamhet” och att domaren får ”ej öva obehörig påtryckning och ej förfara så, att tilltron till hans opartiskhet kan sättas i fråga.”[12] Ekelöf påpekade att domare kan åstadkomma många förlikningar genom aktiv materiell processledning.[13]

Under reformerna av rättegångsbalken på 1980-talet synliggjordes kopplingen mellan förberedelse och förlikning ytterligare.[14] Domarna skulle i högre grad än tidigare aktivt försöka få parterna att förlikas och det skulle vara en klar förväntning att domarna aktivt skulle ta upp frågan om förlikning och aktivt främja förlikning utifrån juridiska utgångspunkter.[15] Det ansågs inte finnas något hinder mot att domaren ”tar upp och diskuterar parternas möjligheter i processen.”[16] 1982 års rättegångsutredning ansåg att förlikningar är billigare och snabbare än en rättegång, både för parterna och staten, eftersom förlikningar innebär relationella och psykologiska fördelar och till en viss grad en ”bättre” process.[17] Domaren skulle ha mycket fria händer under förlikningsarbetet.

[10] Se t.ex. Nylund och Vallines Garcia, avsnitt 123–131.
[11] Natanael Gärde, Thore Engströmer, Tore Strandberg och Erik Söderlund (1994), *Nya Rättegångsbalken, Faksimilupplaga*, Norstedts Juridik, s. 599–600.
[12] Gärde m.fl. (1994), s. 600.
[13] Per Olof Ekelöf (1978), *Rättegång, femte häftet*. Femte upplagan. Norstedts förlag, s. 48. Se också Peter Westberg (2021), *Civilrättskipning I. Tvistemål*. Tredje upplagan. Norstedts Juridik, s. 236.
[14] Per Olof Ekelöf (1987), *Rättegång, femte häftet*. Sjätte upplagan. Norstedts, s. 53.
[15] SOU 1982:26, *Översyn av rättegångsbalken: delbetänkande*, s. 84–85 och 139–157.
[16] SOU 1982:26, s. 155.
[17] SOU 1982:26, s. 140–141.

Rättegångsutredningen från 1999 ansåg att det fanns behov av fler förlikningar och att domstolen därför hade en plikt att verka för förlikning om det inte förelåg ”konkreta omständigheter som talar för att rätten skall förhålla sig passiv i förlikningsfrågan.”[18] Regeringen ansåg att en sådan ändring inte var nödvändig.[19] Utredningen om alternativ tvistlösning föreslog 2007 samma ändring på nytt,[20] och betonade att:

> Att försöka få parterna att komma överens är numera en självklar del av rättens arbetsuppgifter och ska inte ses som att domstolarna vill komma bort från sina dömande skyldigheter.[21]

Denna gång genomförde regeringen en ändring av huvudregeln så att rätten ska verka för förlikning eller en annan samförståndslösning, om det inte är olämpligt.[22]

Synen på hur domaren kan och bör arbeta för förlikning har blivit mer liberal. I dag är det klart att svenska domare kan möta parterna var för sig i enrum och att domaren kan föreslå ett konkret förlikningsbud, även om inte alla domare gör det.[23] Domaren får beakta både juridiska och utomrättsliga faktorer under förlikningsförhandlingarna. Att det verkar vara någorlunda klart vad utgången i målet vid en prövning skulle bli, utgör inte ett hinder mot att verka för förlikning.[24] Domaren ska dock uppföra sig på ett sådant sätt att hen inte uppfattas som partisk.

Här skiljer sig svensk rätt från de flesta andra europeiska länder, där en domare som möter parterna i enrum eller kommer med konkreta förlikningsbud vanligtvis anses inte kunna döma i målet.[25] Det verkar som att svenska domare kan godta förlikningar som märkbart avviker från det resultat som följer av de tillämpliga rättsnormerna.[26] Domaren får alltså använda verktyg som i många andra länder bara får användas under medling.

