

Ett skifte i politisk syn på den aktive domaren i tvistemål?

Av professor PETER WESTBERG

Många domare ryggar nog inför tanken att domargärningen i tvistemål skulle och borde styras av att domaren anlägger en specifik politisk uppfattning till grund för sin handläggning och sitt dömande. Trots detta bör man ändå ställa sig frågan om något slags politisk-ideologisk dimension under årens lopp har påverkat tillämpningen av den nu snart sjuttioåriga rättegångsbalken. Per Olof Ekelöf, som på bred front har skildrat den svenska rättegången, hade redan vid balkens tillkomst bestämda politiska synpunkter på att rättskipningen krävde en aktivt processledande domare. Fick dessa synpunkter något genomslag? Eller har utvecklingen gått åt ett annat håll än vad Ekelöf då föreställde sig?

1 Inledning

Om rättegångsbalken var en person, skulle denne just ha gått i pension vid 67 års ålder och sannolikt funderat på om det blev ett bra eller dåligt liv i rättskipningens tjänst. Rättegångsbalken har i flera sammanhang fått beröm — som lagstiftningsprodukt. Balkens omfattande regelmassa har sagts hänga samman ovanligt bra och vara väl uttänkt. Möjligen är det en utbredd uppfattning att de flesta rättsvetenskapliga studier som gjorts över balken har präglats av princip- och regelanalytiska kartläggningar och klarlägganden, medan andra dimensioner av rättegången inte skulle ha lyfts fram lika tydligt.

Då och då har i doktrinen ropats ut att processrätten inte bara är en formsak utan något mycket mera och viktigare. Detta andra skulle vara något som måste förstås, förklaras och analyseras utifrån ett eller flera samhällsperspektiv. Den trettiofemåriga docenten Per Olof Ekelöf ropade just så år 1941 i ambitionen att övertyga den svenske läsaren om hur den kommande rättegångsbalken borde uppfattas vad gällde civilprocessens framtid (Samhällsåskådning och civilprocess, SvJT 1941 s. 106 ff., citeras nedan Ekelöf 1941). Rättegången skulle stå i samhällets tjänst och det krävde att processrätten skulle genomsyras av ett funktionstänkande, dvs. att den eller de funktioner som civilprocessen skulle fylla bestämde bland annat domarens uppgift i rättegången. Nära nog trettio år senare ropade den fyrtiotreåriga professorn Mauro Cappelletti ut att "[p]rocedure is not pure form. It is the meeting point of conflicts, of policies, of ideas". Ropet, som har starka drag av högtidstal om sig, var nog främst tänkt att entusiasmera processrättskollegor över hela världen

att betrakta rättegången som "the faithful mirror of all major exigencies, problems and trials of our epoch" och också låta den betraktelsen präglade den rättsvetenskapliga undersökningen av rättegången som rättsligt fenomen (*Social and Political Aspects of Civil Procedure*, Michigan Law Review, 1970–71, s. 847 ff.).

I både Ekelöfs och Cappellettis rop på behovet och nödvändigheten av att anlägga politiskt-ideologiska perspektiv på processen låg sannolikt inte enbart en inomrättsvetenskaplig markering av att processrätten minsann skulle värderas på samma "höga" nivå som den materiella rätten. Tanken var dessutom att det politiskt-ideologiska greppet skulle göra skillnad på ett praktiskt plan och visa sig såväl i domarens rättstillämpningsmetodik som i den arbets- och maktfördelning som skulle gälla mellan rättegångens huvudaktörer, domaren och parterna.

Frågan är om och hur något slags politiskt-ideologisk dimension har påverkat den numera sextiosjuåriga rättegångsbalken och satt spår efter sig i praxis. I en så kort uppsats som denna är det förstås en alldeles för bred fråga att ge sig på och jag måste därför mer än rejält begränsa min betraktelse över temat. Med tanke på det inflytande som Ekelöf kom att få för generationer av jurister som har studerat processrätt och sedan kom att i olika roller praktisera rättegångsbalken är det ofrånkomligt att sätta hans tankar om rättegångsbalken i centrum, samtidigt som det skulle föra alldeles för långt att i denna uppsats redogöra för de i doktrinen som har följt i hans fotspår och de som valt gå längs andra stigar. Detta avstamp är särskilt tacksamt eftersom den åttioettåriga Ekelöf själv kom att år 1987 recensera sin uppsats från 1941 och därmed ge sin syn på vad han tänkte 1941, på vad som hade hänt under årens lopp och på den förändrade uppfattning som han möjligen hade bildat sig vid mitten av 1980-talet (*Samhällsåskådning och civilprocess — än en gång*, ur Festskriften till Lars Welamson, s. 119 ff., Norstedts Förlag, 1987, Stockholm, citeras nedan som Ekelöf 1987).

