



UPPSALA
UNIVERSITET

Juridiska institutionen
Vårterminen 2015

Examensarbete i processrätt, särskilt civilprocessrätt
30 högskolepoäng

Access to justice i Bolivia och Sverige

Civilprocessens utveckling i jämförande perspektiv

Författare: Madeleine Thörn

Handledare: Doktorand Henrik Bellander



Innehållsförteckning

Förkortningar.....	5
1 Inledning	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	9
1.3 Metod	10
1.4 Material	12
1.5 Terminologi.....	14
1.6 Disposition	14
1.7 Avgränsning	15
2 Rättstraditionen i Bolivia och Sverige	16
2.1 Introduktion.....	16
2.2 Rättslig klassificering av det bolivianska och det svenska rättssystemet.....	16
3 Access to Justice	17
3.1 Introduktion.....	17
3.2 Historisk bakgrund.....	17
3.3 Förändrad innebörd av access to justice	18
3.4 Tillgång till rättsskipning respektive rättsskydd	20
3.5 Effektiv access to justice.....	22
3.5.1 Den första vågen av access to justice	23
3.5.2 Den andra vågen av access to justice.....	24
3.5.3 Den tredje vågen av access to justice	25
3.6 Urval av aspekter att behandla inom access to justice.....	27
4 Access to justice genom domstolsprocessen	28
4.1 Introduktion.....	28
4.2 Reform av domstolsprocessen	28
4.3 Reform av domstolsprocessen i Bolivia	28
4.4 Reform av domstolsprocessen i Sverige.....	31
4.5 Jämförelse av reformer av domstolsprocessen i Bolivia och Sverige	34
4.6 Processkostnader	36
4.7 Processkostnader i Bolivia.....	38
4.8 Processkostnader i Sverige	39

4.9 Jämförelse av processkostnader i Bolivia och Sverige.....	41
5 Access to justice genom ADR	43
5.1 Introduktion.....	43
5.2 Historisk bakgrund.....	44
5.3 För- och nackdelar med ADR.....	45
5.4 Särskilt om skiljeförfarande, förlikning och medling.....	47
5.5 Skiljeförfarande i Bolivia.....	49
5.5.1 Introduktion.....	49
5.5.2 Separabilitetsdoktrinen	51
5.5.3 Kompetenz-Kompetenz	53
5.5.4 Upphävande av skiljedomen.....	54
5.5.5 Verkställighet.....	56
5.6 Skiljeförfarande i Sverige	57
5.6.1 Introduktion.....	57
5.6.2 Separabilitetsdoktrinen	59
5.6.3 Kompetenz-Kompetenz	59
5.6.4 Upphävande av skiljedomen.....	60
5.6.5 Verkställighet.....	63
5.7 Jämförelse av skiljeförfarande i Bolivia och Sverige	64
5.8 Förlikning och medling i Bolivia.....	68
5.9 Förlikning och medling i Sverige	71
5.10 Jämförelse av förlikning och medling i Bolivia och Sverige	74
6 Avslutande kommentarer	77

Förkortningar

ADR	Alternative Dispute Resolution
AKMR	Den amerikanska konventionen om de mänskliga rättigheterna
AS	Auto Supremo, dom från Högsta domstolen i Bolivia
Tribunal Supremo de Justicia	Högsta domstolen i Bolivia
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Modellagen	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration
NJA	Nytt juridiskt arkiv avdelning I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv avdelning II
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
SC	Sentencia Constitucional, dom från Konstitutionella domstolen i Bolivia
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
Tribunal Constitucional Plurinacional	Konstitutionella domstolen i Bolivia
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UB	Utsökningsbalken
ÄRB	Äldre rättegångsbalken

1 Inledning

1.1 Bakgrund

”Access to justice” har blivit ett betydelsefullt begrepp i den komparativa, processrättsliga forskningen under de senaste fyrtio åren.¹ Access to justice uppfattas som en grundläggande mänsklig rättighet² och är garanterad i flertalet internationella konventioner såsom FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna,³ den amerikanska konventionen om de mänskliga rättigheterna (härefter AKMR)⁴ och Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (härefter EKMR).⁵ Den ökade betydelsen av access to justice hör samman med att begreppet delvis fått en ny innebörd. Numera är det reell access to justice, och inte som tidigare formell, som står i fokus. Reell access to justice innebär att medborgare i praktiken ska kunna göra sina rättsliga anspråk gällande.⁶ I denna uppsats kommer huvudsakligen reell access to justice i Bolivia och Sverige att behandlas.

Den bolivianska rättssektorn har under lång tid karakteriserats av hinder och ineffektivitet, vilket har lett till en djup kris under de senaste tio åren. Krisen rör flera områden. Ett område är *oberoende* eftersom rättssektorn är känslig för politiska influenser. Därtill rör problematiken *formell access to justice* då det är ont om domare i landet och den geografiska spridningen av domare är bristfällig. Ytterligare ett område inom vilket rättssektorn är svag är *transparens*, vilket bottnar i problem med korruption.⁷ Korruption kommer dock inte att behandlas mer i uppsatsen.

Efter flertalet statskupper under 1900-talet blev Bolivia åter en demokrati år 1982 och sedan dess har de största utmaningarna i arbetet för att skapa en rättsstat varit att konsolidera institutioner och att reformera det juridiska administrativa systemet.⁸

För att förstå det bolivianska rättsväsendet och den nuvarande situationen är det av betydelse att betrakta de senaste årens utveckling. Särskilt viktig är reformen av rättsväsendet som inleddes med antagandet av den nya konstitutionen år 2009. Den nya kon-

¹ Lindblom, *Progressiv process*, s. 306.

² Cappelletti & Garth, *Access to Justice I:1*, s. 8 f.

³ FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna artikel 7, 8 och 10.

⁴ AKMR artikel 8.

⁵ EMKR artikel 6.

⁶ Lindblom, *Progressiv process*, s. 306 ff.

⁷ Rapport ”Cultura política de la democracia en Bolivia, 2014. Hacia una democracia de ciudadanos” publicerad av Ciudadania och LAPOP.

⁸ Rapport ”Propuesta de Política Pública de la Justicia en Bolivia” av Comisión Andina de Juristas, 2014.

stitutionen öppnar upp för en juridisk reform med syfte att komma tillrätta med ovan nämnda problem. Därutöver införs genom konstitutionen ett pluralistiskt rättssystem som erkänner både ett ordinärt rättssystem och ett ursprungsbefolkningsrättssystem.⁹ En övergångs- och institutionaliseringsprocess av det nya rättssystemet inleddes mellan år 2010 och år 2011 genom införandet av rättsväsendelagen (lag 025).¹⁰ Denna process har emellertid inte slutförts ännu. Ett sätt att förbättra situationen inom rättsväsendet är att öka det ekonomiska oberoendet på så sätt att staten avsätter tillräckliga resurser till rättssektorn för att denna ska kunna inrätta en oberoende administration.¹¹

Alternative Dispute Resolution (härefter ADR) kan ses som ett alternativ till ett bristfälligt allmänt domstolssystem i Bolivia. I flertalet fall har handelskammare, handelsorganisationer och privata frivilligorganisationer börjat erbjuda olika typer av ADR-tjänster för att kringgå dyra och ineffektiva domstolsprocesser.¹² Samtidigt är det värt att notera att t.ex. skiljeförfarandets effektivitet på många sätt är beroende av ett fungerande allmänt rättssystem.¹³

Bristerna inom det bolivianska rättsväsendet rör såväl formell som reell access to justice. Detta gör att utvecklingen av civilprocessen i Bolivia inte har följt den internationella access to justice-debatten. I det följande ska därför fokuseras på utvecklingstendenser inom civilprocessen i Bolivia som kan jämföras med det bredare access to justice-konceptet som numera dominerar den internationella debatten.¹⁴

Den svenska rättsutvecklingen har haft ett nära samband med den internationella access to justice-debatten. I Sverige har statlig rättshjälp införts för att ge reell access to justice till medborgare som inte har tillräckliga resurser för att driva en process.¹⁵ Vad gäller svårigheten för konsumenter att processa mot näringsidkare har Svenska konsumentombudsmannen blivit ett exempel som fått internationell spridning.¹⁶ Sverige har för närvarande en reformtrend inom domstolsprocessen som innebär att förfarandet

⁹ Av konstitutionen artikel 1 framgår att Bolivia är en stat baserad på mångfald och pluralism såväl politiskt, ekonomiskt, kulturellt och språkligt som juridiskt. Den juridiska pluralismen kommer till uttryck genom ett ordinärt rättssystem och ett ursprungsbefolkningsrättssystem. Enligt konstitutionen artikel 179 har det ordinära rättssystemet och ursprungsbefolkningsrättssystemet ha samma status.

¹⁰ Lagen heter på spanska Ley del Órgano Judicial.

¹¹ Rapport "Discurso informe 2013" Órgano Judicial de Bolivia, Tribunal Departamental de Justicia de La Paz.

¹² Wanis-St. John, Implementing ADR in Transitioning States: Lessons Learned from Practice, s. 343.

¹³ A. a. s. 353.

¹⁴ Se nedan s. 25 och framåt.

¹⁵ Cappelletti & Garth, Access to Justice I:1, s. 22 f.

¹⁶ A. a. s. 39.

ska göras flexibelt för att kunna anpassas till omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁷ Mellan näringsidkare används ofta skiljeförfarande som ett alternativ till domstolsprocess.¹⁸ Andra metoder för alternativ tvistlösning som används i Sverige är förlikning och medling.¹⁹ Även vid domstolsprocess har det ansetts angeläget att parterna kommer överens, vilket resulterat i att en lagändring på senare tid skärpt domarens skyldighet att verka för en förlikning eller annan samförståndslösning.²⁰

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att jämföra utvecklingen av civilprocessen mot access to justice i Bolivia och Sverige. För att ge en övergripande bild av utvecklingen inom civilprocessen kommer domstolsprocessen och ADR-metoderna skiljeförfarande, förlikning och medling att behandlas. Inom domstolsprocessen och de utvalda ADR-metoderna kommer särskilda aspekter att behandlas. Urvalet av aspekter att behandla motiveras utifrån att dessa har varit relevanta inom den internationella access to justice-debatten. Jämförelsen mellan boliviansk och svensk rätt utgår därmed från hinder och åtgärder för att förbättra access to justice.

För att uppfylla syftet kommer jämförelsen av boliviansk och svensk rätt att delas upp i fyra delar som representerar fyra frågeställningar. De fyra frågeställningarna är:

- Hur har civilprocessen utvecklats mot förbättrad access to justice genom införande av reformer inom domstolsprocessen?
- Hur har civilprocessen utvecklats mot förbättrad access to justice genom motverkande av processkostnader?
- Kan civilprocessens utveckling mot användning av skiljeförfarande förbättra access to justice?
- Kan civilprocessens utveckling mot användning av förlikning och medling förbättra access to justice?

Dessa frågeställningar kommer att besvaras i samband med jämförelsen av boliviansk och svensk rätt i kapitel 4 och kapitel 5.

¹⁷ Bylander, Muntlighetsprincipen, s. 84.

¹⁸ Heuman, Skiljemannarätt, s. 21.

¹⁹ Lindell, Civilprocessen, s. 679 och s. 685.

²⁰ Prop. 2010/11:128 s. 89.

1.3 Metod

Metoden som kommer att användas i uppsatsen är komparativ metod med processrättslig inriktning.²¹ Den komparativa metoden särskiljer sig från traditionell juridisk metod som utgår ifrån nationella förhållanden. Istället är fokus för den komparativa metoden att jämföra två eller flera rättssystem²² i syfte att belysa likheter och skillnader.²³ Det är således själva jämförelsen mellan jämförbara beståndsdelar i två eller flera rättssystem för att påvisa likheter och skillnader som utgör kärnan av den komparativa metoden.²⁴

I denna uppsats kommer jämförelsen att vara bilateral, d.v.s. behandla två rättssystem. Jämförelsen kommer vidare att vara materiell i den betydelsen att materiell processrätt kommer att granskas till skillnad från en formell jämförelse avseende exempelvis metoder för att tolka lagtext och rättsfall. Perspektivet kommer att vara en mikrojämförelse vilket innebär att enstaka rättsregler och rättsinstitut kommer att beaktas, dock ges viss bakgrund och beskrivning av generella drag inom rättssystemen för att placera de jämförda beståndsdelarna i sitt sammanhang. Däremot finns det ingen ambition att inom uppsatsens ram göra en makrojämförelse genom att beakta rättssystemen i helhet.²⁵

Värdet av en komparativ studie består bl.a. av möjligheten till fördjupade kunskaper om utländska rättssystem och om sitt eget rättssystem. Kunskap om hur olika kulturer reglerar frågor på skilda sätt kan ge en bättre förståelse för juridikens roll i samhället. En komparativ metod kan underlätta förståelsen för influenser mellan rättssystem och även möjligheten till kommunikation mellan jurister från olika länder.²⁶ Därtill kan ökad kunskap om andra rättsordningar, med olika metoder för att förebygga eller lösa sociala konflikter, ge insikt om större variation av möjliga metoder för tvistlösning.²⁷

Den komparativa metoden består närmare bestämt av ett flertal metoder som följer olika metodologiska mönster.²⁸ Funktionalitet utgör emellertid den grundläggande

²¹ Se Bogdan, Komparativ rättskunskap, s. 23, om att en studie i komparativ rätt vanligtvis också är en framställning inom ett annat juridiskt ämnesområde. Bogdan menar emellertid att studien utmärker sig genom användningen av den komparativa metoden.

²² Termen "rättssystem" kommer att användas i uppsatsen eftersom den är väletablerad i den komparativrättsliga traditionen. För diskussion om terminologins problematik se Valguarnera, Den komparativa metoden, s. 147 ff.

²³ Valguarnera a. a. s. 141.

²⁴ Bogdan a. a. s. 56.

²⁵ För definition av begreppen se Bogdan a. a. s. 56.

²⁶ Valguarnera a. a. s. 142 f. Se även Bogdan a. a. s. 26, med hänvisningar.

²⁷ Zweigert & Kötz, An Introduction to Comparative Law, s. 15.