2.2 Särskild medling som alternativt förfarande

Särskild medling är ett alternativ till domstolsförfarandet och domarens förlikningsverksamhet. Enligt RB 42 kap. 17 § kan domaren besluta om särskild medling och utse en medlare. Parterna måste infinna

[18] SOU 2001:103, *En modernare rättegång del 1*, s. 298.
[19] Prop. 2004/5:131, *En modernare rättegång*, s. 211.
[20] SOU 2007:26, s. 101–106.
[21] Prop. 2010/11:128, *Lag (2011:860) om medling i vissa privaträttsliga tvister*, s. 24–25.
[22] Prop. 2010/11:128, s. 25–27.
[23] SOU 2007:26, s. 76, Bengt Lindell (2021), *Civilprocessen. Rättegång samt skiljeförfarande och medling*. Femte upplagan. Iustus, s. 376 och Westberg 2021, s. 427–432.
[24] Per Olof Ekelöf, Henrik Bellander, Henrik Edelstam och Mikael Pauli (2024), *Rättegång. Femte häftet*. Nionde upplagan. Norstedts juridik, s. 83–85.
[25] Detta gäller i t.ex. Norge, Finland, Tyskland och Belgien. Se Ekelöf m.fl. 2024, s. 86–87 och Anna Nylund, Aleš Galič och Janek Nowak, “Courts and Judges Promoting Settlement” i Burkhard Hess, Margareth Woo, Loïc Cadiet, Severine Menétrey och Enrique Vallines García (red.), *Comparative Procedural Law and Justice* (Part VI Chapter 3, subchapter 4), cplj.org/a/6-3, avsnitt 98 ff.
[26] SOU 2007:26, s. 76–77, Lindell 2021, s. 378–379 och Westberg 2021, s. 430.

sig hos medlaren och medlingen måste avslutas innan den frist domaren har satt. Fristen kan förlängas.

Redan på 1940-talet påpekades att även om fördelen med särskild medling är att man kan välja en medlare med särskild sakkunskap och att medlaren står friare än domaren, är processen kostbar.[27] Därför ansågs särskild medling främst vara ägnad för stora tvister ”där det ter sig mycket tidsödande och kostsamt att i detalj utreda parternas ståndpunkter och där bevisningen kan antas bli omfattande.”[28] Rättegångsutredningen 1982 diskuterade om ett statligt medlingsinstitut borde upprättas, men ansåg att det skulle bli för dyrt.[29] Parterna måste därför bära kostnaderna för särskild medling eller nöja sig med domarens förlikningsverksamhet.

Särskild medling var en central fråga för 2007 års utredning om alternativ tvistlösning med anledning av EU-kommissionens förslag till medlingsdirektiv[30] och det faktum att de övriga nordiska länderna hade infört domstolsmedling.[31] Utredningen var ändå kritisk till medling där en domare medlar och ansåg att de processekonomiska vinsterna var relativt små. Privat medling, utan stöd i lag, hade också blivit vanligare.[32] Att införa en ytterligare form för tvistelösning — i tillägg till rättskipning, domarens förlikningsverksamhet och privat medling — antogs medföra liten nytta. Därför var den bästa lösningen att stärka förlikningsverksamheten.[33]

Synen i förarbetena tycks vara att medling och förlikningsarbete är ungefär detsamma. Departementet ansåg att ”medling närmast är en form av förlikningsförhandling. Det handlar dock om skillnader i bl.a. upplägg, förhållningssätt och pedagogik.”[34] Referenser till medlingsteori och ord som intressebaserade lösningar, som tyder på att medling anses som något kvalitativt annat än förlikningsarbete, förekommer sällan.[35]

Orsaken till att man är skeptisk till medlingens potential som en kvalitativt annorlunda och billigare tvistlösningsmetod kan vara att Per Henrik Lindblom varnade för privatiseringens avigsidor samt påpekade att det redan fanns många alternativ till domstolsförfarande och att domstolsförfarandet trots allt har många fördelar.[36] Lindbloms