Utifrån Ekelöfs sätt att närma sig ämnet år 1941 kan jag dessutom stanna vid att lägga fokus på hans politiska ställningstagande beträffande kopplingen mellan funktionstänkandet och den sida av domarens roll som tog sig uttryck i Ekelöfs idéer om den materiella processledningen. Detta beror delvis på att Ekelöf år 1987 ägnar processledningen större uppmärksamhet än vad han gjorde år 1941. Men framförallt beror det på att utvecklingen av domstolens rättskipningsuppgifter har kommit att ta en annan väg än den som Ekelöf föreställde sig som ung docent. Steg för steg har lagstiftaren, särskilt från 1990-talet och framåt, kommit att starkt proklamera behovet av en aktivare domareroll i rättskipningens tjänst. Fast det har skett under andra förtecken än de som Ekelöf utgick ifrån år 1941: Det handlar om domarens förlikningsverksamhet, en rättskipningsform som åtminstone praktiskt sett har ställts framför den rättskipning som ligger i domarens dömande verksamhet. Även inom ra-

men för domarens förlikningsverksamhet bedrivs en form av processledning, men den har delvis ett annat innehåll och genomförs med andra syften. Skiftet i rättegångens rättskipningsfunktion ger upphov till en rad funderingar, bland annat följande: Har det blivit så att den aktiva domareroll Ekelöf pläderade för, och som kodas som materiell processledning i klassisk tappning, har mötts och fortfarande möts med en allmän skepsis av domarekåren, medan processledning i den nya tappningen har fått ett rakt motsatt mottagande bland domare? Kan det bero på att det funktionstänkande som förknippas med förlikningsverksamheten är pragmatiskt övertygande för de flesta domarna, medan det funktions-tänkande som Ekelöf kopplar till den materiella processledningen är alltför politiskt utmanande?

2 Vid rättegångsbalkens tillkomst

Ekelöfs betraktelse från 1941 har en anspråksfull titel: Samhällsåskådning och civilprocess. Ändå får man förstå uppsatsen som Ekelöfs första försök att pröva grundläggande idéer om civilprocessen som helhet, idéer som då presenterades som ganska prematura men som han med tiden kom att fördjupa och precisera. I detta första försök från 40-talets början blir tänkandet i "funktion" hans avstamp och tänkandet om "materiell processledning" *en* bland flera sidor av domarens inflytande på rättegången där "funktionen" skulle praktiskt yttra sig.

Sambandet mellan samhällsåskådning och civilprocess kan kartläggas på olika sätt och med skilda hypoteser för ögonen. Ekelöf valde att genom en historisk exposé försöka övertyga läsaren om att rättegångsbalkens och civilprocessens funktionskraft krävde en aktiv domare och inte en passiv, trots att rättegången enligt den då färskva men ännu inte ikraftträdde rättegångsbalken hade anordnats som en förhandling mellan parterna. Poängen med exposén var att leda i bevis att den aktive domaren skulle ha en tydlig koppling till en aktiv statsmakt; förhandlingsprincipen och parternas dominerande inflytande märktes som tydligast "då statsmakten varit försvagad eller dess verkningsfält i samhället begränsat" (Ekelöf 1941 s. 107 vid not 1). En svagt verkande statsmakt skulle med andra ord förklara behovet av en passiv domare. Ekelöf drar inte ut dessa tankar i tangentens riktning. Kanske menade han att om en välfärdsstat (byggd på demokrati) aktivt använder lagstiftningsreformer för att omforma och "förbättra" samhällslivet, ska också en domare vid tvistlösningen i en rättegång aktivt medverka i detta reformarbete och se till att de önskvärda handlingsmönster som finns i de reformistiska rättsreglerna också får genomslag i det verkliga livet.