²⁸ Valguarnera a. a. s. 152 f.

metodologiska principen inom all komparativ rätt.²⁹ För att en komparativ studie ska vara meningsfull krävs att elementen som jämförs är jämförbara, vilket de endast är om de fyller samma funktion.³⁰ I denna uppsats kommer därför en funktionalistisk metod att användas. Detta innebär att funktionen av olika rättsliga institut kommer att jämföras, utan hinder av begreppsskillnader och språkliga avvikelser mellan rättssystemen.³¹ Betydelsen av ”samma funktion” hör samman med det problem som det rättsliga institutet är avsett att lösa. Genom att se till funktionen finns det således möjlighet att jämföra verkliga likheter och skillnader utifrån faktiska livsförhållanden. Det är inte nödvändigt att rättsinstitutet ska ha samma rättspolitiska syfte för att vara jämförbara, det är tillräckligt om de i praktiken reglerar samma problem.³²

Svårigheter vid jämförelse av två rättsordningar kan vara flera. Skilda betydelser av utländska juridiska termer jämfört med de svenska motsvarigheterna kan vara ett bekymmer vid översättning.³³ Den språkliga svårigheten hanteras genom översättning till svenska, men med förklaring av vad som avses med begreppet i boliviansk rätt. I vissa fall anges även det spanska namnet respektive den spanska termen.

Inom den komparativa rätten har konstaterats att vad gäller rättsreglernas innehåll, och detta gäller särskilt inom civilrätten, föreligger betydande likheter mellan olika rättsordningar. Likheter kan ofta påträffas även om rättssystem som jämförs traditionellt inte anses tillhöra samma rättsfamilj.³⁴ Vidare anges i doktrin att det kan ses som en grundregel inom komparativ rätt att olika rättssystem ger samma eller mycket liknande svar på samma livsproblem som ska lösas genom den materiella rätten. Detta gäller även om det mellan länderna föreligger stora skillnader vad gäller historisk utveckling, konceptuell struktur och utformning av den juridiska verksamheten.³⁵

Den processrättsliga inriktningen på den komparativa metoden förklaras med att såväl uppsatsens innehåll som disposition präglas av den processrättsliga debatten om access to justice. Debatten om access to justice utgör till hög grad en komparativ inriktning på processrätten. Uppsatsen utgår till stor del från referensverket på området av

²⁹ Zweigert & Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, s. 34.

³⁰ A. a. s. 34.

³¹ Valguarnera, *Den komparativa metoden*, s. 152 f.

³² Bogdan, *Komparativ rättskunskap*, s. 56.

³³ Bernitz m.fl., *Finna rätt*, s. 30 f.

³⁴ Bogdan a. a. s. 87.

³⁵ Zweigert & Kötz a. a. s. 39.

Cappelletti och Garth som ledde det komparativa access to justice-projektet i Florence som inleddes på 1970-talet.³⁶

I framställningen kommer rättssystemen i Bolivia och Sverige att jämföras. Valet av Bolivia som ett av två jämförelseländer motiveras med författarens praktik vid Sveriges ambassad i La Paz under fyra månader höstterminen år 2014. Under tiden i Bolivia genomfördes intervjuer med domare, skiljemän och andra verksamma jurister som ligger till grund för en bredare förståelse för Bolivia och det bolivianska rättssystemet. Sverige kommer att utgöra det andra jämförelselandet eftersom författaren kommer från Sverige och har en grundutbildning i det svenska rättssystemet. Detta har underlättat bedömningen av vad som är intressant att jämföra mellan de två rättssystemen.

1.4 Material

Rättskällorna enligt boliviansk rätt är lagstiftning, sedvana, doktrin och praxis. Lagstiftning betraktas som primärkälla medan de övriga benämns sekundärkällor.³⁷ Sedvana har emellertid inte varit relevant för den delen av boliviansk rätt som behandlas i uppsatsen. Materialet som granskats i uppsatsen, vad gäller boliviansk rätt, utgörs därför av lagstiftning, praxis och doktrin. Inom den komparativa metoden gäller att varje lands respektive rättssystem och inom detta rådande rättskällehierarki ska respekteras.³⁸ Eftersom förarbeten inte räknas som en rättskälla i Bolivia kommer bolivianska förarbeten inte att granskas.

Angående lagstiftningen är det värt att ha i åtanke att den inte alltid avspeglar de verkliga förhållandena i Bolivia. Detta p.g.a. försenad eller bristfällig implementering, otillräckliga resurser eller okunskap hos tjänstemän om hur lagen ska tillämpas. För att få en heltäckande bild av det faktiska läget i Bolivia är det viktigt att beakta om tillämpningsföreskrifter till lagtexten har antagits och om sådana finns, undersöka om det finns tillräckliga resurser för att praktiskt kunna tillämpa lagstiftningen.

Hänvisning till lagtext görs vid första omnämmandet med namn och nummer i den mån lagstiftningen är numrerad. Lagtext som antagits i samband med statskupper har hanterats i en särskild ordning och kan sakna nummer, i dessa fall anges endast namn. Det faller dock utanför framställningen att behandla boliviansk lagstiftningsteknik.

³⁶ Cappelletti & Garth, Access to Justice I:1.

³⁷ Ipiña Nagel, The Bolivian Legal System and Legal Research, Globalex 2009.

³⁸ Bogdan, Komparativ Rättskunskap, s. 44.

Om boliviansk doktrin ska noteras att den är knapphändig, i stor utsträckning deskriptiv och till viss del vinklad utifrån politiska sympatier. Intentionen är dock att uppsatsen så långt möjligt utifrån lagstiftning, praxis och tillgänglig boliviansk doktrin ska ge en beskrivning av reell access to justice i Bolivia.

Vad gäller boliviansk praxis bör det uppmärksammas att Högsta domstolen i Bolivia utgör högsta domstolsinstans inom det ordinära rättssystemet.³⁹ Utöver praxis från Högsta domstolen kommer även praxis från Konstitutionella domstolen att behandlas i uppsatsen. Konstitutionella domstolen har till uppgift att vaka över konstitutionens ställning som högsta norm i regelhierarkin och upprätthållandet av de rättigheter som garanteras i konstitutionen.⁴⁰ Konstitutionella domstolen är inte avsedd att vara högre stående i domstolshierarkin än Högsta domstolen, utan syftar snarare till att minska överbelastningen av mål hos Högsta domstolen. Vidare är Högsta domstolen den domstol som ytterst representerar rättssektorn i Bolivia. För att skapa enighet mellan domstolarna har båda säte i samma stad i Bolivia.⁴¹ Utan att gå in närmare på domstolshierarkin i Bolivia kan konstateras att det blir problematiskt när praxis från de två domstolarna är motstridig. Detta eftersom Högsta domstolen är den högsta domstolsinstansen generellt inom det ordinära rättssystemet medan Konstitutionella domstolen har en särskild kompetens och uppgift att vaka över konstitutionens upprätthållande. Omständigheten att domstolarna har säte i samma stad har inte hindrat utvecklingen av motstridig praxis, vilket kommer att framgå senare i uppsatsen. Domstolshierarkin i Bolivia kommer emellertid inte att behandlas vidare.

Även bolivianska rapporter har använts i viss utsträckning för att ge bakgrundsinformation om Bolivia t.ex. vad gäller opinionsundersökningar och allmän information om rättssektorn.

Vidare bör noteras om det bolivianska materialet att författarens praktik på Sveriges ambassad i La Paz och informella intervjuer med domare, skiljemän och andra verk samma jurister har bidragit till en bredare förståelse för Bolivia och det bolivianska rättssystemet.

Angående det svenska materialet har lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin beaktats. Däremot har inte den traditionella rättsdogmatiska metoden tillämpats i uppsatsen utan ett mer funktionalistiskt tillvägagångssätt har använts. Det innebär att ett

³⁹ Konstitutionen artikel 181.

⁴⁰ Konstitutionen artikel 196.

⁴¹ Ipiña Nagel, *The Bolivian Legal System and Legal Research*, Globalex 2009.

rättsligt problem först har konstaterats med hjälp av doktrin och först därefter har andra rättskällor undersökts för att utreda hur det givna problemet regleras i svensk rätt. Vidare är svensk doktrin mer problematiserande än boliviansk doktrin. Därmed kommer de analyserande delarna av uppsatsen till stor del att utgå ifrån ett svenskt perspektiv med jämförelse av hur olika rättsliga hinder mot access to justice har reglerats i boliviansk respektive svensk rätt.

1.5 Terminologi

Detta avsnitt avser inte att ge en bestämd definition av begrepp som används i uppsatsen utan syftar snarare till att introducera viktiga begrepp för att ge en grundläggande förståelse. "Access to justice" är ett centralt begrepp i uppsatsen. Begreppet har utvecklats i internationell doktrin och saknar en etablerad term på svenska. I svensk doktrin är begreppet "access to justice" vedertaget och kommer därför att användas i denna uppsats. Fritt översatt till svenska kan begreppet sägas motsvara "tillgång till rättskipning" alternativt "tillgång till rättsskydd". I detta sammanhang bör "rättskipning" tolkas brett och inte endast omfatta domstolsprocessen. "Rättskipning" kommer emellertid att användas i en snävare betydelse i övrigt i uppsatsen. Även "rättsskydd" kan ges en vid innebörd men i uppsatsen behandlas endast det processuella rättsskyddet, vilket kan sägas innebära faktiska möjligheter för enskilda att via domstolen få genomslag för sina rättigheter. Vidare kommer uppsatsen att behandla ADR vilket är ett samlingsnamn för alternativa tvistlösningsmetoder i förhållande till civilprocess i domstol. Skiljeförfarande kommer därför att räknas till ADR i denna uppsats, även om det råder delade meningar i internationell doktrin om huruvida skiljeförfarande bör räknas till ADR.

1.6 Disposition

I det inledande kapitlet ges en introduktion och bakgrund till ämnet för uppsatsen. Därefter följer en kortfattad beskrivning av rättstraditionen i Bolivia och Sverige, närmare bestämt anges vilken rättsfamilj boliviansk respektive svensk rätt anses tillhöra. I det tredje kapitlet presenteras debatten om access to justice för att ge en övergripande förståelse av de frågeställningar som behandlas i uppsatsen. Vidare introduceras i kapitlet rätten till effektiv access to justice. För att ge rättigheten ett mer bestämt innehåll presenteras den internationella debatten om access to justice med tre vågor av reformer för att förbättra access to justice. I det fjärde kapitlet behandlas access to justice genom domstolsprocessen i Bolivia och Sverige. Särskilt behandlas reformtrender inom domstolsprocessen och processkostnader relaterade till denna. Därmed uppmärksammas

typiska hinder mot access to justice och åtgärder som vidtagits i de båda länderna för att motverka dessa hinder. I det femte kapitlet behandlas access to justice genom olika ADR-metoder. De ADR-metoder som behandlas är skiljeförfarande, förlikning och medling. Det undersöks om civilprocessens utveckling mot användning av dessa ADR-metoder kan bidra till förbättrad access to justice i Bolivia och Sverige. Det sjätte och sista kapitlet ägnas åt avslutande kommentarer där resultaten av uppsatsen lyfts fram.

1.7 Avgränsning

Då uppsatsen har en civilprocessrättslig inriktning kommer såväl straffprocess som förvaltningsprocess att lämnas utanför framställningen. Vidare kommer endast domstolsprocessen i första instans att behandlas. Detta för att kunna fokusera analysen på ett mindre antal faktorer som kommer att jämföras mellan boliviansk och svensk rätt.

Vad gäller de parallella rättssystemen i Bolivia, det ordinära och ursprungsbefolkningsrättssystemet, kommer endast det ordinära rättssystemet att behandlas i uppsatsen. Denna avgränsning motiveras utifrån flera skäl. Ursprungsrättssystemet är inte enhetligt och baseras inte på skriftliga källor. För en komparativ studie krävs vidare att elementen som jämförs är jämförbara på det sättet att de fyller samma funktion. Sådana jämförbara element skulle svårligen kunna urskiljas i ursprungsbefolkningsrättssystemet. Därmed är det ordinära rättssystemet bättre lämpat för en jämförelse med svensk rätt.

Därtill behandlas endast nationella skiljeförfaranden i Bolivia och Sverige. Uppsatsen kommer därför inte att behandla verkställighet av internationella skiljedomar eller annan reglering för internationellt skiljeförfarande. Anledningen till denna avgränsning är att uppsatsens fokus är access to justice i Bolivia och Sverige för medborgare och angående nationella tvister. Därmed omfattas inte frågan om access to justice för internationella aktörer inom ramen för denna uppsats.

Mot bakgrund av det övergripande perspektivet i uppsatsen finns det inte utrymme att granska hur boliviansk lagstiftning har implementerats genom tillämpningsföreskrifter och inte heller hur särskilda rekvisit i lagstiftningen har tillämpats i praxis.

Internationella utblickar, utöver boliviansk och svensk rätt, kommer att göras endast i begränsad omfattning i samband med redogörelse för den internationella access to justice-debatten eller för att peka på internationell påverkan för införandet av en särskild reform.

2 Rättstraditionen i Bolivia och Sverige

2.1 Introduktion

I detta kapitel ska ges en kortfattad presentation av rättstraditionen i Bolivia och Sverige, närmare bestämt ska anges vilken rättsfamilj som respektive rättssystem anses tillhöra. Detta för att ge en bakgrund och ett historiskt sammanhang inför den kommande jämförelsen av rättssystemen.

Det saknas en enhetlig definition av begreppet rättsfamilj och en rad olika förslag på indelningar har presenterats. Utan att närmare gå in på diskussionen om klassificering av rättsfamiljer ska en syn på begreppet presenteras. Zweigert och Kötz menar för sin del att det avgörande för indelning i rättsfamiljer är den rättsliga stilen som det nationella rättssystemet ger uttryck för. Den rättsliga stilen menar de bestäms utifrån fem faktorer: den historiska utvecklingen, framträdande tankesätt i rättsliga frågor, utmärkande institutioner, rättskällor och hur de hanteras samt ideologi.⁴²

2.2 Rättslig klassificering av det bolivianska och det svenska rättssystemet

Enligt boliviansk doktrin tillhör landet den romansk-germanska rättsfamiljen.⁴³ I annan doktrin där kategoriseringen av rättsfamiljer delar upp romansk respektive germansk rättsfamilj, anses Bolivia tillhöra den romanska rättsfamiljen.⁴⁴ Detta förklaras av den historiska utvecklingen i latinamerika. När de latinamerikanska staterna blev självständiga från Spanien i början av 1800-talet uppstod ett behov av en nationellt enad lagstiftning på det privaträttsliga området. Spansk rätt var inte aktuellt mot bakgrund av de historiska relationerna, men även p.g.a. att den spanska rätten varken var kodifierad eller enhetlig. Den franska civilkoden framstod därmed som det enda lämpliga alternativet. Denna hade dessutom kommit till under revolutionen, vilket gjorde att den återspeglade de ideal som de latinamerikanska länderna hade kämpat för under kampen för självständighet från Spanien. Den franska civilkoden bröt inte heller mot några rådande rättsliga traditioner och var därför lätt att ta till sig. Bolivia tillhör den grupp av latinamerikanska stater vars civilkoder särskilt starkt influerades av den franska civilkoden. Den bolivianska civilkoden från år 1830 är i princip en översättning av den franska civilkoden från år 1804.⁴⁵

⁴² Zweigert & Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, s. 63 ff, särskilt s. 68.