[27] Gärde m.fl. (1994), s. 600–601, SOU 1982:26, s. 157–162 och SOU 2007:26, s. 77–79.
[28] SOU 1982:26, s. 15. Se också SOU 2007:26, s. 78.
[29] SOU 1982:26, s. 158.
[30] Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2008/52/EG av den 21 maj 2008 om vissa aspekter på medling på privaträttens område OJ L 136, 24.5.2008, s. 3–8.
[31] SOU 2007:26, s. 81–93.
[32] Prop. 2010/11:128, s. 20.
[33] Prop. 2010/11:128, s. 25–32.
[34] Prop. 2010/11:128, s. 23.
[35] SOU 1982:26, s. 139–157 och SOU 2007:26, s. 121–124.
[36] Lindblom, Per Henrik (1992), “The privatization of justice: Some aspects of recent developments in American and Swedish procedural law.” i *Law and reality: Essays in national and international procedural law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil.* Martinus Nijhoff, s. 199–214; Lindblom, Per Henrik (1992), “Allmän domstol som alternativt tvistlösningsorgan.” i *Festskrift till Per Olof Bolding.* Norstedts Juridik; och

avoga inställning till medling kan förklaras med att han kände till den amerikanska debatten och utvecklingen, och då särskilt de problem som medlingens individualistiska tendenser medför, både för (svagare) parter och samhället.[37] Att Bengt Lindell senare har skrivit mycket om fördelarna med medling[38] har nog inte varit tillräckligt för att övertyga den svenska lagstiftaren om att domstolsmedling behövs.

2.3 Argument för och mot medling

Utredningarna verkar ha tre huvudargument mot särskild medling och för förlikningsarbete: Pragmatism, domstolarnas samhällsfunktioner och processekonomi. Samförståndslösningar anses ofta vara det bästa även om lösningen inte följer av gällande rätt.[39] Något bekymmer över att det inte är förenligt med kontradiktionsprincipen att domaren har enskilda samtal med parterna och att domaren kan äventyra sin neutralitet genom att föreslå konkreta lösningar uttrycks inte.

Tidigare betonades att rättskipningens grundläggande samhällsfunktion är att medverka till ett maximalt genomslag för värderingarna bakom den materiella rätten.[40] Utredningen om alternativ tvistlösning ansåg ändå att den handlingsdirigerande funktionen inte står i motsatsförhållande till den konfliktlösande funktionen.[41] Regeringen betonade att det är viktigt att domstolens roll är tydlig, och att domstolsmedling är problematisk eftersom den leder till otydliga roller.[42] Man kan dock fråga sig om inte förlikningsarbete, särskilt när domaren för enskilda samtal med parterna, medför att rollerna blir ännu otydligare, eftersom domaren agerar inom ramarna för domstolsförfarandet och inte ett separat medlingsförfarande.[43]

Processekonomi är det tredje argumentet. Kostnader och tidsbruk är faktorer som enligt svenska förarbeten talar mot — inte för — domstolsmedling och särskild medling.[44] I många andra länder är läget det

Lindblom, Per Henrik (2006), ”ADR — opium för rättsväsendet? Synpunkter på alternativ tvistlösning och valfri civilprocess.” SvJT 2006 s. 101.

[37] Se t.ex. James J Alfini (1991), “Trashing, bashing, and hashing it out: Is this the end of good mediation.” *Florida State University Law Review* vol 19, s. 47–76; Carrie Menkel-Meadow (1991), “Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-opted or the Law of ADR.” *Florida State University Law Review* vol. 19, s. 1–46 och Bobbi McAdoo and Nancy A Welsh (2004), “Look Before You Leap and Keep on Looking: Lessons from the Institutionalization of Court-Connected Mediation.” *Nevada Law Journal* vol. 5 s. 399–433.

[38] Bengt Lindell (2000), *Alternativ tvistlösning. Särskilt medling och skiljeförfarande*, Iustus förlag, s. 69–139, Bengt Lindell (2006) *Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning*, Iustus förlag och Bengt Lindell (2020) *Alternativ till rättskipning – Förhandling, medling, processförlikning, tvistlösningsnämnder och skiljeförfarande*, Iustus förlag.