I uppsatsen från år 1941 saknas ett uttryckligt ställningstagande till frågan hur den svenska statsmakten vid denna tidpunkt skulle eller borde uppfattas. Ekelöf tycks i stället ha fokuserat på två utvecklingslinjer som bröts mot varandra och där han kände behov av att starkt ta ställ-

ning. Å ena sidan gick han i polemik med samtida tyska författare som av statsideologiska skäl (nationalsocialistiska) underkände förhandlings- och dispositionsprinciperna och på den grunden propagerande för en mycket aktiv domare som skulle vara styrd av en "führergrundsatz" — ja närmast en hyllning av en inkvisitorisk domare. Ekelöf ställde upp till försvar för förhandlings- och dispositionsprinciperna och för att den nya svenska rättegångsbalken byggde på dessa, bland annat utifrån tanken att principerna väl avspeglade ett liberalt organiserat samhälle och att det därför fanns skäl att motsätta sig en alltför klåfingrig domare. Å andra sidan verkar Ekelöf ha tagit intryck av den österrikiske processrättsprofessorn Klein och den "sociala processordning" som skapades med 1895 års österrikiska processlag och som gav domaren en framskjuten roll som processledare i rättegången. Det har sagts att denna processordning skulle passa en välfärdsstat bra och att åtminstone vissa ledamöter i processkommissionen tog starkt in tryck av Kleins idéer. Utan att uttryckligen framhålla det i uppsatsen kanske Ekelöf gjorde den reflektionen att den svenska rättegångsbalken borde ses som en pendang till det österrikiska tvistemålsförfarandet snarare än till den tyska civilprocessen (jämför dock Ekelöf 1941 s. 120–121). Under alla förhållanden gjorde han inte i 1941 års uppsats några hänvisningar till de svenska lagmotiven som direkt eller indirekt skulle ge anvisningar om att rättegångsbalken skulle tolkas och tillämpas utifrån ett social-liberalt perspektiv eller uppfattas som ett verktyg i välfärdsstatens byggande.

Om nu Ekelöf pläderade för att rättegångsbalken, byggd på förhandlings- och dispositionsprinciperna, passade väl för ett liberalt samhälle, undrar man hur han då kopplade detta ställningstagande till hur civilprocessens funktion skulle beskrivas och formuleras? Inledningsvis räknar han upp tre funktioner: "att bringa den materiella rätten till genomförande, att säkra rättsfreden, att ersätta självhjälpen" (Ekelöf 1941 s. 106). Funktionerna förklaras inte närmare, men av den följande framställningen blir det tydligt att han lägger tonvikten vid funktionen "att bringa den materiella rätten till genomförande". I artikeln görs inte heller tydligt till *vad* som denna funktion ska kopplas. Taget efter lydelsen i citatet ligger närmast att funktionen skulle kopplas till domen och den dömande verksamheten, dvs. till den rättskipningsform som allmänt förknippas med domstolarna. Tanken skulle redan då ha varit — även om den inte preciserades på det viset i uppsatsen — att en domstol genom tillämpningen av gällande civilrättsliga regler påverkade medborgarna att följa de handlingsmönster som enligt dessa regler var önskvärda i samhället (det som Ekelöf sedermera kom att kalla handlingsdirigering). Men samtidigt finns det uttalanden i uppsatsen som skjuter i förgrunden att det väsentliga i sammanhanget är "att en ändamålsenlig processinstitution står den rättssökande till buds" (Ekelöf 1941 s. 120). Det viktiga skulle vara inte att domstolen dömde "materiellt

riktigt” utan att den dömde inom ramen för en förnuftigt ordnad och fungerande rättegångsordning. Ser man saken så är det lätt att tro att funktionen ”handlingsdirigering” automatiskt skulle följa med den dömande verksamheten och domen utan att domaren i det enskilda fallet skulle behöva vidta ytterligare åtgärder under rättegången för att främja den handlingsdirigerande funktionen. Man kan notera att Ekelöfs funktionstänkande saknade hänvisning till något slags empiriskt underlag som skulle kunna ge någorlunda säkra slutsatser om vilken uppgift eller vilka funktioner som civilprocessen verkligen hade eller skulle komma att få.