⁴³ Ipiña Nagel, *The Bolivian Legal System and Legal Research*, Globalex 2009.

⁴⁴ Zweigert & Kötz a. a. s. 114.

⁴⁵ A. a. s. 113 ff.

Även den svenska rättsordningen betraktas vanligtvis som en del av den romansk-germanska rättsfamiljen.⁴⁶ Däremot skiljer sig svensk rätt åt i den bemärkelsen att den saknar enhetlig kodifiering på det privaträttsliga området, till skillnad från civilkoderna i Frankrike och Tyskland. Svensk rätt kan därför betraktas tillhöra en särskild nordisk rättsfamilj som är skild från den romanska och germanska rättsfamiljen. Gemensamt för de tre rättsfamiljerna är dock att de hör till ”Civil Law”.⁴⁷

Av detta kan slutas att Bolivia och Sverige till viss del har ett gemensamt rättsligt arv, åtminstone historiskt sett. En betydande skillnad är dock att länderna inte delar traditionen med en kodifierad och enhetlig civilkod. Däremot föreligger likheter i och med att båda länderna tillhör ”Civil Law”. Denna rättshistoriska bakgrund får betydelse för den rättsliga utvecklingen i Bolivia och Sverige som i det följande kommer att presenteras utifrån ett access to justice-perspektiv.

3 Access to Justice

3.1 Introduktion

Inledningsvis kommer den historiska bakgrunden till begreppet access to justice att behandlas. Syftet är att introducera det genomgående temat i uppsatsen. Regleringarna inom boliviansk och svensk rätt som kommer att presenteras och jämföras utgår ifrån debatten om access to justice. Därmed kan en bakgrund till begreppet öka förståelsen för de regleringar som kommer att behandlas senare i uppsatsen.

3.2 Historisk bakgrund

Debatten om access to justice kommer ursprungligen från Italien och uppstod under andra hälften av 1900-talet. Konceptet ”justice” sägs ha två grundläggande komponenter, vilka är det dömande organets opartiskhet/objektivitet och den enskildes rätt till en rättvis rättegång.⁴⁸ Debatten förde med sig ett medborgarperspektiv på processrätten vid sidan av det sedan tidigare rådande domarperspektivet och ett dogmatiskt synsätt.⁴⁹ Begreppet har ökat i betydelse de senaste fyrtio åren inom den komparativa, processrättsliga forskningen. Den ökade betydelsen av begreppet hänger samman med att

⁴⁶ Bogdan, Komparativ rättskunskap, s. 81.

⁴⁷ Zweigert & Kötz, An Introduction to Comparative Law, s. 277.

⁴⁸ Cappelletti, The Judicial Process in Comparative Perspective, s. 246.

⁴⁹ Lindblom SvJT 2006 s. 102.

access to justice på senare tid har fått en till viss del ny innebörd i takt med den allmänna samhällsutvecklingen.⁵⁰

Under slutet av 1700-talet och under 1800-talet rådde en liberalistisk samhällssyn föranledd av industrialismen. Detta ledde till ett individualistiskt synsätt angående enskildas rättigheter och rättsskydd. Rättigheterna var inte generella utan härleddes till en viss individ och civilprocessen karaktäriserades av en tvåpartsprocess med en passiv domare. Staten blandade sig inte i nämnvärt, utan det var upp till varje individ att göra gällande sina respektive krav. Genom att civilprocessen existerade kan det anses att en formell access to justice förelåg och att rättsskydd därmed garanterades. Det var emellertid inte fråga om reell access to justice eftersom det stora flertalet medborgare i praktiken var uteslutna från möjligheten till rättsskydd och från att få genomslag för sina rättigheter. Framförallt berodde detta på ekonomiska faktorer då det var mycket dyrt att föra talan i domstol. Utvecklingen av välfärdssamhället bidrog till att endast formell access to justice inte längre ansågs tillräckligt. Istället framställdes krav på jämlikhet och nya, mer kollektiva rättigheter såsom yttrandefrihet, utbildning, frihet från diskriminering etc. började göras gällande. Kollektiva rättigheter medförde ett allmänt intresse för rättigheternas upprätthållande och genomslag. Det var därmed inte längre endast upp till den enskilde att via domstol bevaka sina intressen.⁵¹

En generell reformeringstrend i Europa vid övergången mellan 1800- och 1900-talen var att förbättra och modernisera domstolarna och domstolsförfaranden, särskilt med fokus på att införa muntlighet i civilprocessen. Muntligheten skulle bidra till fri bevisvärdering, koncentration och omedelbarhet. Det sades att sådana reformer ledde till enkla, billiga och snabba processer som var tillgängliga även för de med begränsade resurser.⁵²

3.3 Förändrad innebörd av access to justice

Förändringarna av begreppet access to justice kan delas upp i två delar. Den ena delen handlar om att rättsskydd inte längre ges den formella definitionen, utan för att rättsskydd ska föreligga ska det finnas praktiska möjligheter för medborgarna att få tillgång till rättsskyddet, d.v.s. en definition som bygger på reell access to justice. Den andra

⁵⁰ Lindblom, *Progressiv process*, s. 306.

⁵¹ A. a. s. 306 ff.

⁵² Cappelletti & Garth, *Access to Justice I:1*, s. 55.

delen handlar om de nya, kollektiva rättigheterna som bryter mot den tidigare modellen med ett enbart individualistiskt rättighetsbegrepp.⁵³

Det är således inte nödvändigtvis positivt att ett formellt rättsskydd föreligger om det inte kan anpassas till de trängande behoven i samhället. Utvecklingen generellt går mot att öka mångfalden vad gäller juridiska organ och förfaranden för att bättre kunna bidra till den sociala utvecklingen. Målet är att minska formalismen, kostnaderna, tidsåtgången etc. som karakteriserar traditionella domstolar och förfarandena vid dessa. Bakomliggande syfte för reformerna är att förbättra förutsättningarna för reellt rättsskydd. Med den snabba samhällsförändringen, från i huvudsak individualistisk, statisk civilrätt till ett mer dynamiskt, pluralistiskt samhällsliv, kan de juridiska organen och förfarandemetoderna behöva ändras för att anpassas till de nya utmaningarna.⁵⁴ Utifrån det delvis nya innehållet av begreppet access to justice diskuteras i internationell doktrin hur den reella tillgången till rättsskydd kan förbättras. Centrala hinder mot access to justice är höga processkostnader, bristande förmåga och resurser för att kunna driva en process och problematik rörande anpassning av den traditionella civilprocessen för att kunna behandla även kollektiva intressen.⁵⁵

Höga rättegångskostnader har en avhållande effekt och påverkar på så sätt den faktiska tillgången till rättsskydd, detta gäller särskilt i mål om små värden. Till denna kategori kan även räknas tidsåtgången för processen eftersom den har ett nära samband med kostnadsutvecklingen. Om inte rättsskyddet uppnås inom skälig tid är det för många medborgare likvärdigt med att inte ha tillgång till rättsskydd.⁵⁶

Ifall rättsordningen inte kan erbjuda en opartisk och rättvis behandling av mål om små värden innebär det att staten i fråga har, åtminstone delvis, av sagt sig fullgörandet av sin grundläggande funktion att säkerställa rättskipning för alla. Detta blir resultatet oavsett om begränsningen är uttrycklig eller en praktisk konsekvens av överdriven formalitet och kostnader.⁵⁷

Det kan sägas att sen rättskipning är dålig rättskipning och att omotiverad försening i domstolsprocessen kan vara detsamma som att rättskipning nekas medborgaren i fråga. Försenad rättskipning har varit ett problem i alla tider, men har blivit särskilt oaccepta-

⁵³ Lindblom, *Progressiv process*, s. 308.

⁵⁴ Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, s. 235 f.

⁵⁵ Cappelletti & Garth, *Access to Justice I:1*, s. 10 ff.

⁵⁶ A. a. s. 10 ff.

⁵⁷ Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, s. 242 f.

belt i takt med samhällsutvecklingen med fokus på medborgerliga rättigheter. Därtill kommer att en utdragen process slår hårdast mot en ekonomiskt svagare part.⁵⁸

I nära anslutning till rätten till rättvis rättegång är diskussionen om akusatorisk tvåpartsprocess jämfört med aktiva domare som bedriver materiell processledning. Den internationella debatten präglas dock numera av uppfattningen att en aktiv domarroll inte står i strid med kraven på opartiskhet och parternas rätt till en rättvis rättegång.⁵⁹

En aktiv domarroll har samband med ett offentligt och muntligt förfarande. Offentlighet har setts som ett ideal för den liberala administrationen av rättskipning som infördes som reaktion mot den hemliga rättskipningen i bl.a. England och Frankrike i slutet av 1700-talet. Muntligheten motiverades med att endast genom muntliga förhandlingar kunde processen vara tillgänglig för allmänheten. Offentlighet, men särskilt muntlighet, betraktas som grundläggande beståndsdelar i ett välfärdssamhälle. Andra fördelar med offentlighet och muntlighet är att rättskipningen på så sätt förs närmare medborgarna och därtill förbättrar muntlighet förutsättningarna för en aktiv domarroll. Samtidigt medför inte muntliga förfaranden en fullständig uteslutning av skriftliga inslag i processen. Snarare är offentlighet och muntlighet fundamentala element i moderna civilprocessförfaranden.⁶⁰

Den historiska genomgången visar att det finns många aspekter av och hinder mot effektiv access to justice. Många gånger samverkar olika aspekter och hinder överlappar varandra. Den kommande framställningen återknyter till dessa aspekter och hinder mot effektiv access to justice. I det närmast följande diskuteras vad begreppet har ansetts innebära på svenska och vilket innehåll som getts de svenska definitionerna.

3.4 Tillgång till rättskipning respektive rättsskydd

I detta avsnitt presenteras två möjliga svenska översättningar av access to justice, nämligen ”tillgång till rättskipning” respektive ”tillgång till rättsskydd”. Därtill anges vad de två definitionerna innebär och har fått för innehåll i svensk doktrin.

Begreppet access to justice kan fritt översättas till ”tillgång till rättskipning”.⁶¹ Vidare bör ”rättskipning” i detta sammanhang tolkas brett och inte endast omfatta domstolsprocessen.⁶² Civilprocessens huvudfunktioner reparation och prevention kan i vissa fall fullgöras genom andra förfaranden än domstolsprocess, t.ex. skiljeförfarande och

⁵⁸ Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, s. 243 f.

⁵⁹ A. a. s. 249 ff.

⁶⁰ A. a. s. 255 ff.

⁶¹ Ekelöf SvJT 1981 s. 109.

⁶² Lindblom, Gruppptalan i Sverige, s. 32.

medling.⁶³ Vid sidan om domstolsprocessen kan dessa alternativa metoder för tvistlösning utgöra lämpliga förfaranden för att den enskilde ska få tillgång till rättskipning. Ett ökat intresse för alternativa metoder kan förklaras med möjligheten att väga upp nackdelarna med en domstolsprocess.⁶⁴ Ekelöf benämner skillnaden mellan domstolsprocessen och alternativa metoder för tvistlösning som ”statlig respektive privat rättskipning”. Enligt Ekelöf är skiljeförfarandet det praktiskt viktiga exemplet på privat rättskipning.⁶⁵

Terminologiskt kommer i det följande ”access to justice” att avse såväl domstolsprocess som ADR-metoder, i enlighet med att ”access to justice” kan översättas till ”tillgång till rättskipning” och att det ska tolkas brett. Denna definition överensstämmer även med det bredare access to justice-koncept som numera anses gälla.⁶⁶ Däremot kommer begreppet ”rättskipning” att användas i en snävare betydelse framöver. Detta sammanhänger med Lindells kategorisering av skiljeförfarandet som alternativ rättskipning, medan övriga ADR-metoder betraktas som alternativ till rättskipning.⁶⁷ Rättskipning avser således dömande verksamhet, där domstolsprocessen utgör statlig rättskipning och skiljeförfarandet privat rättskipning.

Lindblom menar att den statliga rättskipningen utgör den yttersta garantin för de materiella rättsreglernas genomslag.⁶⁸ Detta för att den statliga rättskipningen medför sanktionsmöjligheter vad gäller såväl deltagande i förfarandet vid domstol som verkställighet av domen. Vad gäller privat rättskipning och andra ADR-metoder bygger dessa på frivillighet och parts incitament att delta i sådana förfaranden kan minska för det fall att den statliga rättskipningen är så undermålig att den inte ens framstår som ett realistiskt alternativ för tvistlösning. ADR kan bidra till den enskildes access to justice, men den statliga rättskipningen fyller en viktig funktion som ett yttersta tvång som kan tillgripas i de fall en part inte frivilligt deltar i ett ADR-förfarande.⁶⁹ Däremot kan det statliga tvånget komma att omfatta även verkställighet av ADR-utslag.⁷⁰ Med beaktande av domstolens roll i förhållande till ADR, kan den alternativa tvistlösningen bidra till

⁶³ Lindblom, Grupptalan i Sverige, s. 32.

⁶⁴ Lindblom, Progressiv process, s. 305.

⁶⁵ Ekelöf, Edelstam, Rättegång I, s. 32 f.

⁶⁶ Se nedan s. 25 och framåt.

⁶⁷ Lindell, Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning, s. 15.

⁶⁸ Lindblom, Progressiv process, s. 305.

⁶⁹ A. a. s. 305.