[39] SOU 2007:26, s. 111.

[40] SOU 1994:99, *Domaren i Sverige inför framtiden – utgångspunkter för fortsatt utredningsarbete*, s. 40–47.

[41] SOU 2007:26, s. 110–111.

[42] Prop. 2010/11:128, s. 24.

[43] Lindell 2021, s. 376–377.

[44] SOU 2007:26, s. 109 och Prop. 2010/11:128, s. 22–28.

motsatta: det antas att medling är billigare.[45] I Sverige måste domstolen ha ett förberedelsesammanträde och försöka koncentrera målet till de centrala tvistiga frågorna. Därför är det både enkelt och billigt att samtidigt främja förlikning. Eftersom medling är en från domstolsförfarandet separat process går mycket av resurserna som använts under medlingen till spillo, domstolsförfarandet försenas och utgifterna ökar om parterna inte förliks. Förvisso kan medling medföra att kärnfrågorna blir klarare och handläggningen i domstolsförfarandet kan därför efter medling bli något snabbare jämfört med om medling inte hade genomförts. Men det kompenserar inte för den tidsspillan som medlingen har medfört. Däremot medför ”misslyckade” förlikningsförhandlingar under det förberedande sammanträdet begränsade merkostnader och mindre fördröjning.[46]

3 Medling och förlikning i norsk rätt

3.1 Domstolsförfarandets struktur och domarens förlikningsverksamhet

Fram till den norska rättegångsreformen, som trädde i kraft den 1 januari 2008, förekom muntligt sammanträde under förberedelsen rätt sällan.[47] Det stod inte klart vad syftet med det förberedande sammanträdet var.[48] Betydelsen av vare sig förlikningsverksamhet eller koncentrationen av rättegångsmaterialet diskuterades knappt alls.

Den norska rättegångsreformen tog, i likhet med de svenska reformerna, sikte på att stärka förberedelsen och öka antalet förlikningar. *Tvistemålsutvalget* betonade i sin utredning 2001 domarens plikt att utöva formell processledning i ett så kallat *planmøte*.[49] Materiell processledning, koncentration på målets tvistiga frågor och begränsning av bevisningen till omtvistade omständigheter berördes bara kort. Resultatet blev att *planmøtet* är kort, ofta inte längre än en timme, och genomförs digitalt.[50] Andra förberedande sammanträden är sällsynta. Det finns inte tid att diskutera materiella frågor eller att aktivt främja förlikning.[51]

[45] Se t.ex. Ronán Feehily (2019), “Commercial Mediation and the Costs Conundrum.” *Vindobona Journal* vol. 23, s. 1–52 och Guiseppe De Palo och Romina Canessa (2014), “Sleeping-Comatose-only mandatory consideration of mediation can awake sleeping beauty in the European Union.” *Cardozo Journal of Conflict Resolution* vol. 16, s. 713–730.
[46] SOU 2007:26, s. 109.
[47] Jens Edvin A. Skoghøy (1998), *Tvistemål*, Universitetsforlaget, s. 476.
[48] Skoghøy, s. 476. Det är talande att Hans M. Michelsen i boken *Sivilprosess* (ad Notam Gyldendal 1999, s. 94–97) behandlar förberedelsefasen på under tre sidor. Om man jämför med Ekelöf 1978, är det stor skillnad, eftersom Ekelöf använder över 20 sidor för samma fråga (s. 33–56) och i den sjätte upplagan cirka 30 sidor (Ekelöf 1987, s. 36–66 och Lindell, 2021, s. 358–380).
[49] NOU 2001: 32, *Rett på sak, Lov om tvisteløsning (tvisteloven)*, s. 132–136 och 238–247.
[50] Justis- og beredskapsdepartementet, *Evaluering av tvisteloven*. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/jd/vedlegg/rapporter/evaluering_tvisteloven.pdf?id=2149677, s. 129–130.
[51] NOU 2001: 32, s. 214, 217–218 och 720–721 och Dokument 3:3 (2019–2020) *Riksrevisjonens* undersøkelse *av saksbehandlingstid og effektivitetet i tingrettene og lagmannsrettene*, s. 122.