Hur som helst tycks Ekelöf inte riktigt ha menat att handlingsdirigering bara skulle vara en funktion av själva dömandet. På vissa punkter ställde han sig nämligen kritisk till att för den svenska rättegången driva förhandlings- och dispositionsprinciperna för långt. Han ville lämna större plats åt domarens fria initiativ än vad som följde av processlagberedningens förslag till ny rättegångsbalk (Ekelöf 1941 s. 134). Drivkraften bakom hans förslag tycks vara övertygelsen om att domaren hade förmågan att kunna kompensera för de brister som kan uppstå i parternas processföring och se till att processmaterialet blev allsidigare än annars, t.ex. genom att domaren även i dispositiva mål skulle få dra in annan bevisning än den som parterna hade åberopat. Man undrar om Ekelöf med detta föreställde sig att kvalitén i den dömande verksamheten skulle höjas och därmed i positiv riktning främja inpräntandet av civilrättens handlingsmönster hos medborgarna. Han skriver ingenting om det.

Även om processlagberedningens förslag till rättegångsbalk inte enligt Ekelöf gick tillräckligt långt t.ex. vad gällde domarens ansvar för bevisningen i målet, såg han en öppning i den nya rättegångsbalkens reglering som rörde *materiell processledning*. Tanken var tydligen i Ekelöfs värld att processledningen utgjorde en modifikation av förhandlingsprincipen och ett verktyg genom vilken domaren kunde neutralisera olägenheterna med denna princip (Ekelöf 1941 s. 135). Modifikationen skulle vara sådan att parterna hade förstahandsansvaret för att utforma sin respektive talan och införskaffa utredningen om det omtvistade sakkälet, medan domaren skulle ingripa hjälpende och kompletterande. I detta sammanhang knöt Ekelöf inte uttryckligen an till sina tankar om civilprocessens funktion och t.ex. försvarade och förklarade domarens aktivitet som viktig eller nödvändig för att realisera ”handlingsdirigeringen”, än mindre till att processledningen skulle vara ett uttryck för ett social-liberalt förhållningssätt till rättegångsbalken. Han reflekterar därmed inte heller över frågan huruvida domarens aktivitet över huvud taget måste eller bör motiveras med en viss typ av politiskt ståndpunktstagande eller över frågan huruvida den önskvärt aktiva domarerollen bara följer med en viss sorts samhällsåskådning. Hade han vid

den tidpunkten uttryckligen hävdad att varje domare borde ta ställning för en social-liberal inställning till rättegångsbalken och på grundval av det ställningstagandet bemöda sig om att aktivt och lojalt verka för en policy-implementerande rättskipning (handlingsdirigering), hade han säkert gjort sig skyldig till en innovation i den juridiska metodläran som nära nog ingen i juristkretsar vid den tiden skulle ha tagit på allvar. Det samma gäller säkert i dag.

I sin utläggning om processledning tar Ekelöf några exempel till hjälp för att visa sin ståndpunkt om att domaren bör vara aktiv och vilken omfattning som aktiviteten bör ha. Ett av dessa exempel — och jag får av utrymmeskäl nöja mig att återge detta — angår frågan huruvida en domare ska eller bör för en part påtala att dennes ”grund” för talan är bristfällig och ange hur denna brist lämpligen borde botas. Ekelöf har den bestämda uppfattningen att domaren bör bedriva processledning i båda dessa avseenden. Han tar i sammanhanget avstånd från den ståndpunkt, som vid den tiden hade förts fram i tysk och svensk doktrin (av lundaprofessorn i processrätt Ernst Kallenberg) men som också antytts i processlagberedningens betänkande, nämligen att domaren inte bör gå längre än att allmänt påtala för parten att dennes grund för talan är bristfällig och alltså inte ge parten besked om hur bristen bör botas (Ekelöf 1941 s. 135–36).

Polemiskt ropar Ekelöf ut: ”Är icke detta att gå som katten kring het gröt?” Ekelöf noterar visserligen åsikten att motparten kan komma att uppfatta domaren som att denne agerar partiskt genom att hjälpa den andre parten att vinna målet. Den åsikten underkänner Ekelöf genom att frankt deklarerar: ”Men då får man göra klart för honom [motparten; min anmärkning] att domstolen är till för att skipa rätt och icke för att skaffa folk orättmätiga förmåner på sin nästas bekostnad”. Processledning får alltså helt plötsligt innebörden av att vara en *rådgivning* som har uppgiften att förhindra att en av parterna skulle göra en i processuell mening ”obehörig vinst”, nämligen att vinna tvistemålet enbart därför att den andre parten av något skäl har begått ett misstag vid utformningen av grunden för sin talan. Ekelöf deklarerar sina ståndpunkter utan att närmare reflektera över möjligheten att en domare kan ta miste om innehållet i gällande civilrätt och ge felaktiga eller vilseledande råd som gör att den hjälpta parten kan ”skaffa sig orättmätiga förmåner på sin nästas bekostnad”.