⁷⁰ Skiljedomar och medlingsöverenskommelser utgör i regel exekutionstitlar, se nedan s. 43 och framåt.

den enskildes rättsskydd och på så sätt ingå i begreppet access to justice i vid bemärkelse.⁷¹

En annan översättning av access to justice är ”tillgång till rättsskydd”. Rättsskydd kan ges en vid innebörd men i det följande kommer endast det processuella rättsskyddet att behandlas. Det processuella rättsskyddet definierar Lindblom som faktiska möjligheter för enskilda att via domstolen få genomslag för sina rättigheter.⁷² Access to justice delas upp i formell och reell tillgång till rättsskydd. Den formella aspekten behandlar endast de formella möjligheterna att få rättsskydd genom att driva en process, medan den reella aspekten behandlar de faktiska möjligheterna för medborgarna att ta del av domstolarnas reparativa funktion. Numera läggs alltmer fokus på reell och jämlik access to justice genom försök till att åtgärda hinder av t.ex. ekonomiska, psykologiska och kunskapsmässiga slag.⁷³

Ovan har relationen mellan domstolsprocessen och ADR berörts och det har diskuterats hur ADR förhåller sig till begreppet om ”tillgång till rättskipning”. Det är av betydelse att notera grundläggande skillnader mellan domstolsprocess och ADR, men samtidigt är det viktigt att inte undervärdera den funktion som ADR kan fylla som ett komplement till domstolsprocess. Denna diskussion kommer att behandlas vidare längre fram.⁷⁴

Vad gäller definitionen ”tillgång till rättsskydd” är reell, och inte endast formell, access to justice utgångspunkten i uppsatsen. Detta sammanhänger med det funktionalistiska perspektivet att det är den faktiska funktionen i samhället som är avgörande.

Access to justice betraktas som en rättighet men det finns många hinder mot ett effektivt utövande av denna rättighet. Därför kommer nästa kapitel att handla om innebörden av rätten till effektiv access to justice och tre faser, s.k. vågor, inom access to justice debatten som hanterat olika hinder mot effektiv access to justice.

3.5 Effektiv access to justice

Effektiv access to justice uppfattas som en grundläggande mänsklig rättighet⁷⁵ och är garanterad i flertalet internationella konventioner såsom FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna,⁷⁶ AKMR⁷⁷ och EKMR.⁷⁸ Rätten till effektiv access to

⁷¹ Lindblom, Grupptalan i Sverige, s. 32.

⁷² Lindblom, Progressiv process, s. 306.

⁷³ A. a. s. 26.

⁷⁴ Se nedan s. 45 och framåt.

⁷⁵ Cappelletti & Garth, Access to Justice I:1, s. 8 f.

⁷⁶ FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna artikel 7, 8 och 10.

justice betraktas vidare som en social rättighet.⁷⁹ En ”effektiv” rättighet implicerar en reell och inte enbart formell access to justice. En mer precis innebörd av ”effektiviteten” är däremot svår att ge. Driven till sin spets skulle effektiviteten medföra en fullständig jämlikhet mellan parterna där utfallet i målet endast beror på den juridiska relevansen av parternas olika ståndpunkter. Däremot är en total effektivitet ett utopiskt mål eftersom det i praktiken inte är möjligt att göra parterna helt jämlika eller att bortse från de skillnader som föreligger mellan olika parter.⁸⁰

För att ge rättigheten effektiv access to justice ett mer bestämt innehåll kommer i det följande den internationella access to justice-debatten att presenteras. För att motverka hinder mot effektiv access to justice har västorienterade länder i tre faser, s.k. vågor, fokuserat på åtgärder inom olika teman. De tre vågorna har inträffat i kronologisk ordning sedan år 1965.⁸¹

3.5.1 Den första vågen av access to justice

Den första vågen handlar om att lösa frågan om access to justice för personer utan ekonomiska medel att föra en civilprocess. Reformerna som infördes rörde därmed olika former av rättshjälp. En vanlig typ av rättshjälp var en tjänst som tillhandahölls från advokatsamfund på pro bono-basis. En stor brist med systemet var att staten inte vidtog några åtgärder för att garantera rättshjälp för medborgarna. Systemet blev därmed ineffektivt och inte tillräckligt omfattande. Advokaterna föredrog att arbeta för betalande klienter istället för att ägna tid åt pro bono-fallen. Därefter gick utvecklingen mot att införa statliga program för att utge ersättning till de privata aktörer som erbjöd rättshjälp. Programmen medförde rätt till rättshjälp för alla medborgare som uppfyllde angivna kriterier. Målet var att de parter som var låginkomsttagare skulle ha tillgång till lika god representation som om de hade betalt för det rättsliga biträdet själva.⁸² En svårighet vad gällde de statliga rättshjälpssystemen var att även om det ekonomiska hindret övervanns genom systemet kvarstod andra hinder av kunskaps- och utbildningskaraktär. Det var t.ex. svårt för många som var berättigade till rättshjälp att identifiera ett juridiskt anspråk och veta hur anspråket kunde göras gällande.⁸³

⁷⁷ AKMR artikel 8.

⁷⁸ EMKR artikel 6.

⁷⁹ Cappelletti & Garth, Access to Justice I:1, s. 8.

⁸⁰ A. a. s. 8.

⁸¹ A. a. s. 21.

⁸² Cappelletti & Garth a. a. s. 22 ff.

⁸³ A. a. s. 26 f.

Rättshjälpen ökade utan tvekan tillgången till effektiv access to justice för många. Formen för civilprocessen var emellertid en klassisk tvåpartsprocess med tydligt utpekade parter med individuella rättigheter i centrum. Det var därmed svårare att få access to justice i fall som gällde diffusa och kollektiva intressen där det fanns flera berättigade och intressena snarare var allmänna än individuella. Åtgärder som vidtogs för att möta dessa hinder mot access to justice hör till den andra vågen.

3.5.2 Den andra vågen av access to justice

Den andra vågen handlar till stor del om hur effektiv access to justice ska kunna garanteras vid konsument- och miljötvister. Det traditionella tillvägagångssättet var att staten tog på sig att upprätthålla och representera sådana diffusa och kollektiva intressen. Benämningen diffusa och kollektiva hör samman med att det inte är givet vem som är berättigad och att intresset inte baseras på en individuell rättighet, utan är ett intresse som delas av ett kollektiv. Så är fallet t.ex. i miljötvister. Problemet med den lösningen var att staten är bunden till sin traditionella roll och inte lämpad för att åta sig försvaret av nyligen tillkomna diffusa rättigheter. Dessutom var motparten i mål om diffusa intressen ofta ett politiskt organ varför det inte heller var lämpligt att staten hade monopol på att föra talan om diffusa intressen.⁸⁴ Istället uppkom andra institutioner som kunde företräda diffusa, kollektiva intressen. Ett exempel som fått internationell spridning är Svenska konsumentombudsmannen. Andra sätt att förbättra access to justice i dessa typer av mål var att införa reformer som tillåter individuella, privata representanter för allmänna eller kollektiva intressen, vilket följdes av privata grupper som tilläts företräda sådana intressen.⁸⁵

Första och andra vågen har medfört betydelsefulla framgångar vad gäller access to justice genom att införa effektiv rättslig representation för intressen som tidigare endast bristfälligt eller inte alls var representerade.⁸⁶ Emellertid medför den tredje vågen en mer omfattande och komplex definition av access to justice. Inom den tredje vågen är åtgärderna för att förbättra access to justice mångfasetterade och inriktar sig inte bara på domstolsprocess, utan behandlar även hur olika metoder av ADR kan utgöra komplement för att förbättra access to justice.⁸⁷

⁸⁴ Cappelletti & Garth, Access to Justice I:1, s. 36 f.

⁸⁵ A. a. s. 39 ff.

⁸⁶ A. a. s. 49.

⁸⁷ A. a. s. 49 ff.

3.5.3 Den tredje vågen av access to justice

De tre vågorna återspeglar utvecklingen i västorienterade länder. Som nämnts i inledningen ovan står rättsväsendet i Bolivia inför utmaningar av både formell och reell karaktär.⁸⁸ Rättsutvecklingen har således inte följt den internationella access to justice-debatten som framför allt är inriktad på reell access to justice. En jämförelse med svensk rätt utifrån de tre vågorna är därför mindre lämpad. Den tredje vågen omfattar däremot många utvecklings- och reformtrender som är intressanta att jämföra mellan Bolivia och Sverige. I det följande kommer därför olika teman inom den tredje vågen att behandlas, vilka kommer att återknytas till senare i jämförelsen mellan boliviansk och svensk rätt.

Det bredare access to justice-koncept som växt fram under den tredje vågen inkluderar, precis som den första och andra vågen, tillgång till rättslig representation. Därutöver omfattas emellertid åtgärder inom och utom domstol såväl av statliga som av privata aktörer. Syftet är inte att överge åtgärderna som vidtagits under de två första vågorna,⁸⁹ utan snarare att betrakta dessa reformer som några av många vägar för att förbättra access to justice. I den tredje vågen välkomnas en bred variation av reformer, såsom förändrade förfaranden i domstol, förändrade strukturer hos domstolar och inrättande av nya domstolar och användning av privata eller informella tvistlösningsmetoder. Vidare erkänner det bredare access to justice-konceptet behovet av att anpassa civilprocessen till den aktuella typen av tvist. Olika hinder kan vara framträdande och lämpliga åtgärder variera beroende på graden av komplexitet hos tvisten i fråga. Även parternas relation till varandra är värd att ta i beaktning. Medling och andra förlikningsmetoder brukar exempelvis ses som mest lämpade för att bevara pågående affärsrelationer mellan parterna, eftersom en domstolsprocess lätt kan leda till polarisering vilket fryser affärsförbindelserna.⁹⁰

Värt att notera är funktionen av det samlade civilprocessmaskineriet där enskilda reformer påverkar och interagerar med andra enskilda reformer och med systemet i stort. Därmed kan en reform som isolerat inte framstår som betydande för access to justice i ett större perspektiv tillföra ett viktigt element för den sammanlagda bilden av access to justice i ett givet land.⁹¹

⁸⁸ Se ovan s. 8.

⁸⁹ Jämför dock Lindblom SvJT 2006 s. 108 och s. 114, som menar att tredje vågen hotar att omintetgöra de framsteg som åstadkommit under den första och andra vågen.

⁹⁰ Cappelletti & Garth, Access to Justice I:1, s. 49 ff.

⁹¹ A. a. s. 54.

Många moderna reformer fokuserar på alternativ till rättskipning i domstol istället för reformering av själva domstolssystemet. Samtidigt är det viktigt att komma ihåg att många konflikter som rör individers och grupperas rättigheter kan behöva tas upp till prövning i en vanlig domstolsprocess.⁹²

Även om ackusatorisk tvåpartsprocess är utgångspunkten vid civilprocessen har domarrollen kommit att bli alltmer aktiv, vilket har syftat till att utgången ska bli rättvis och inte endast reflektera ojämlikhet mellan parterna.⁹³

Den tredje vågen omfattar också en acceptans av begränsningarna med domstolssystemet. Därför inriktas tillvägagångssätten för att förbättra access to justice snarare på utveckling av alternativa metoder med enklare förfaranden och/eller mer informella beslutsfattare. Reformerna inom civilprocessen tar alltmer sikte på skiljeförfarande och medling.⁹⁴

Angående skiljeförfarande menar Cappelletti och Garth att så länge problemen med långsamma och dyra ordinarie domstolsförfaranden kvarstår, kan skiljeförfarande påtagligt förbättra access to justice för många.⁹⁵ Vad gäller medling finns det tydliga fördelar för parterna och domstolarna om tvisterna kan förlikas utan att behöva hänföras till domstol. Därtill kan medlingsöverenskommelser i regel verkställas lättare än ensidiga domstolsutslag, eftersom överenskommelserna bygger på att parterna enats om resultatet under medlingsförfarandet. Genom att parterna inte polariseras i vinnare respektive förlorare kan medling leda till att långsiktiga affärsrelationer underlättas. Det kan däremot uppstå problem om det är domaren i målet som försöker medla mellan parterna. Det är således en och samma person som medlar och som om förhandlingarna inte leder till en överenskommelse kommer att döma i målet. Det kan leda till att en part godtar ett förlikningsförslag eftersom denne tror att en dom skulle ha motsvarande innehåll eller för att parten inte vill hamna på kant med domaren. Sammanfattningsvis anser Cappelletti och Garth att medling kan vara mycket användbart beroende på tvistens karaktär och parternas relation, men att det även är viktigt att uppmärksamma att medling inte endast får bli en metod för att minska överbelastning hos domstolarna. Medlingsöverenskommelserna måste också representera rättvisa utslag för att fylla önskad funktion i access to justice-hänseende.⁹⁶

⁹² Cappelletti & Garth, Access to Justice I:1, s. 55.

⁹³ A. a. s. 56.

⁹⁴ A. a. s. 59.

⁹⁵ A. a. s. 61.

⁹⁶ A. a. s. 61 ff.

Det positiva med flexibla och varierande möjligheter för tvistlösning får dock inte tillåtas överskugga vikten av fundamentala rättssäkerhetsgarantier. En snabb och billig tvistlösning kan leda till ett resultat av undermålig kvalitet. Det som avses med det bredare access to justice-konceptet under tredje vågen är snarare att reformer ska genomföras med insikt om vilka risker som finns och att det ska finnas en medvetenhet om begränsningar och möjligheter med domstolsprocess. Syftet är inte att ”justice” ska bli sämre, utan att ”access” ska föreligga för alla.⁹⁷

Som framgått är den internationella debatten om access to justice omfångsrik och innehåller många olika aspekter. Därför kommer nästa avsnitt att presentera vilka aspekter av access to justice som kommer att behandlas i uppsatsen.

3.6 Urval av aspekter att behandla inom access to justice

I uppsatsen kommer ett urval av aspekter av access to justice att behandlas. Detta för att avgränsa och fokusera den kommande framställningen. Jämförelsen mellan boliviansk och svensk rätt inom ramen för access to justice diskussionen kommer att delas upp i två huvudsakliga delar, en rörande domstolsprocessen och en rörande ADR. Jämförelsen av domstolsprocessen kommer att fokusera på reformtrender och processkostnader, medan jämförelsen av ADR kommer att behandla skiljeförfarande, förlikning och medling. Domstolsprocessen är den yttersta garanten för access to justice⁹⁸ och därför kommer reformer för att förbättra access to justice genom civilprocess i domstol att behandlas. Aktuella och till viss del historiska reformtrender inom domstolsprocessen kommer att presenteras och jämföras mellan Bolivia och Sverige. Processkostnader utgör en betydelsefull komponent av access to justice eftersom höga processkostnader, vilket i vissa fall leder till att kostnaderna överstiger tvisteföremålets värde, och långa handläggningstider i praktiken medför att vissa anspråk inte kan göras gällande och att vissa parter inte har access to justice. De brister som föreligger hos domstolsprocessen avseende olika typer av processkostnader kan också motivera användning av ADR för att den enskilde ska få förbättrad access to justice. Ett kapitel kommer därför att ägnas åt ADR som medel för att öka access to justice gällande civilrättsliga anspråk. Jämförelsen mellan Bolivia och Sverige kommer att fokusera på skiljeförfarande, förlikning och medling. Syftet är att påvisa likheter och skillnader i hur de båda länderna reglerar dessa ADR-metoder och hur de i praktiken fungerar ur ett access to justice-perspektiv.