Enligt tvisteloven § 8-1 ska domstolen ”på ethvert trinn av saken vurdere muligheten for å få rettstvisten helt eller delvis løst i minnelighet gjennom mekling [förlikningsarbete] eller rettsmekling, om ikke sakens karakter eller forholdene for øvrig taler imot en slik løsning.” Man kan alltså välja mellan ett förberedelsesammanträde där förlikning främjas och domstolanknuten medling, *rettsmekling*. I tvisteloven § 8-2 stadgas att domstolen under det ordinarie förfarandet inte får hålla enskilda samtal med parterna eller i övrigt ”motta opplysninger som ikke kan gjøres kjent for alle berørte parter.” Domaren kan inte ”sette fram forslag til løsning, gi råd eller gi uttrykk for synspunkter som er egnet til å svekke tilliten til rettens upartiskhet”. Även om detta synes motsvara uttalanden i svensk rätt om domstolens opartiskhet, finns det grund för att anta att det kan vara en viss skillnad. Särskilt förbudet mot att föreslå lösningar kan tolkas som att domaren ska avstå från att föreslå lösningar helt och hållet. Domaren får inte ha enskilda samtal och måste vara försiktig med att uttrycka sin syn på ett möjligt utfall.[52] Före tvistelovens ikraftträdande hade också norska domare enskilda samtal i sitt förlikningsarbete.[53] *Tvistemålsutvalget* ansåg att det inte är lämpligt att domaren håller enskilda samtal om samma domare ska döma i målet.

I praktiken har domare begränsade möjligheter att främja förlikning, eftersom domstolarna i avsaknad av förberedande sammanträden inte har något lämpligt forum för sådant arbete. Eftersom de norska domarna inte arbetar med att försöka koncentrera rättegångsmaterialet till centrala omtvistade frågor och att diskutera risker, får de heller inte underlag för att lätt hitta en rimlig lösning på tvisten under förberedelsen. Norska domare har mycket mer begränsad handlingsfrihet under förberedelsen, särskilt med tanke på att de inte får hålla enskilda samtal och inte heller till parterna antyda styrkor och svagheter i deras argumentation eller hur saken kunde förlikas. Om norska domare ska främja förlikning måste de antagligen antingen sammankalla till ett förberedelsesammanträde där domaren kan arbeta för förlikning eller besluta om *rettsmekling*. Då är det antagligen mer fördelaktigt med *rettsmekling,* eftersom domaren då är friare att använda olika verktyg.[54]

3.2 Rettsmekling som alternativt förfarande

År 1994 föreslog det norska justitiedepartementet ett pilotprojekt om *rettsmekling*. Medling ”marknadsfördes” med argumentet att det kan bidra till att målen förliks snabbare, alltså före huvudförhandlingen, och till ”en ’prosessuell opprydding’ f.eks. ved at partene inngår forlik

[52] NOU 2001: 21, s. 720–721 och 749–751.
[53] NOU 2001: 32, s. 218.
[54] NOU 2001: 32, s. 721.

eller frafaller deler av kravene, frafaller anførsler, blir enige om faktum på punkter av betydning".[55]

Parterna kan diskutera risker, styrkor och svagheter med medlaren (domaren) i enskilda samtal. Även om huvudargumentet var fler och snabbare förlikningar, förekom också argument som tyder på att *rettsmekling* ansågs vara något kvalitativt annat än förlikningsverksamhet: Medlaren främjar kommunikationen mellan parterna och intressebaserade lösningar. Många remissvar argumenterade mot medling och ansåg den vara en opassande och dyr tvistlösningsform, särskilt om parterna inte förliks.[56] Trots kritiken ändrades lagen sommaren 1996 och pilotprojektet började vid utvalda underrätter.