Avslutningsvis ska noteras att Ekelöfs funktionstänkande år 1941 kopplas till *en* bestämd form av rättskipning utan att han närmare nämner och förklarar detta. Kanske var det så vid den tiden att Ekelöf tillsammans med många andra såg det som en självklarhet att rättskipning vid domstol handlar bara om en sak, nämligen att avgöra tvisten genom att tillämpa allmänt giltiga rättsregler på de situationsunika fakta som i det enskilda målet har bevisats. I förbifarten nämner Ekelöf ”processför-

likning”, men ger inte denna form av rättskipning något utrymme i sin framställning. Han motiverar det så att om en rättegång väl har inletts skulle förutsättningarna för en uppgörelse i allmänhet vara små (Ekelöf 1941 s. 116). Det var civilprocessen i sin rena form som stod i centrum utan att Ekelöf nämner eller antyder om han menade att rättegången ur samhällets synvinkel borde vara ”the first or last resort”. Kanske betraktade han och andra vid denna tid inte förlikningsverksamheten som ett slags rättskipning, i vart fall inte som en tvistlösningsform som låg på samma nivå som domstolens dömande verksamhet.

Under alla förhållanden gavs inte i uppsatsen från år 1941 några reflektioner över frågan om funktionstänkandet kunde eller borde knytas också till domarens förlikningsverksamhet; kunde denna verksamhet bidra till den genomförande av den materiella rättens handlingsmönster eller hade verksamheten en helt annan inriktning? Det kan tyckas märkligt att Ekelöf förbigick frågan. Det fanns trots allt redan i den ursprungliga versionen av rättegångsbalken en regel i 42 kapitlet 17 § som innehöll en uppmaning till domaren att söka förlika parterna, om det var lämpligt. Visserligen kan hävdas att uttalanden i motiven till denna bestämmelse närmast tonade ned domarens förlikningsverksamhet, främst av hänsyn till vikten av partsneutrala domare. Samtidigt var det knappast obekant vid denna tid att historiskt sett hade domarens förlikningsverksamhet utgjort en viktig del av den svenska domstolstraditionen. För att ta ett exempel ur historien kan nämnas att den svenske juristen Rålamb år 1679 fällde följande uttalande i sin kommentar till rättegången i tvistemål: ”En domare bör icke tillåta parterna skrida till process förr än han först hafwer tenterat förlikning”.

3 Vid rättegångsbalkens pensionsålder

Uppsatsen från år 1941 ger en yttlig information om innebörden i Ekelöfs ”funktionstänkande” och ger ingen hjälp att förstå om domarens processledning med nödvändighet förutsätter något specifikt slags funktionstänkande, t.ex. att just en domare i en stat av social-liberal karaktär måste vara aktiv i sin processledning för att ge den service åt parter som de på grund av bristande kunskap eller brist på information behöver för ett tryggt liv i samhället. Några reflektioner över detta ger Ekelöf däremot i sin uppsats från 1987. Men låt mig först inflika att året före publicerade Mirjan Damaska en rättsvetenskaplig avhandling (*The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, 1986) som analyserade just det förhållande mellan statsmakt och domareroll som Ekelöf tog sitt avstamp i år 1941. Damaska uppställde samma hypotes som Ekelöf, nämligen att en aktiv statsmakt skulle ge en aktiv domareroll och omvänt. Damaska gav upp ambitionen att försöka leda detta i bevis. Han kunde helt enkelt inte finna stöd för ett så enkelt samband när han studerade olika slags domstolssystem världen över. Det fanns med andra ord aktiva

domare i samhällen som hade en passiv statsmakt och omvänt. Damaska stannade vid att omvandla hypotesen till en dialektal tankemodell för sin analys, dvs. det välkända trixet att renodla motstående tankar genom att ställa dessa som ytterligheter mot varandra och på det viset skapa ett underlag för en s.k. principdiskussion. Man kan också notera att Ekelöf i 1987 års uppsats avslöjar att han vid sin rätthistoriska undersökning vid 1940-talets början upptäckte att hans tes inte riktigt stämde, men att han då valde att bortse från de exempel som jävade hypotesen (Ekelöf 1987 s. 119).