⁹⁷ Cappelletti & Garth, Access to Justice I:1, s. 123 f.

⁹⁸ Jämför diskussionen om domstolsprocessen i förhållande till ADR, se ovan s. 21.

4 Access to justice genom domstolsprocessen

4.1 Introduktion

I detta kapitel kommer hinder mot och åtgärder för att förbättra access to justice genom domstolsprocess att behandlas. Inledningsvis kommer nuvarande reformprocess i Bolivia att presenteras, vilken framförallt tar sikte på att införa muntlighet i civilprocessen. Därefter behandlas reformer i svensk domstol som i huvudsak handlar om att göra civilprocessen mer flexibel för att på så sätt förbättra access to justice. Sedan kommer reformer av domstolsprocessen i Bolivia och Sverige att jämföras. Andra delen av kapitlet handlar om processkostnader som utgör hinder mot access to justice och hur situationen ser ut i de båda länderna utifrån dessa hinder.

4.2 Reformers av domstolsprocessen

Den statliga rättsskipningen kan ses som den yttersta garantin för de materiella rättsreglernas genomslag genom möjligheterna till sanktionsmöjligheter vad gäller deltagande i förfarandet och verkställighet av domen.⁹⁹ Domstolsprocessen kan således ses som den yttersta garanten av access to justice. Detta eftersom även incitament att använda ADR-metoder har samband med att statlig, tvingande tvistlösning föreligger som ett reellt alternativ. Betydelsen av domstolsprocessen för att tillhandahålla access to justice för medborgarna motiverar därför att den första jämförelsen av boliviansk och svensk rätt behandlar reformer av domstolsprocessen för att förbättra access to justice i de respektive länderna.

4.3 Reformers av domstolsprocessen i Bolivia

I Bolivia sker för närvarande ett paradigmskifte gällande civilprocessen.¹⁰⁰ Den gamla civilförfarandekoden¹⁰¹ från år 1976 ska ersättas av en ny civilprocesskod (lag 439),¹⁰² som introducerar en övergång från skriftlig process till en muntlig civilprocess.¹⁰³ Det har uttalats i boliviansk doktrin att målsättningen med den nya civilprocesskoden bl.a. är att förbättra access to justice.¹⁰⁴ Lagstiftningen är betydelsefull för att förändring inom civilprocessen ska komma till stånd, men det är även viktigt att se till implemente-

⁹⁹ Se ovan s. 21.

¹⁰⁰ Sánchez Morales, *El Nuevo Proceso Civil*, s. 29.

¹⁰¹ Koden heter på spanska Código de Procedimiento Civil.

¹⁰² Koden heter på spanska Código Procesal Civil. Den nya civilprocesskoden antogs av den lagstiftande församlingen den 19 november år 2013, men kommer inte att träda i kraft förrän i augusti år 2015.

¹⁰³ Arce Zaconeta, *El Nuevo Proceso Civil*, s. 3 f.

¹⁰⁴ Fernández Gutiérrez, *El Nuevo Proceso Civil*, s. 67.

ringen av lagen och hur de juridiska tjänstemännen kommer att anpassa sig till förändringarna.¹⁰⁵

Ett nytt inslag i den nya civilprocesskoden är krav på respekt för mångkulturalitet. Det föreligger bl.a. krav på domarna och vid förhandlingar ska hänsyn tas till och respekt visas för de olika traditioner och vanor som människorna har som deltar vid förhandlingarna.¹⁰⁶ Principen om mångkulturalitet kan direkt hänföras till konstitutionens erkännande av olika kulturer och ursprungsbefolkningsgrupper.¹⁰⁷ I sammanhanget är det värt att notera att Bolivia har ratificerat AKMR, där bl.a. rätten till tolk och översättare framgår, vilket även omfattar civilprocesser.¹⁰⁸ Rätten till tolk och översättare får särskild betydelse utifrån att Bolivia utöver spanskan erkänner 36 ursprungsbefolkningspråk som officiella språk.¹⁰⁹ Anpassning av civilprocessen till varierande kulturella och språkliga traditioner i Bolivia är av stor betydelse för effektiv access to justice för samtliga medborgare. Detta mot bakgrund av den stora mängden folkgrupper och språk som talas i landet. Även om spanskan betraktas som huvudspråk finns det bolivianer i avlägsna delar av landet som inte talar spanska.

Därtill garanterar den bolivianska konstitutionen rätten till rättvis rättegång, till försvar och till rättvisa som är pluralistisk, snabb, lämplig, gratis, transparent och utan dröjsmål.¹¹⁰ I den nya civilprocesskoden fastslås att var och en har rätt till en rättvis och jämlik process.¹¹¹ Utifrån lagstiftningen kan konstateras att staten har en hög ambitionsnivå vad gäller effektiv access to justice. Däremot är det viktigt att komma ihåg att konstitutionen är relativt ny och att den nya civilprocesslagen ännu inte har trätt i kraft, vilket innebär att målsättningen som avspeglas i lagstiftningen ännu inte blivit implementerad i praktiken fullt ut.

Det finns konstitutionellt stöd för införandet av det nya civilprocesssystemet eftersom konstitutionen anger att det ordinära rättssystemet bl.a. vilar på principen om muntlighet.¹¹² Tendensen är att de flesta latinamerikanska civilprocesslagar¹¹³ numera

¹⁰⁵ Sánchez Morales, *El Nuevo Proceso Civil*, s. 29.

¹⁰⁶ Civilprocesskoden artikel 25.

¹⁰⁷ Konstitutionen artikel 1.

¹⁰⁸ Sánchez Morales a. a. s. 37 och s. 50.

¹⁰⁹ Konstitutionen artikel 5.

¹¹⁰ Konstitutionen artikel 115.II.

¹¹¹ Civilprocesskoden artikel 4.

¹¹² Konstitutionen artikel 180.I.

¹¹³ Muntlighet infördes först i Uruguay och har sedan spridits över kontinenten, Herrera Añez, *El Nuevo Proceso Civil*, s. 114.

baseras på en muntlighetsprincip, även om det inte innebär att civilprocessen enbart är muntlig utan medför en blandad process med dominerande muntliga inslag.¹¹⁴

Den nya civilprocesskoden presenterar ett alternativ till det ännu rådande skriftliga förfarandet för att garantera att civilprocessen kännetecknas av offentlighet, omedelbarhet och koncentration. Det anses att muntlighet är det bästa systemet för att uppnå ett effektivt system och därmed effektiv access to justice. Vidare uppges att en muntlig process med sammanträden är det enda sättet för att principerna om koncentration, omedelbarhet och offentlighet ska få genomslag och garantera access to justice för de som av ekonomiska eller kulturella skäl annars inte skulle ha möjlighet att föra sin talan i domstol.¹¹⁵

I boliviansk doktrin presenteras visionen om att civilprocesserna kommer att ta kortare tid med införandet av den i huvudsak muntliga processen. Det sägs även att teoretiker generellt är mer positiva än praktiker. En anledning till diskrepansen kan vara att det i praktiken är långt fler faktorer som påverkar hur en civilprocess effektivt kan bedrivas. Det nämns faktorer som t.ex. otillräckligt antal domare särskilt i första instans, en bristfällig infrastruktur och otillräcklig budget allokerad för rättssektorn. Trots dessa hinder är förhoppningen att införandet av muntlighet i processen åtminstone kommer att kunna bidra till en mer effektiv och snabbare process.¹¹⁶

Det föreslås att domarens roll med det nya systemet ska vara mer aktiv och dynamisk, för att uppnå en snabbare och mer effektiv process.¹¹⁷ Domaren ska till skillnad från tidigare inte vara en åskådare utan snarare en huvudaktör i processen vid sidan av parterna. Domarrollen kommer därmed att öka i betydelse i civilprocessen med det nya systemet.¹¹⁸ Därtill anges att domaren leder processen och således krävs det att domaren är aktiv för att tvisten ska kunna handläggas så snabbt som möjligt.¹¹⁹

Principen om omedelbarhet förstås som en direkt länk mellan domaren och parterna, bevisen och händelserna som påstås ha inträffat. Detta underlättar för domaren att meddela en dom som motsvarar det som verkligen har inträffat. Det innebär också att processen ska genomföras med så få processhandlingar som möjligt, för att uppnå målet om en snabb och effektiv lösning på intressekonflikten eller fastslå det juridiska läget.¹²⁰

¹¹⁴ Arce Zaconeta, *El Nuevo Proceso Civil*, s. 3 f.

¹¹⁵ A. a. s. 4 f.

¹¹⁶ Sánchez Morales, *El Nuevo Proceso Civil*, s. 43

¹¹⁷ Villarroel Bustios, *El Nuevo Proceso Civil*, s. 203.

¹¹⁸ Arce Zaconeta a. a. s. 6 f.

¹¹⁹ Sánchez Morales a. a. s. 47.

¹²⁰ A. a. s. 44.

Som en naturlig följd på principen om omedelbarhet följer principen om koncentration. Koncentration uppnås på bästa sätt under en muntlig förhandling där domaren vid ett och samma tillfälle har tillgång till bevisning och muntliga pläderingar. På så sätt kan domaren få en fullständig förståelse för frågorna att ta ställning till i målet.¹²¹

Den nya civilprocessen avser att minska processkostnaderna i syfte att förbättra access to justice på jämlika villkor. Det anses att civilprocessen i princip ska vara gratis för att ge jämlika möjligheter till access to justice. Samtidigt betraktas civilprocessen som en offentlig tjänst som staten tillhandahåller och det skulle i den bemärkelsen inte vara märkligt att det innebär en viss kostnad att utnyttja tjänsten i form av avgifter till domstolen.¹²²

4.4 Reformen av domstolsprocessen i Sverige

Den svenska civilprocessen regleras i rättegångsbalken (1942:740, herefter RB) som trädde i kraft år 1948. Huvudprinciper för civilprocessen enligt RB är muntlighet, omedelbarhet och koncentration.¹²³ Muntlighetsprincipen definieras som att processmaterialet ska framläggas muntligen och inte skriftligen. Omedelbarhetsprincipen innebär att rättens avgörande ska grundas på vad som framkommit vid en förhandling och inte på protokollet från förhandlingen. Koncentrationsprincipen innebär att processen ska genomföras utan uppehåll och tidsförlust.¹²⁴

Föregångaren till RB var rättegångsbalken från år 1734 (herefter ÄRB). Denna kritiserades för att ge upphov till långsam rättskipning p.g.a. omfattande uppskov och formalism som resulterade i tungrodda processer.¹²⁵ En viktig del i det reformarbete som utmynnade i RB var att minska tidsåtgången för processerna. Det var även av vikt att anpassa förfarandet till fri bevisföring och bevisprövning, som redan utgjorde tillämplig svensk praxis men som inte överensstämde med dåvarande lagstiftning.¹²⁶ I förarbetena anges att fri bevisprövning ställer krav på bevisen i fråga om tillförlitlighet som inte kunde uppnås med en skriftlig process.¹²⁷ Ett bakomliggande syfte till att införa muntlighet, omedelbarhet och koncentration var således att möjliggöra en effek-

¹²¹ Sánchez Morales, *El Nuevo Proceso Civil*, s. 44 f.

¹²² A. a. s. 48.

¹²³ Bylander, *Muntlighet vid domstol i Norden*, s. 137 med anvisningar. Bylander, *Muntlighetsprincipen*, s. 22 och s. 83. SOU 1982:26 s. 25.

¹²⁴ SOU 1982:26 s. 25 f.

¹²⁵ Bylander, *Muntlighetsprincipen*, s. 181.

¹²⁶ Bylander, *Muntlighet vid domstol i Norden*, s. 167. Bylander, *Muntlighetsprincipen*, s. 83.

¹²⁷ Prop. 1931:80 s. 95.

tiv fri bevisföring och bevisvärdering.¹²⁸ Vidare var anledningar till att införa fri bevisföring och bevisvärdering att det ansågs förbättra möjligheterna för en materiellt riktig dom och att förtroendet kunde ges till domarna, med kontroll från nämndemännen, som följde med avskaffandet av den legala bevisvärderingen.¹²⁹

Vid RB:s tillkomst förelåg få undantag från muntlighetsprincipen. Enligt förarbetena ville lagstiftaren på ett radikalt sätt bryta med den tidigare ordningen då skriftlighet dominerade processen.¹³⁰ Den omfattande tillämpningen av muntlighetsprincipen kom dock med tiden att kritiseras för att processen saknade flexibilitet. Denna kritik har lett till dagens reformprocess med innebörd att muntlighet successivt ersätts med skriftlighet samtidigt som flexibilitet och möjligheten till kombination av olika handläggningssätt ökar.¹³¹

De mest genomgripande förändringarna av handlägningsformerna i RB genomfördes efter förslag från rättegångsutredningen från år 1977. Reformerna medförde att muntlighetsprincipens tillämpningsområde minskade och att avsteg från muntlighet medgavs i vissa fall då det var motiverat av omständigheterna i det enskilda fallet.¹³² Rättegångsutredningen från år 1977 handlade om reformer för att öka flexibiliteten och därigenom uppnå en snabbare och billigare process utan att för den delen kompromissa med rättssäkerheten. Det uttalas att ökad flexibilitet framför allt införs i de fall där en alltför omfattande tillämpning av muntlighet, omedelbarhet och koncentration leder till komplikationer och höga kostnader. Utredarnas uppdrag var att lämna förslag på hur rättssäkerhetskrav på materiellt riktiga avgöranden kan tillgodoses samtidigt som överdriven tidsåtgång och skenande kostnader kan undvikas. Genom flexibla förfaranderegler kan parterna och domstolen få ett utökat handlingsutrymme vilket ansågs önskvärt.¹³³

Vidare genomfördes i början av 2000-talet betydande förändringar för att förenkla och effektivisera tingsrättens handläggning.¹³⁴ Förändringarna innebar att vissa regler byttes ut mot nya, samtidigt som andra regler avskaffades helt för att ge domstolarna större möjligheter till inflytande över handläggningen.¹³⁵ Vad gäller koncentrationsprincipens utformning i RB uppmärksammades under detta reformarbete att de stränga

¹²⁸ Bylander, Muntlighet vid domstol i Norden, s. 168 med anvisningar.