Tvistemålsutvalget ansåg att domarrollen är tydligare när domaren är medlare än när domaren främjar förlikning inom ramarna för det vanliga domstolsförfarandet.[57] Förfarandet ansågs också ha vissa kvalitativa fördelar, särskilt med tanke på parternas relation.[58] Departementet gav sitt bifall och ansåg att *rettsmekling* är snabbare, billigare och mindre stressande, men bara om andelen förlikningar är tillräckligt hög.[59]

Sedan 2008 gäller reglerna om *rettsmekling* i alla dispositiva tvistemål. Ursprungligen skulle *rettsmekling* inte användas om en part motsatte sig detta. Men sedan 1 juli 2023 är huvudregeln att domaren ska förordna *rettsmekling* i alla dispositiva mål när målet är ägnat för denna form av tvistlösning.[60] Domaren kan förordna medling mot en parts vilja om parten inte har en tillräckligt god motivering till varför den motsätter sig medling. Huvudargumentet för ändringen var ekonomiskt: Medling är billigare och snabbare än domstolsförfarandet.[61]

Enligt tvisteloven § 8-5 3 st. ska medlaren försöka "klarlegge partenes interesser i tvisten med sikte på en minnelig løsning." Hen kan "peke på forslag til løsning" och diskutera styrkor och svagheter i parternas argumentation, men bör undvika att förutse utgången i målet och att föreslå detaljerade förlikningsavtal.[62] Medlaren ska handla på ett sätt som inte äventyrar hens opartiskhet. Domare vid domstolen där målet är anhängigt fungerar som medlare (tvisteloven § 8-4). Även andra kan medla, men detta är relativt sällsynt.[63] När en domare medlar, ingår medlingen i domstolsavgifterna.

[55] *Høringsbrev fra Justitiedepartementet* 27 april 1994, citerat i Ot.prp. nr. 41 (1995–1996) *Om lov om endringer i tvistemålsloven (rettsmekling)*, s. 2.
[56] Ot.prp. nr. 41 (1995–1996), s. 1.
[57] NOU 2001: 32. Vedlegg 3, Richard Knoff: *Evaluering av prøveordningen med rettsmekling*, s. 1133–1207.
[58] NOU 2001: 32, s. 226–227.
[59] Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) *Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)*, s. 119.
[60] Prop.34 L (2022–2023) *Endringer i tvisteloven mv. (rettsmekling, ankenektelse mv.)*, s. 66–74.
[61] Prop.34 L (2022–2023), s. 66–74.
[62] NOU 2001: 32, s. 229 och Ot.prp. nr. 51 (2004–2005), s. 125.
[63] Kaja Moen Welo, *Kommentar til § 8-4*. Karnov lovkommentar.

I motsättning till Sverige lyser en kritisk diskussion om *rettsmekling* nästan med sin frånvaro.[64] Diskussionerna verkar inte ha påverkats av den mycket kritiska debatten som pågick i USA på 1990-talet i någon nämnvärd utsträckning.[65] Det är oklart varför man inte beaktade kritiken redan under pilotprojektet eller senare.

Tvisteloven kapitel 7 har regler om medling utanför domstolsförfarandet som motsvarar särskild medling. I praktiken används reglerna knappt alls.

3.3 Argument för och mot medling

Det bärande argumentet för *rettsmekling* verkar vara processekonomi: Förlikning är bättre än dom och domstolsförfarandet ska bli snabbare och billigare genom att främja förlikning.[66] Processekonomin har blivit ännu viktigare under senare år. I propositionen till 2023 års reform, där *rettsmekling* blev huvudregel, var huvudargumentet ekonomiskt.[67]

I början lyftes också *rettsmekling* som ett alternativt förfarande, inte bara som ett sätt att främja förlikning, utan som en process med resultat ”som er bedre tilpasset partenes behov og interesser.”[68] Medlingsprocessen är flexibel och lösningarna kan återspegla parternas övriga (alltså icke-rättsliga) intressen, särskild hänsyn kan tas till parternas relation.[69] *Tvistemålsutvalget* nämner intressebaserade förlikningar totalt nio gånger,[70] men utan att det diskuteras vad det innebär i praktiken och hur medlaren bör göra för att främja samarbete, konstruktiv kommunikation och ett intressebaserat förhållningssätt. I senare förarbeten nämns intressebaserade lösningar bara i förbigående.[71]