Nå, vad såg då Ekelöf år 1987 i sin backspegel? Närmast öppenhjärtligt bekänner han ett visst distanstagande till sina tankar från 40-talets början och urskuldar sig med att han då var ung och oerfaren. Han reflekterar inte bara över sina politiska ställningstaganden utan kommenterar också sina tankar om processledning och den tidigare frånvaron av tankar om domarens förlikningsverksamhet. Vad han verkligen kom ihåg från år 1941 och vad som blir efterhandskonstruktioner år 1987 vågar jag inte ta ställning till. Men i den senare uppsatsen förklarar han på olika punkter hur han tänkte vid 40-talets början utan att man kan finna tydliga spår efter det i 1941 års uppsats.

Till skillnad från i 1941 års uppsats deklarerar Ekelöf i 1987 års uppsats uttryckligen att han vid 40-talets början var social-liberal (Ekelöf 1987 s. 121) och att detta påverkade vilka rekommendationer som han gjorde rörande hur rättegångsbalken skulle uppfattas och rörande hur domaren borde sköta sin processledning. Han berättar också att han hade tagit stort intryck av den österrikiska professorn Klein och dennes sociologiska grepp på rättegången. Ekelöf är emellertid självkritisk på flera punkter. Bland annat skriver han att han i 1941 års uppsats bara medvetet lät sitt politiska anslag påverka den första delen av uppsatsen, dvs. den där han genom en historisk exposé ville förklara att en domare är aktiv om denne verkar i ett samhälle med en aktiv statsmakt. Däremot beklagar Ekelöf att han inte då borde ha begripit att hans politiska förhållningssätt även påverkade uppsatsens senare del, där han bland annat behandlade frågan om domarens materiella processledning (Ekelöf 1987 s. 121–122). Ekelöf faller också uttalanden som fäster uppmärksamheten på att "socialliberalism" inte är något entydigt och därmed skulle vara lätthanterligt redskap utan bland annat kan beskrivas som "ett konglomerat av liberala och socialistiska idéer" (Ekelöf 1987 s. 122). Vilka av dessa idéer som skulle ha direkt betydelse för en aktiv processledning berättar han inte, lika litet som att han anvisar domaren någon metod hur denne bör gå tillväga för att klarlägga vilka av dessa idéer som bör styra processledningen.

Samtidigt står han fast vid kopplingen mellan politik och processledning genom att retoriskt fråga sig om inte det borde te sig "sympatiskt" för en socialliberal att komplettera dispositionsprincipen med materiell

processledning. Det märkliga är emellertid att han inte drar sin tanke i tangentens riktning och ställer sig frågan om han med detta menar att bara den socialliberalt övertygande domaren bör bedriva processledning eller att alla domare bör just vad avser processledning agera som om hon eller han vore socialliberal. Man ska också notera att Ekelöf relaterar den socialliberala faktorn till processledningsuppgiften och inte till det funktionstänkande som han menar allmänt bör präglade civilprocessen, som i 1941 års version handlade om att genomföra den materiella rätten. Man får därmed inte veta om han tänkte sig att processledningen bara skulle reserveras för en sådan civilrättslig lagstiftning som var ett resultat av socialliberala strävanden eller även sådan som bestämdes utifrån andra politiska ambitioner.

Under alla förhållanden är Ekelöfs sätt att resonera svårt att passa in i en rättskällelära som bland annat har till syfte att hindra en domare från att sköta sin rättskipningsuppgift utifrån egna politiska preferenser. Man kan ana att hans rekommendation om aktiv processledning skulle ha fått större genomslag hos domare, om just processledningsregeln kunde knytas direkt till ett uttalande i lagmotiven om vilket syfte processledningen skulle fylla och att syftet presenterades i ordalag som förklarade dess social-liberala innebörd. Domare är väl i allmänhet vana att bland annat tillmäta sådana syftesförklaringar betydelse vid tolkning och tillämpning av en lagregel. I detta sammanhang kan man ur rättsvetenskaplig synvinkel notera att Ekelöf varken år 1941 eller 1987 funderade över det lämpliga att som forskare beskriva gällande rättsreglers innehåll och rekommendera en rättstillämpning som bygger på den egna politiska övertygelsen.