¹²⁹ Lindblom SvJT 2000 s. 131.

¹³⁰ Prop. 1988/89:78 s. 105.

¹³¹ Bylander, Muntlighetsprincipen, s. 84, Fitger i SvJT 1999 s. 516.

¹³² Bylander, Muntlighetsprincipen, s. 88.

¹³³ SOU 1982:26 s. 37 f.

¹³⁴ Prop. 1999/2000:26.

¹³⁵ Bylander a. a. s. 94.

reglerna vid RB:s tillkomst var motiverade utifrån behovet att komma till rätta med problemen med uppskov och utdragna processer. Däremot hade utvecklingen sedan dess gått mot en ökad efterfrågan av förenkling av regleringen. Det ansågs att praktisk planering angående utformningen av processen i större utsträckning kunde överlåtas till domstolarna. När utvecklingen gått mot att det anses självklart att i största möjliga mån genomföra en sammanhållen huvudförhandling ansågs det alltså inte föreligga någon risk för att domstolarna skulle frångå principen annat än i mycket speciella fall.¹³⁶

Den senaste större reformen av RB benämndes ”En modernare rättegång” och rörde huvudsakligen hur processen i första instans skulle kunna effektiviseras samtidigt som rättssäkerhetskraven skulle vidhållas.¹³⁷ En viktig fråga att ta ställning till i avvägningen mellan effektivitet och rättssäkerhet var hur handläggningen skulle utformas med till viss del muntligt och till viss del skriftligt förfarande.¹³⁸ I förarbetena till den nya lagstiftningen anges att principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration fortfarande betraktas som de bästa garanterna för fri bevisvärdering och utgör grunden för att riktiga avgöranden ska meddelas. Emellertid infördes regler som medför en mindre strikt tillämpning av principerna med syfte att minska överdriven formalism, utdragna och dyra processer. Ledord för reformen var att öka flexibiliteten för att göra det möjligt att ta hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet och anpassa handläggningen därefter. Det anges även att samhällsutvecklingen har lett till att nya krav ställs på rättskipningen än vad som gällde då RB infördes. Komplexiteten och omfattningen av målen har bl.a. ökat med tiden.¹³⁹

Lindblom har varnat för riskerna med ett alltför flexibelt förfarande, att det skulle leda till en ”principlöshetens princip”.¹⁴⁰ Han menar att den nuvarande utvecklingen i Sverige går mot en blandad process som liknar förfarandet som föreskrivs i förvaltningsprocesslagen¹⁴¹ och ärendelagen¹⁴². En viktig aspekt vid ökad flexibilitet i processen är att det ställer höga krav på erfarna och kvalificerade domare att avgöra vad som är en lämplig handläggning i det enskilda fallet. Han anser att det moderna skiljeförfarandet och inte ärendelagen eller förvaltningsprocesslagen borde vara modell för

¹³⁶ Prop. 1999/2000:26 s. 49 ff.

¹³⁷ Prop. 2004/05:131 och slutbetänkandet av 1999 års rättegångsutredning SOU 2001:103.

¹³⁸ Bylander, Muntlighetsprincipen, s. 96.

¹³⁹ Prop. 2004/05:131 s. 81 f.

¹⁴⁰ Lindblom SvJT 2000 s. 149.

¹⁴¹ Förvaltningsprocesslag (1971:291).

¹⁴² Lag (1996: 242) om domstolsärenden.

hur stora och komplicerade tvistemål hanteras även i allmän domstol.¹⁴³ På det sättet skulle domstolarna framstå som ett mer tilltalande alternativ på de områden där det idag saknas prejudikat.¹⁴⁴ Lindblom anser således att domstolarna på det sättet skulle få förbättrade möjligheter att uppfylla sina samhällsfunktioner.¹⁴⁵

Även Fitger menar att alltför långtgående flexibilitet kan leda till negativa konsekvenser. Flexibilitet bör inte införas i den utsträckning att fördelarna som uppnåddes vid införandet av RB förtas. Fitger föreslår därför att alternativa tvistlösningsmetoder kan användas istället för att domstolsprocessen ska kunna erbjuda ett lämpligt förfarande för varje typ av tvist.¹⁴⁶

4.5 Jämförelse av reformer av domstolsprocessen i Bolivia och Sverige

Reformeringen av civilprocessen i Bolivia går mot ökad muntlighet.¹⁴⁷ I Sverige infördes muntligheten i civilprocessen genom RB som trädde i kraft år 1948.¹⁴⁸ Denna utveckling är således gemensam för Bolivia och Sverige, dock med viss tidsmässig förskjutning eftersom Bolivia inför muntligheten omkring sjuttio år efter det att den infördes i Sverige.

Muntligheten har ansetts bidra till fri bevisvärdering, omedelbarhet och koncentration, vilket har framhållits i den internationella access to justice-debatten. Andra argument som framförts internationellt är att muntligheten medför enkla, billiga och snabba processer som är tillgängliga även för medborgare med begränsade resurser. Detta gör att muntligheten kan anses bidra till att motverka hinder mot access to justice av flera slag. Därmed kan sägas att civilprocessens funktion att ge medborgarna access to justice kan förbättras genom införande av dominerande muntliga inslag.¹⁴⁹

Debatten i Bolivia och Sverige anknyter till den internationella access to justice-debatten genom att muntligheten anses medföra samma fördelar även i dessa länder.¹⁵⁰ Samtidigt ger viss boliviansk doktrin uttryck för en medvetenhet om att det i landet råder hinder av såväl formella som reella slag och att det därför är fler faktorer än enbart muntligheten som kommer att påverka hur väl domstolsprocessen kan bidra till access

¹⁴³ Lindblom SvJT 2000 s. 151 f.

¹⁴⁴ Se SOU 1995:65 för lagstiftarens önskemål att fler förmögenhetsrättsliga tvister handläggs i domstol istället för av skiljemän i syfte att skapa prejudikat på området.

¹⁴⁵ Lindblom a. a. s. 151 f.

¹⁴⁶ Fitger SvJT 1999 s. 518.

¹⁴⁷ Se ovan s. 28.

¹⁴⁸ Se ovan s. 31 f.

¹⁴⁹ Se ovan s. 18.

¹⁵⁰ Beträffande boliviansk rätt se ovan s. 30 och beträffande svensk rätt se ovan s. 31.

to justice.¹⁵¹ I Sverige har införandet av muntlighet i domstolsprocessen medfört positiva resultat. Samhällsutvecklingen har emellertid lett till att nya krav har ställts på svensk civilprocess. Övervägandena i samband med reformerna sedan RB infördes har framförallt handlat om hur domstolsprocessen ska kunna genomföras snabbare och mer effektivt, utan att göra avkall på rättssäkerheten.¹⁵² Utvecklingen i Sverige speglar den internationella access to justice-debatten med ett bredare access to justice-koncept som innefattar ett behov av att anpassa civilprocessen till den enskilda tvisten i fråga.¹⁵³ Det är samtidigt viktigt att flexibiliteten i domstolsprocessen inte blir så omfattande att de fördelar som införandet av muntlighet i RB medförde motverkas. Behovet av flexibla lösningar kan även tillgodoses genom användning av alternativa tvistlösningsmetoder vid sidan av domstolsprocessen.¹⁵⁴

En övergång från skriftlighet till muntlighet motiveras i såväl Bolivia som Sverige med att möjligheten till en korrekt bevisvärdering ökar.¹⁵⁵ Förändringarna av domstolsprocessen fyller därmed funktionen att underlätta bevisvärderingen för att på så sätt förbättra förutsättningarna för att en materiellt riktig dom meddelas. Trots förändringarna av den svenska civilprocessen, mot ökad flexibilitet att använda skriftliga eller muntliga inslag i förfarandet, är grundregeln fortfarande att principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration betraktas som de bästa garanterna för fri bevisvärdering och utgör grunden för att riktiga avgöranden ska meddelas.¹⁵⁶ Därmed kan sägas att även i Sverige anses muntligheten vara en förutsättning för att civilprocessen ska kunna tillgodose medborgarnas rätt till access to justice. På samma sätt är förhoppningen i Bolivia att införandet av muntlighet kommer att leda till en förbättring vad gäller bevisvärdering och möjligheterna till att materiellt riktiga domar meddelas.

Angående domarrollen kan noteras att i likhet med utvecklingen inom den internationella access to justice-debatten förväntas domarrollen bli mer aktiv i Bolivia i samband med införandet av muntlighet i civilprocessen.¹⁵⁷ En aktiv domarroll kan leda till en snabbare och mer effektiv process, vilket i sig kan förbättra access to justice. Diskussionen om domarrollen i Sverige handlar snarare om omfattande möjligheter att anpassa förfarandet efter omständigheterna i det enskilda fallet, vilket ställer höga krav

¹⁵¹ Se ovan s. 30.

¹⁵² Se ovan s. 32 f.

¹⁵³ Beträffande svensk rätt se ovan s. 32 och beträffande internationella debatten se ovan s. 25.

¹⁵⁴ Se ovan s. 34.

¹⁵⁵ Beträffande boliviansk rätt se ovan s. 30 och beträffande svensk rätt se ovan s. 31 f.

¹⁵⁶ Se ovan s. 33.

¹⁵⁷ Beträffande internationella debatten se ovan s. 26 och beträffande boliviansk rätt se ovan s. 30.

på domarens kompetens och erfarenhet.¹⁵⁸ Däremot ansågs det inte vara någon risk med att mjuka upp kraven på muntlighet, omedelbarhet och koncentration eftersom de stränga reglerna om muntlighet som rådde vid införandet av RB har lett till att det numera betraktas som självklart att dessa principer ska gälla som huvudregel och endast frångås i mycket speciella fall.¹⁵⁹

Sannolikt kommer krav på ytterligare reformer att uppstå i Bolivia likt den utveckling som skett i Sverige med utökade möjligheter för skriftlighet i syfte att göra processen flexibel. Att det kommer att uppstå behov av vidare reformering av rättssystemet i Bolivia förtar emellertid inte betydelsen av att gå ifrån ett huvudsakligen skriftligt förfarande som medför allvarliga hinder mot access to justice.

Den första frågeställningen i uppsatsen kan således besvaras på följande sätt. Den nuvarande muntlighetsreformen i Bolivia medför en förbättring av access to justice för de bolivianska medborgarna jämfört med den tidigare rådande skriftliga civilprocessen. Detta för att muntlighet anses fylla en funktion av bättre bevisvärdering samtidigt som förfarandet kan genomföras på ett enklare, billigare och snabbare sätt. I Sverige medförde muntligheten positiva resultat. Samhällsutvecklingen har emellertid gett upphov till att nya krav ställs på civilprocessen. Den nuvarande reformtrenden i Sverige handlar därför om att göra domstolsprocessen mer flexibel. En mer flexibel domstolsprocess är i linje med det bredare access to justice-koncept som numera råder inom den internationella debatten. Detta medför en förbättring av access to justice eftersom flexibilitet kan leda till att förfarandet kan bedrivas på ett sätt som är snabbt, säkert och billigt utifrån förutsättningarna i det enskilda fallet. Alltför omfattande flexibilitet kan emellertid motverka fördelarna som uppnåddes genom införandet av muntlig process. Flexibilitet kan också uppnås genom en valbarhet för parterna att hänföra tvisten till ADR istället för till domstolsprocess, vilket kan vara att föredra framför att anpassa civilprocessen till varje typ av möjlig tvist.

4.6 Processkostnader

Ett generellt hinder mot effektiv access to justice är de höga kostnader som en civilprocess medför. Trots att staten tillhandahåller ett domstolsväsende för tvistlösning, är det upp till parterna att stå för ombudskostnader och därtill vissa domstolsavgifter.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Se ovan s. 33.

¹⁵⁹ Se ovan s. 33.

¹⁶⁰ Cappelletti & Garth, Access to Justice I:1, s. 10 f.

En viktig reglering som påverkar processkostnaderna för den enskilda parten, och därmed även dennes incitament att initiera en process, är fördelningen av rättegångskostnader. De två huvudsakliga modellerna som jämförs internationellt är den amerikanska modellen där varje part bär sina egna kostnader oavsett utgången i målet och modellen som kallas ”vinnaren tar allt” som innebär att tappande part i målet har att ersätta den vinnande parten för dennes rättegångskostnader. Den amerikanska modellen har kritiserats för att motverka parts incitament att initiera en process eftersom att även en positiv utgång är förenat med stora kostnader som minskar den slutliga förtjänsten av att vinna målet. Även ”vinnaren tar allt”-modellen medför risk för att part ådrar sig stora kostnader, eftersom det ofta är oklart hur utgången i målet kommer att bli och kostnaderna som den tappande parten måste bära är dubbelt så stora jämfört med utfallet med den amerikanska modellen. Sammanfattningsvis kan fastslås att oavsett om en eller båda parterna får bära rättegångskostnaderna innebär höga kostnader ett betydande hinder mot access to justice.¹⁶¹

Processkostnaderna måste även ställas i relation till det belopp som tvisten handlar om. Mål om små värden aktualiserar särskilt tydligt problematiken med höga processkostnader. Domstolskostnader och arvoden till juridiska ombud kan ofta resultera i belopp som överstiger tvisteföremålets värde eller åtminstone utgöra en så stor del av detta att det inte är värt att driva processen. Det är således viktigt att vidta åtgärder för att garantera effektiv access to justice när det gäller tvister som rör mindre belopp.¹⁶²

Processkostnad till följd av långa handläggningstider för civilprocessen hör också till hindren mot access to justice. Problematiken med utdragna processer hör ihop med faktorer som inflation, löpande kostnader för juridiskt ombud, att tvisteföremålet inte kan användas i verksamheten under tiden tvisten pågår etc., vilka sätter stor press på framför allt en ekonomiskt svag part. En långsam process kan därför leda till att en ekonomiskt svagare part återtar sin talan eller går med på en ogynnsam förlikning jämfört med vad parten hade varit berättigad till om domstolen hade avgjort målet. Den ekonomiskt svagare parten har därför inte effektiv access to justice eftersom denne inte har resurser att delta i processen under den långa tid som förflyter till dess att målet är avgjort.¹⁶³

¹⁶¹ Cappelletti & Garth, Access to Justice I:1, s. 11 f.