Samtidigt används också samma typ av pragmatiska argument som i den svenska diskussionen, särskilt att *rettsmekling* kan bidra till koncentration, ”klarlegge styrker og svakheter i hver parts rettslige styrke”, att parterna förstår fördelarna med förlikning och ser möjliga lösningar på sin tvist.[72] Diskussionen om hur *rettsmekling* påverkar domstolarnas samhällsfunktioner förs nästan inte alls i Norge.[73]

[64] Se Camilla Bernt (2011), *Meklerrollen ved mekling i domstolene*. Fagbokforlaget.
[65] Se fotnot 44.
[66] Ordet rask nämns fyra gånger (s. 218, 224, 228 och 229) och effektivt, på sidan 217, i NOU 2001: 32 i samband med *rettsmekling*.
[67] Prop. 34L (2022–2023) s. 72.
[68] NOU 2001: 32, s. 218.
[69] Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 389.
[70] NOU 2001: 32, s. 214, 218 (två gånger), 219, 226, 229 (tre gånger) och 230. Det är två korta avsnitt om intresse och ett om kommunikation (ordet kommunikation nämns tre gånger när utredningen diskuterar medling generellt på s. 219–220, men inte när utredningen diskuterar om och hur *rettsmekling* ska införas i Norge). Inte heller i detaljmotiveringarna återfinns intresse och kommunikation bortsett från ett kort avsnitt på sidan 723.
[71] Prop. 34L (2022–2023), två gånger på s. 70 och en gång på s. 72.
[72] NOU 2001: 32, s. 219.
[73] Se t.ex. NOU 2020: 11 s. 43 ff.

4 En jämförelse mellan Sverige och Norge: medling som kulturfråga

Jämförelsen mellan svensk och norsk rätt visar att huvudsyftet med förlikningsarbete respektive *rettsmekling* är nästan identiskt: att åstadkomma fler förlikningar snabbare, alltså under förberedelsen, och inte först under huvudförhandlingen. Utan att observera hur domare främjar förlikningar som domare respektive medlare och jämföra innehållet i förlikningarna, är det svårt att säga hur stora skillnaderna är i praktiken.

I båda länderna används processekonomiska argument för användandet av förlikning. Om parterna förliks kan förfarandet avslutas, domaren behöver inte skriva (någon längre) dom och man undviker överklagande. Synen på processekonomi är smal: varken indirekta kostnader eller icke-ekonomiska kostnader, såsom felkostnader, eller ekonomisk vinning, t.ex. som en följd av att parterna kan återuppta sina affärsförbindelser, nämns. Förlikningar anses också vara ett uttryck för pragmatism. Parter som förliks antas ha hittat en lika bra och kanske till och med bättre lösning än den de kunde ha fått genom en dom. Dessutom kan de bevara sin relation.

Trots att samma argument används anses förlikningsarbete vara bättre än medling i Sverige, medan man i Norge argumenterar i motsatt riktning. I Sverige betonas särskilt kostnaderna för ett separat medlingsförfarande, som anses vara mycket dyrare än domarens förlikningsarbete inom ramen för det ordinarie förberedelsesammanträdet. I Norge gäller det motsatta: *Rettsmekling* anses vara lösningen på problemet med att rättegången är så kostnadskrävande.[74] Mer medling blir alltså en lösning på problemet med höga rättegångskostnader. Att *rettsmekling* ökar kostnaderna och innebär en tidsspillan om parterna inte förliks har avfärdats i Norge med att så inte alls behöver vara fallet, men utan att någon form av beräkningar läggs till grund för slutsatsen.[75] I Norge har man inte diskuterat om höga rättegångskostnader medför att parterna tvingas ingå förlikning. Ju dyrare domstolsförfarandet är, i desto större grad är förlikning och medling den enda farbara vägen i praktiken. Och ju mer kostnader parterna redan har använt på *rettsmekling*, desto mindre kan de använda på det efterföljande vanliga förfarandet.