I 1987 års uppsats tar Ekelöf tag i en rad olika trådar som beskriver utvecklingen av hans författarskap från 40-talets början, bland annat hur han har förändrat sitt tänkande om civilprocessens "funktion" (med betoning på dess betydelse som s.k. sanktionsmekanism) och hur han tydligare kom att koppla processledningen till förberedelsen i tvistemålsrättegången. Han redogör för att han i skilda sammanhang under årens lopp har engagerat sig i frågor om processledning, men tillstår att han har svårt att år 1987 avgöra om hans tankar vunnit gehör hos domare.

Vad som är av särskilt intresse är att Ekelöf redogör för att han genom samtal med advokater hade blivit varse om att processledning visst hade stor betydelse i rättegången, men inte på det sätt som Ekelöf tidigare hade föreställt sig. Det handlade om den betydelse processledningen fick i samband med domarens förlikningsverksamhet. Ekelöf förstod helt plötsligt att uppgörelser i godo spelade långt större roll än vad han hade räknat med. I 1987 års uppsats beskrev Ekelöf det som att domare som aktivt bedrev processledning hade "färre huvudförhandlingar" än andra domare och fler förlikningar. Han noterade också att domarens förlikningsverksamhet (av Ekelöf betecknat som medling)

framstod som en fortsättning på processledningen. Han gick inte på djupet för att granska likheter och skillnader mellan den traditionella processledningen och den nya formen av processledning som har siktet inställt på förlikning. Medan den traditionella processledningen har syftet att rensa bort det allt det överflödiga och få huvudförhandlingen att koncentreras på det relevanta och stridiga, går den processledning som knyts till förlikning i betydande utsträckning ut på att domaren ska finna så många problem i parternas respektive talan att de ska förstå det hasardartade i att låta domaren döma. I denna strategi ligger det påföljande steget att offerera parterna förlikning som en tryggare, snabbare och billigare väg ut ur deras dilemma.

Ekelöf noterade med gillande att processförlikningen fyllde den viktiga processekonomiska funktionen att hålla utgifterna nere för både parterna och det allmänna. Han gjorde dock inga reflektioner över frågan om det på det hela taget var "bättre" för parter och samhälle att domaren klarade av tvistemålen genom processförlikningar än genom att döma i målen, än mindre varför kostnadsaspekten skulle ges en så framträdande betydelse. Lika litet reflekterade han över frågan huruvida en utbredd eller dominerande förlikningsverksamhet väsentligen reducerade civilprocessens betydelse för upprätthållandet av det demokratiska rättighetsskyddet och för "den materiella rättens genomförande" (handlingsdirigering). Förlorar det offentliga samhället kontrollen över det i demokratisk ordning tillkomna rättighetsskyddet, om domstolarna i det stora flertalet tvister inte dömer utan bara förmår parterna att göra upp i godo? Och vad händer med utvecklingen och preciseringen av detta rättighetsskydd?

Oavsett om civilprocessen i dag på något påtagligt sätt har kvar den huvudfunktion som Ekelöf tänkte sig, har rättegångsbalken med sin betoning på förlikning fått en annan förstahandsuppgift än balken hade vid sin tillkomst. Numera är det som huvudregel en plikt för domaren i tvistemål, oavsett om det är dispositivt eller indispositivt, att verka för förlikning respektive samförståndslösning, se 42 kapitlet 17 § 1 stycket rättegångsbalken. Utan att det under årens lopp har presenterats säkra beräkningar på hur många tvister inför domstol som avslutas genom uppgörelser i godo, nämns här och var siffror på 8 eller 9 tvister av 10. Stämmer detta är det faktiska huvudspåret i den statligt organiserade civilrättskipningen domarens förlikningsverksamhet. Rättegången skulle med andra ord främst vara en arena för att "processa" parterna fram till att själva göra slut på konflikten.