¹⁶² A. a. s. 13 f.

¹⁶³ A. a. s. 14.

4.7 Processkostnader i Bolivia

I boliviansk doktrin anges att den nuvarande civilförfarandekoden,¹⁶⁴ och egentligen systemet för civilprocess sedan Bolivia blev republik år 1825, har baserats på arv från Europa istället för att anpassas till bolivianska förhållanden.¹⁶⁵ Civilprocessen utgörs av ett i princip fullständigt skriftligt förfarande vilket i doktrin har kritiserats för att leda till långsamhet, tungroddhet och byråkrati. Den skriftliga processen har i Bolivia karaktäriserats av frånvaro av all direktkontakt mellan domaren och parterna, vittnena och andra informationskällor. Dessutom har processen krävt omfattande skriftligt dokumentation, något som försvårar och gör att processen drar ut på tiden. Dessa omständigheter utgör hinder för att garantera access to justice för de som av ekonomiska eller kulturella skäl inte har möjlighet att bära kostnaderna, uppfylla de formella kraven eller förmå föra sin talan i den tiskrävande process som karaktäriserar ett skriftligt förfarande.¹⁶⁶

Bolivia tillämpar en ”vinnaren tar allt”-metod vad gäller fördelningen av rättegångsskostnaderna. I civilförfarandekoden uttrycks det att när käromålet ogillas i sin helhet är det käranden som står för kostnaderna.¹⁶⁷ Motsatt gäller att vid bifall av käromålet är det svaranden som står för kostnaderna.¹⁶⁸ Som rättegångskostnader räknas kostnader som varit skäligen och nödvändiga för den vinnande parten såsom för framtagande av juridiska dokument, advokatkostnader, kostnader för sakkunniga m.fl.¹⁶⁹ Även den nya civilprocesskoden tillämpar en ”vinnaren tar allt”-metod för fördelning av rättegångskostnaderna.¹⁷⁰ Omfattningen av ersättningsgilla kostnader utgörs av nödvändiga och skäligen kostnader för juridiskt biträde, sakkunnigutlåtande, domstolsavgifter etc.¹⁷¹

I Bolivia finns två specialförfaranden för mål om små värden enligt civilförfarandekoden. Förfarandena utgörs av en summarisk process och en, fritt översatt, snabbrettegång.¹⁷² Den summariska processen gäller processer om mindre värden¹⁷³ och gränsvärdet bestäms av Högsta domstolen vartannat år.¹⁷⁴ Den summariska processen är

¹⁶⁴ Civilförfarandekoden gäller till dess att den nya civilprocesskoden träder i kraft i augusti år 2015.

¹⁶⁵ Arce Zaconeta, *El Nuevo Proceso Civil*, s. 4 f.

¹⁶⁶ A. a. s. 4 f.

¹⁶⁷ Civilförfarandekoden artikel 198.I.

¹⁶⁸ Civilförfarandekoden artikel 198.II.

¹⁶⁹ Civilförfarandekoden artikel 199.

¹⁷⁰ Civilprocesskoden artikel 223.

¹⁷¹ Civilprocesskoden artikel 224.

¹⁷² Begreppen motsvaras av spanskans proceso sumario respektive proceso sumarísimo.

¹⁷³ Civilförfarandekoden artikel 317.

¹⁷⁴ Lagen om den juridiska organisationen artikel 134.I.

komprimerad och kortare tidsfrister gäller jämfört med ordinär process. Dom ska t.ex. meddelas inom tjugo dagar vid summarisk process jämfört med inom fyrtio dagar vid ordinär process.¹⁷⁵ Vad gäller förfarandet benämnt snabbrättegång har kâranden möjlighet att framställa stämningsansökan antingen muntligt eller skriftligt. Därtill är genkäromål inte tillåtet. Även svaranden kan avge sitt svaromål muntligt eller skriftligt. Efter en period av maximalt tio dagar fr bevisupptagning ska domaren utan vidare åtgärder avkunna domen inom tio dagar.¹⁷⁶ Värt att notera är emellertid den allmänna kritiken mot att domstolsprocessen i Bolivia tar mycket lång tid och att handläggningen försenas. Det kan därför vara så att lagstiftningens bestämmelser inte tillämpas fullt ut i praktiken. Regleringen för mål om mindre värden ändras genom den nya civilprocesslagen, men möjlighet kvarstår att handlägga sådana mål i en särskild ordning. Mål om mindre värden kommer enligt civilprocesskoden att betraktas som extraordinär process och vid ett sådant förfarande kommer endast en muntlig förhandling att äga rum.¹⁷⁷

Angående processkostnad till följd av långa handläggningstider r det värt att notera att Bolivia har ratificerat AKMR vilken innehåller en bestämmelse som innebär att var och en har rätt till rättegång, med tillbörliga rättssäkerhetsgarantier och inom skälig tid, inför behörig domstol som är oberoende och opartisk.¹⁷⁸ Tidskravet innebär att Bolivia har en skyldighet att motverka långa handläggningstider för att kunna tillhandahålla ett domstolssystem som kan ge access to justice inom skälig tid.

4.8 Processkostnader i Sverige

Handlggningsformen enligt RB har benmnats muntligt-protokollariskt mot bakgrund av att förfarandet i underrätt bestod av en muntlig förhandling där parterna utvecklade sin talan, men det var endast det tecknades ner i ett skriftligt protokoll som kunde ligga till grund för domen.¹⁷⁹ å ena sidan har hävdats att en skriftlig process medför ett både billigare och mer lätthanterligt förfarande än ett muntligt.¹⁸⁰ å andra sidan har de negativa erfarenheterna med skriftlighet ansetts vara att processen tenderar att bli utdragen och att tidsåtgången leder till att processen blir dyr. Dessutom blir bevisvärderingen svårare att genomföra med ett skriftligt förfarande. En fördel med skriftligheten skulle

¹⁷⁵ Civilfrfarandelagen artikel 204.

¹⁷⁶ Civilfrfarandelagen artikel 485.

¹⁷⁷ Civilprocesskoden artikel 369.

¹⁷⁸ AKMR artikel 8.

¹⁷⁹ RB 14:1.

¹⁸⁰ Ekelöf, Edelstam, Pauli, Rättegång V, s. 14.

däremot vara att det är lättare att säkra bevis när vittnesattester blir nedtecknade på ett tidigt stadium. Med ett muntligt förfarande är däremot risken stor för att saker glöms bort innan rätten får saken framlagd för sig.¹⁸¹

Skriftväxling kan leda till att parterna måste anlita juridiska ombud som drar upp kostnaderna och att processen blir utdragen genom att ombuden skriver förbi varandra i inlagorna. På det sättet kan ett muntligt sammanträde vara att föredra för att i ett sammanhang reda ut var parterna står och hur de förhåller sig till olika frågor i tvisten.¹⁸² Snabbhet i processen brister således med en skriftlig process och har relaterats till det ”uppskovselände” som karakteriserade den muntligt-protokollariska processen enligt ÄRB.¹⁸³ Nackdelen med muntlig process kan vara att processmaterialet blir svårhanterligt och det blir utmanande för domaren att minnas och hålla koll på alla delar som framkommer under förhandlingen. Däremot kan muntlighet innebära en fördel vad gäller den utökade skyldigheten för domare att försöka förlika parterna och möjligheterna till materiell processledning.¹⁸⁴

Sverige räknas till länderna som har ”vinnaren tar allt”-modellen vad gäller fördelning av processkostnaderna. För svensk del uttrycks modellen med att ”[p]art, som tappar målet, skall ersätta motparten hans rättegångskostnad”.¹⁸⁵ I princip omfattas alla nödvändiga kostnader som parten ådragit sig i processen.¹⁸⁶ Ytterligare en förutsättning för att få en kostnad ersatt av motparten såsom rättegångskostnad är att ”kostnaden skäligen varit påkallad för tillvaratagande av partens rätt”.¹⁸⁷ Enligt förarbetena kunde civilprocessens funktion att ge medborgarna rättsskydd inte uppnås fullt ut om den vinnande parten inte fick ersättning för processkostnaderna som uppstått till följd av att parten gjort sin rätt gällande i en process. Därtill ansågs ”vinnaren tar allt”-metoden ha funktionen att part avhåller sig från att inleda en obefogad rättegång.¹⁸⁸

En viktig åtgärd för att förbättra förutsättningarna för effektiv access to justice i civilprocessen vidtogs när lagen (1974:8) om rättegången i tvistemål om mindre värden¹⁸⁹, s.k. småmålslagen, infördes. Syftet med införandet av småmålslagen var

¹⁸¹ Hov, Rettergang i sivile saker, s. 60.

¹⁸² Lindblom SvJT 2000 s. 132 f.

¹⁸³ Bylund, Repetitionskompendium i processrätt, s. 63.

¹⁸⁴ Lindblom SvJT 2000 s. 133.

¹⁸⁵ RB 18 kap. 1 §.

¹⁸⁶ Lindell, Civilprocessen, s. 563.

¹⁸⁷ RB 18 kap. 8 §.

¹⁸⁸ NJA II 1943 s. 227.

¹⁸⁹ Lagen upphävdes genom lag (1987:747) i samband med att bestämmelser om mål om mindre värden inkorporerades i RB.

enligt förarbetena att stärka den enskildes rättsskydd och en anpassning av domstolsprocessen till krav som ett modernt samhälle ställer.¹⁹⁰ RB kritiserades för att medföra så höga kostnader för den enskilde att denne valde att inte processa i fall som rörde mindre värden även om anspråket var berättigat.¹⁹¹ Situationen kan relateras till diskussionen om formell respektive reell access to justice genom att RB gav en formell möjlighet till rättsskydd som dock p.g.a. handläggningsformerna innebar rättslöshet i praktiken i vissa fall. Lagstiftaren ville förbättra det reella rättsskyddet genom att införa småmålslagen och på så sätt öka den enskilda medborgarens möjligheter att göra sina rättigheter gällande inför domstol.¹⁹²

Angående processkostnad till följd av långa handläggningstider bör noteras att rätten till rättvis rättegång enligt EKMR artikel 6 innehåller ett uttryckligt krav på ett avgörande inom ”skälig tid” eftersom motsatsen medför att många parter inte har tillgång till rättvis rättegång.¹⁹³

4.9 Jämförelse av processkostnader i Bolivia och Sverige

Inledningsvis är det värt att notera likheten mellan den nuvarande kritiken mot det skriftliga förfarandet i Bolivia och den kritik som framfördes i Sverige mot det skriftliga förfarandet enligt ÄRB under den första hälften av 1900-talet. Den svenske lagstiftaren ville åtgärda bristerna med utdragna processer och formalism genom införandet av muntlig process, och samma argument återfinns i boliviansk doktrin för muntlighetsreformen.¹⁹⁴ Ett skriftligt förfarande anses i regel medföra ett utdraget och svårtillgängligt förfarande. När processen tar lång tid ökar kostnaderna för framförallt juridiska ombud och det blir svårt för en ekonomiskt svagare part att föra sin talan fram till ett avgörande. Skriftliga förfaranden som leder till långsamma, dyra och komplicerade förfaranden utgör således ett allvarligt hinder mot effektiv access to justice.

Vad gäller fördelningen av rättegångskostnaderna tillämpar båda länderna ”vinnaren tar allt”-metoden.¹⁹⁵ Uttalandena i de svenska förarbetena är av intresse för vilken funktion fördelningen av rättegångskostnader kan sägas fylla. Förarbetena kan tolkas som att funktionen dels är att uppmuntra till process i de fall där part har ett berättigat anspråk och dels att part ska avhållas från att väcka en obefogad talan.

¹⁹⁰ Prop. 1973:87 s. 126.

¹⁹¹ A. prop. s. 128.

¹⁹² SOU 1982:26 s. 38 f.

¹⁹³ Cappelletti & Garth, Access to Justice I:1, s. 14.

¹⁹⁴ Beträffande boliviansk rätt se ovan s. 38 och beträffande svensk rätt se ovan s. 39.

¹⁹⁵ Beträffande boliviansk rätt se ovan s. 38 och beträffande svensk rätt se ovan s. 40.

”Vinnaren tar allt”-metoden kan därför vara att föredra framför den amerikanska modellen där respektive part bär sina kostnader. Detta utifrån att metoden ger den berättigade parten rättskydd fullt ut genom att parten får sina rättegångskostnader ersatta. Metoden är även positiv ur effektivitetssynpunkt eftersom den avhåller part från att väcka en obefogad talan. Däremot kan frågan ställas om inte ”vinnaren tar allt”-metoden kan verka generellt avhållande utifrån att utgången i processen ofta är mycket osäker och att det därför är svårt att på förhand avgöra om en talan är berättigad eller obefogad. I sammanhanget är det värt att notera att en civilprocess endast kommer till stånd på initiativ av en part. En avgörande förutsättning för en process är att en part anser att möjliga fördelar med processen överväger möjliga risker och påkallar ett domstolsförfarande för att lösa tvisten. Risken att behöva bära motpartens rättegångskostnader kan vara en faktor som avhåller en part från att inleda en process.

Av intresse är de stora likheter som den bolivianska och den svenska lagstiftningen uppvisar. I båda länderna ställs krav på att en kostnad ska ha varit skälig och nödvändig för att räknas som en rättegångskostnad. Därmed inte sagt att begreppen ”skälig” och ”nödvändig” ges samma innebörd i Bolivia som i Sverige. Utredning av hur fördelning av rättegångskostnader går till i praktiken genom t.ex. studier av praxis ska dock inte göras i det följande. Det är tillräckligt att hänvisa till metodavsnittet ovan, där det framgår att det inom den komparativa rätten har konstaterats att rättsreglernas innehåll, särskilt inom civilrätten, ofta uppvisar betydande likheter mellan olika rättssystem.¹⁹⁶

I såväl Bolivia som Sverige finns särskild reglering avseende mål om små värden.¹⁹⁷ Regleringen fyller funktionen att även anspråk som rör mindre värden kan löna sig att ta upp till prövning och därmed omfattas dessa av access to justice. Förfarandena är förenklade och anpassade för att kunna avgöras snabbt utan att för stora processkostnader arbetas upp i målen. Lagstiftningen möjliggör således access to justice i dessa fall. Det är däremot värt att beakta att det är möjligt att lagstiftningen inte i alla avseenden tillämpas fullt ut. Att göra en undersökning av dessa förhållanden i praktiken sträcker sig däremot utanför ramen för denna uppsats.