Man har olika synsätt på domaren som medlare i Sverige och Norge, utan att det finns någon uppenbar förklaring. Att domaren inte bör ha enskilda samtal är ju inte ett argument för domstolsmedling, men ett argument för domarbyte om parterna inte förliks. Ändå har detta använts som ett viktigt argument för *rettsmekling* i Norge. Skillnaderna verkar bottna mer i hur domstolsförfarandet är utformat och om det inom ramarna för det ordinarie förfarandet finns tillräckligt utrymme för domarens förlikningsarbete.

[74] Prop.34 L (2022–2023), s. 72–73.
[75] Prop.34 L (2022–2023), s. 72–73.

Domstolarnas samhällsfunktioner har också använts som argument för domarens förlikningsverksamhet i Sverige,[76] men i Norge har debatten varit lam. I Sverige anser man att medling inte hör till domstolarnas samhällsfunktioner, men att domaren ändå aktivt kan främja förlikning och man har aktivt arbetat för att fler mål ska avgöras genom förlikning. De svenska utredningarna påpekar att medling begränsar tillgången till domstol och möjligheten att få genomslag för rättigheter.[77] Att båda parterna i en tvist har en reell tillgång till domstol och en dom baserad på rättsregler skapar balans i förhandlingar och ett incitament för den klart starkare parten att följa lagen. Om parterna använder mycket resurser på förlikningsförhandlingar eller medling, kan de uppleva att det blir för krävande att fullföra talan och därför träffa en förlikning på oförmånliga villkor. Man kan dock invända att också förlikningsverksamheten kan påverka domstolarnas samhällsfunktioner på motsvarande sätt som medling — domstolen erbjuder då tvistlösning som inte är ett alternativ till dömande och använder dessutom ungefär samma verktyg.

Synen på förlikningar kan ha påverkats av tidsandan när ländernas respektive regler infördes. Den svenska utredningen år 1982 kom när medlingens frammarsch bara hade börjat och 2005 års utredning sammanföll med en kritisk debatt om medling i Sverige. I Norge har det saknats starka röster, så som Lindblom i Sverige, som har förespråkat en viss syn på domstolsmedling och synliggjort problem med medling.

Det är inte lätt att dra någon säker slutsats om de olika sätt att främja förlikning i tvistemål som Norge och Sverige har valt är uttryck för kulturskillnader mellan länderna. Tvärtom kan man med fog påstå att trots stora skillnader i den svenska respektive norska lagstiftarens syn på medling och förlikning, är de skäl som har anförts för medling i Norge och för förlikning i Sverige liknande. Man kan också konstatera att skillnaderna mellan ländernas system i praktiken inte är särskilt stora. De verkar först och främst bero på skillnader i rättegångsförfarandets struktur och tidsandan när reglerna infördes. Detta betyder ju inte att (rätts)kulturella faktorer inte har haft något inflytande. Synen på domstolarnas samhällsfunktioner, eller i varje fall skillnaden i om och hur samhällsfunktionerna används som argument, kan vara en rättskulturell skillnad av betydelse. En annan möjlig rättskulturell skillnad är synen på hur domare bör främja förlikningar. Det är inte sagt att det är så stora skillnader i hur domare faktiskt gör, i vilken grad de arbetar med parternas relationer och om och i vilken grad förlikningarna är intressebaserade. Att utreda om det finns en skillnad mellan

[76] T.ex. Per Henrik Lindblom (2004), ”Domstolarnas växande samhällsroll — floskler eller fakta?” SvJT 2004 s. 229 och Per Henrik Lindblom (2000), ”Civilprocessens grundprinciper de lege ferenda: Synpunkter i anslutning till det aktuella civilprocessuella reformarbetet i England, Danmark, Finland, Norge och Sverige.” SvJT 2000 s. 105.

[77] SOU 1994:99, s. 40–47 och SOU 2007:26, s. 110–111.

Sverige och Norge förutsätter empirisk forskning om hur domare faktiskt handlar och hur de uppfattar sin roll och ramarna för rollen.