Nu kanske en och annan tror att detta med nödvändighet betyder att rättegångsbalkens huvuduppgift numera är att vara ett redskap för konfliktlösning och att det därmed saknas anledning att koppla ett politiskt-ideologiskt grepp på förlikningsverksamheten. Så behöver det alls inte uppfattas. Som bekant finns det en politisk uppfattning som

menar att det civila samhället är bättre än det offentliga samhället (med en reformistisk statsmakt) på att arrangera ett gott liv för den enskilde och dennes medmänniskor. Utifrån uppfattningen att de enskilda människorna själva ska ta ansvaret för samhällsutvecklingen, skulle det vara viktigt att först och främst främja bruket av de skilda privata rättskipningsformer som finns. För den som tror på det civila samhällets överlägsenhet, finns det ett viktigt handlingsmönster som ska få genomslagskraft, nämligen att tvistande parter blir sams och gör upp. Detta skulle främja sammanhållningen i samhället, till skillnad från rättegångar som sliter isär. Man bör vara försiktig att tro att bara civilprocessen och den dömande verksamheten är knutna till högre tankar om rättvisa, rättsstat och demokrati. Förlikningsverksamheten kan också förklaras och försvaras exempelvis utifrån en föreställning om rättvisa. I förlikningsuppgörelsen sägs ligga en utbytesrättvisa som innebär att vardera parten har fått det som denne vill ha enligt egna personliga preferenser. I så måtto finns det en tydlig ideologi knuten till den privata rättskipningen. Det behöver inte bara vara fråga om att spara pengar för parter och det allmänna.

Under alla förhållanden får man tro att domare i allmänhet har svårt att övertygas om att de bör sköta sin uppgift utifrån att de först bekänner sig till en viss politisk övertygelse och därefter låter den övertygelsen bestämma innehållet i hur en rättsregel ska tillämpas. Det är nog enklare att locka dem till aktiv processledning och förlikningsverksamhet med att peka på just den "goda" processekonomiska funktion som Ekelöf på 1980-talet upptäckte att förlikningsverksamheten hade. För en domare är nog behovet av en rask målavverkning på ytan en vardagsfråga som inte kräver något politiskt ställningstagande. Det skulle bara handla om ett mekaniskt infriande av en fiskal förväntan som ständigt hålls vid liv av Domstolsverkets mätningar av målbalanser och avverkningstakt. Att just förlikningsverksamheten är det bästa verktyget för att hantera målbalanserna med kan domaren dessutom lätt försvara med hänvisning till rikligt förekommande och påhejande lagmotivuttalanden. Som bekant är emellertid tanken om det påträngande behovet av att "rensa skrivbordet" inget nytt under solen i detta sammanhang. I första häftet av SvJT 1916 s. 5 ff. menade f.d. justitierådet Johannes Hellner att domarens materiella processledning skulle bli ett viktigt redskap för att hantera den arbetsanhopning som redan då ansågs pressa domstolarna hårt. För Hellner var det angeläget att en sådan processledning kom att präglade den (nya) rättegångsbalk som processkommissionen under Hellners ledning skulle dra upp riktlinjerna för.

Frågorna huruvida domarens förlikningsverksamhet eller dömande verksamhet är den "bästa" tvistlösningssformen och för vem den är "bäst", är inte primärt en rättsvetenskaplig uppgift att besvara. Än mindre kan processrättsvetenskapen principiellt besvara frågan huruvida det offent-

liga samhällets konfliktlösningsformer i ett tvistlösningsperspektiv är bättre än det civila samhällets. Detta är frågor som ytterst handlar om personliga preferenser om vad som är gott och ont, dvs. att göra ett politiskt val. Däremot är det en angelägen rättsvetenskaplig uppgift att undersöka och kritiskt granska dels de regelansvisningar om förlikning som riksdag och Högsta domstolen riktar till domstolarna, dels hur våra domare sköter sin uppgift att verka för förlikningar, givet det uppdrag som domstolarna har fått inom rättsstaten och med beaktande av vilka intressekonflikter som en domstol måste handskas med vid konfliktlösningen. Det finns sedan lång tid tillbaka en hel del anekdotisk bevisning om exempel på domares långtgående övertalningsförsök som har väckt krav på ett ökat inslag av etik i rättegångssalen, men framför allt på en större respekt för den enskildes rätt till domstolsprövning och för dennes behov av en opartisk behandling.