Angående processkostnad till följd av långa handläggningstider har båda länderna genom anslutning till internationella konventioner en skyldighet att garantera access to justice inom skälig tid.¹⁹⁸ Tidskravet motiveras med att part inte har effektiv access to

¹⁹⁶ Se ovan s. 11.

¹⁹⁷ Beträffande boliviansk rätt se ovan s. 38 och beträffande svensk rätt se ovan s. 40 f.

¹⁹⁸ Beträffande boliviansk rätt se ovan s. 39 och beträffande svensk rätt se ovan s. 41.

justice om handläggningstiderna medför att parten i praktiken inte har möjlighet att göra sitt rättsliga anspråk gällande, vilket bl.a. kan bero på ekonomiska faktorer.

Den andra frågeställningen i uppsatsen ska därför besvaras på följande sätt. Civilprocessen har utvecklats mot förbättrad access to justice genom att motverka processkostnader av olika slag. I Bolivia är förhoppningen att övergången till muntlig civilprocess ska leda till minskade processkostnader genom att processen kan genomföras på ett enklare och snabbare sätt. Både i Bolivia och i Sverige tillämpas ”vinnaren tar allt”-metoden angående fördelning av rättegångskostnaderna. Detta kan vara positivt ur access to justice-hänseende eftersom regleringen fyller funktionen att dels uppmuntra till process i de fall där part har ett berättigat anspråk och dels att part ska avhållas från att väcka en obefogad talan. Regleringen kan dock verka avhållande i de fall där utgången är osäker. I både Bolivia och Sverige finns särskild lagstiftning avseende mål om små värden. Mål om små värden aktualiserar särskilt tydligt problematiken med höga processkostnader, varför det är positivt ur access to justice-hänseende att det i Bolivia och Sverige finns särskilda bestämmelser om småmål i syfte att garantera access to justice även avseende dessa mål. Vad gäller tidskravet att rättegång ska genomföras inom ”skälig tid” föreligger således en skyldighet såväl för Bolivia som för Sverige att motverka långa handläggningstider. Denna skyldighet kan därmed leda till att länderna vidtar åtgärder för att motverka det hinder mot access to justice som långa handläggningstider innebär.

5 Access to justice genom ADR

5.1 Introduktion

I detta kapitel diskuteras huruvida civilprocessens utveckling mot användning av ADR¹⁹⁹ kan anses förbättra access to justice. Inledningsvis kommer en historisk bakgrund till utvecklingen och användandet av ADR att ges. Därefter kommer för- och nackdelar med ADR att diskuteras. Efter det motiveras valet av fördjupning inom skiljeförfarande, förlikning och medling i samband med att huvudsakliga likheter och skillnader mellan dessa förfaranden noteras. Detta för att ge en bakgrund till den följande jämförelsen av regleringarna i boliviansk respektive svensk rätt.

¹⁹⁹ I den internationella debatten brukar ADR preciseras som ”alternatives to and inside judicial procedure”, Lindblom SvJT 2006 s. 106.

Brown & Marriott räknar däremot inte skiljeförfarande till ADR med motiveringen att skiljeförfarande likt domstolsprocess är en dömande verksamhet, något som inte kännetecknar ADR i övrigt.²⁰⁰ I denna uppsats kommer emellertid skiljeförfarande att räknas till ADR mot bakgrund av att skiljeförfarandet utgör ett privat alternativ till civilprocess i domstol. Därtill räknas i boliviansk doktrin skiljeförfarande som ADR.²⁰¹ Det förekommer även i svensk doktrin att skiljeförfarande tillsammans med medling räknas som ADR-metoder som tillämpas i landet.²⁰²

I anslutning till Brown & Marriotts kategorisering att skiljeförfarande inte bör räknas till ADR, gör Lindell den uppdelningen att skiljeförfarande utgör alternativ rättskipning medan ADR generellt kan ses som alternativ till rättskipning. Denna uppdelning är också baserad på att en skiljenämnd utövar en dömande verksamhet.²⁰³

ADR brukar generellt betraktas som privat tvistlösning som parterna kan välja att använda sig av för lösning av kommersiella tvister. Med det sagt blir det av intresse att undersöka ADR-metoder som har anknytning till civilprocess i domstol eftersom sådan ADR kan avvika från de annars kännetecknande dragen hos ADR. I det följande kommer därför förlikning och medling i samband med domstolsprocess att behandlas.

5.2 Historisk bakgrund

ADR kommer ursprungligen från USA och utvecklingen av alternativa tvistlösningsmetoder tog fart från 1970-talet och framåt. De främsta bidragande faktorerna till att möjligheterna till alternativa tvistlösningsmetoder utreddes var utdragna processer och höga processkostnader i allmän domstol. Utvecklingen gick mot ett stort antal ADR-metoder i USA med syfte att parterna skulle kunna välja den metod som var bäst lämpad för den aktuella tvisten.²⁰⁴ En kompletterande förklaring till den ökade användningen av ADR sedan 1970-talet hör samman med ett alltmer komplext samhälle i ständig förändring vilket gör det svårt för lagstiftaren att hantera alla situationer som kan leda till tvister.²⁰⁵

En skiljelinje går mellan obligatorisk och frivillig ADR, där obligatorisk ADR medför att parterna först måste ha försökt lösa tvisten via någon ADR-metod innan

²⁰⁰ Brown & Marriott, ADR – Principles and Practice, s. 12.

²⁰¹ Tarifa Foronda, Conciliación y mediación en el derecho boliviano, s. 17.

²⁰² Lindell, Civilprocessen, s. 685.

²⁰³ Lindell, Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning, s. 15.

²⁰⁴ Lindell, Alternativ tvistlösning, s. 9 f.

²⁰⁵ Lindell, Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning?, s. 70 f.

domstolen kan ta upp fallet till prövning. Denna typ av reglering förekommer i vissa delstater i USA.²⁰⁶

Syftet med ADR, med undantag för skiljeförfarandet, är att förfarandet ska möjliggöra en förlikning mellan parterna.²⁰⁷ Genom förhandlingar som leder fram till en gemensam lösning blir tvisten löst snabbare och billigare än vid en domstolsprocess. Eftersom parterna själva styr slutresultatet kommer inte utgången som en överraskning för någon av parterna. En annan fördel är att parterna inte behöver utsätta sig för den anspänning som ett domstolsförfarande generellt sett innebär. Därtill finns i regel bättre förutsättningar för fortsatta affärsmässiga relationer efter en förlikning.²⁰⁸

FN:s handelsrättskommission, UNCITRAL, antog år 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (härefter modellagen). Syftet med modellagen för skiljeförfarande var att skapa en reglering som skulle likna enhetlig, nationell lagstiftning. Modellagen har lett till en kraftigt utökad nationell användning av skiljeförfaranden som konfliktlösningsmetod i länder där detta förfarande tidigare varit ovanligt.²⁰⁹

5.3 För- och nackdelar med ADR

ADR betraktas som en del av den tredje vågen i den internationella access to justice-debatten. Användningen av ADR ökar världen över och alternativ till ordinär domstolsprocess blir allt vanligare både i och utanför domstolens regi. Exempel på ADR utanför domstolens regi är skiljeförfarande och privat medling, medan exempel på ADR inom domstol är domstolsanknuten medling och förenklade processformer. Det kan diskuteras om detta är en önskvärd utveckling eller ett tecken på att den ordinarie civilprocessen lider av allvarliga brister. Lindblom frågar sig om ökad användning av ADR verkligen leder till förbättrad access to justice eller snarare escape from justice. Det senare skulle vara fallet då ADR inte kan uppfylla de krav och de funktioner som tillskrivs en ordinär domstolsprocess. För att ADR ska medföra ett positivt komplement till domstolsprocess bör parterna ha realistiska möjligheter att vid problem med olika alter-

²⁰⁶ Lindell, Alternativ tvistlösning, s. 11.

²⁰⁷ Lindell, Civilprocessen, s. 674. Skiljeförfarandet intar i detta avseende en särställning eftersom skiljeförfarande inte syftar till förlikning utan snarare medför privat rättskipning.

²⁰⁸ A. a. s. 674.

²⁰⁹ Kvart & Olsson, Tvistlösning genom skiljeförfarande, s. 29. Skiljeförfarandelagen i Bolivia är baserad på modellagen. Det bör emellertid noteras att överensstämmelsen inte är total mellan de båda regelverken. Guevara & Inchauste, El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: Marco legal y jurisprudencial, s. 146. Skiljeförfarandelagen i Sverige är inte direkt baserad på modellagen, men den beaktades vid utformningen av den svenska lagen. Det materiella innehållet uppvisar därför stora likheter med modellagen. Heuman, Skiljemannarätt, s. 44 med anvisningar.

nativa tvistlösningsmetoder kunna vända sig till domstol för att få sitt anspråk prövat i en ordinär domstolsprocess.²¹⁰

Lindell ser det ökade intresset för ADR, i Sverige och i övriga Europa, som tecken på att domstolen inte har lyckats tillhandahålla snabb, billig och effektiv rättskipning.²¹¹ En fördel med ADR är att sådana metoder möjliggör att parterna har en vid bestämmanderätt över förfarandet och att även utomrättsliga faktorer kan inkluderas i problemdefinitionen. Domstolsförfarandet tar däremot endast hänsyn till en liten del av alla faktorer som kan sägas falla under begreppet konflikthantering. En anledning till att domstolsförfarandet endast har möjlighet att beakta vissa faktorer är kraven på förutsebarhet och att lika fall ska behandlas lika.²¹² Vidare måste en domstol enligt lag avgöra varje delfråga i ett komplext mål för sig och kan inte komma fram till en ”paketlösning” med ett helhetsperspektiv på tvisten. Med ADR är det däremot möjligt att genom förhandlingar komma fram till en lösning av givande och tagande som ger ett mer nyanserat resultat än en domstolsprocess. Lindell menar att om det hade varit möjligt för lagstiftaren att stifta lagar med hänsyn till komplicerade flerfrågemål, hade det förmodligen ansetts lämpligt att utfallet blev ett annat än om varje delfråga bedömts separat. Därmed kommer Lindell till slutsatsen att det inte föreligger någon inbyggd motsättning mellan ADR och rättskipning som sker i domstol. Därtill noteras att utfyllande rätt i lagstiftning, som vid dispositiva tvister blir tillämplig när parterna inte kan enas, endast utgör en minimilösning i ett mångfacetterat sammanhang. I ett sådant läge argumenterar Lindell för att en framförhandlad lösning är bättre än en dom genom att den är mer allsidig, bättre överensstämmer med parternas intressen och hanterar de juridiska frågorna på ett relevant sätt med beaktande av även utomrättsliga faktorer. ADR har således kapacitet att angripa och lösa konflikter i situationer där den materiella lagstiftningen inte ger ett tillfredsställande resultat och som därmed inte heller kan lösas på ett tillfredsställande sätt i domstol. Detta innebär att ADR kan fylla en funktion som betydelsefullt komplement till ordinär rättskipning.²¹³

En betydande nackdel med ADR är emellertid att metoderna som regel inte tar hänsyn till svagare parter. Enligt Lindblom är detta relaterat till att ADR ger sämre förutsättningar för en materiellt riktig dom. Beaktande av icke-rättsliga faktorer kan leda till att t.ex. skyddslagstiftning till förmån för en typiskt svagare part i avtalsförhållanden

²¹⁰ Lindblom SvJT 2006 s. 101 ff.

²¹¹ Lindell, Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning, s. 14.

²¹² A. a. s. 52 ff.

²¹³ A. a. s. 58 f.

inte får avsedd effekt. I förlängningen kan det medföra att den materiella rättens normerande verkan avtar eller helt upphör. Det kan ifrågasättas om en svagare part med bindande verkan kan eller bör kunna avstå från sådana här typer av rättigheter, trots att parter som hänför sin tvist till ADR ofta frivilligt avstått från olika rättssäkerhetsgarantier.²¹⁴ Av intresse är därmed de rättssäkerhetsgarantier som gäller i samband med olika ADR-förfaranden och som kommer att framgå i det följande.

Lindblom menar vidare att ADR kan utgöra ett komplement till civilprocessens konfliktlösande funktion, men brister i övriga funktioner såsom handlingsdirigering, rättskapande, prejudikatbildning, kontroll av lagstiftaren och forum för rättspolitisk påverkan. Det kan även påstås att ADR motverkar dessa funktioner hos domstolarna eftersom ökad satsning på ADR sker på den ordinarie processens bekostnad. Utvecklingen har gått mot att domarna i högre utsträckning fokuserar på förlikning eller hänvisar parterna till ADR istället för att arbeta för att förbättra domstolsprocessen.²¹⁵

Det kan därmed konstateras att ADR kan vara ett betydelsefullt alternativ till domstolsprocess, åtminstone vad gäller funktionen av ren konfliktlösning. Detta gäller särskilt när domstolsprocessen lider av allvarliga brister och ADR kan erbjuda faktisk tillgång till konfliktlösning av kommersiella tvister. Däremot är det värt att notera sambandet mellan ADR och domstolsprocessen. En viktig fråga är dynamiken mellan processformerna och hur parternas valmöjligheter i praktiken påverkas av fokus på ADR-metoder på domstolsprocessens bekostnad. En annan fråga är den inblandning som domstolen kan ha i skiljeförfarandet. Som kommer att framgå vid presentationen av boliviansk och svensk rätt kan domstolen kopplas in vid en rad olika faser i skiljeförfarandet. Detta medför att skiljeförfarandets möjlighet att erbjuda effektiv access to justice på flera sätt kan vara villkorad dels av ett fungerande domstolsväsende i stort, dels vad gäller domstolens kapacitet att behandla skiljerättsliga frågor.

5.4 Särskilt om skiljeförfarande, förlikning och medling

Vid en jämförelse mellan skiljeförfarande och medling framträder betydande likheter. Vid båda förfarandena är en tredje person involverad och handläggningen karakteriseras av snabbhet och hemlighet. Ytterligare en likhet är att parterna kan påverka vem som ska utses till tredje man för att delta i förfarandet. En viktig skillnad mellan skiljeförfarande och medling är däremot att en skiljeman dömer medan en medlare inte kan

²¹⁴ Lindblom SvJT 2006 s. 114 ff.

²¹⁵ A. a. s. 116.

påtvinga parterna några beslut utan agerar för att underlätta att parterna träffar en frivillig överenskommelse.²¹⁶

I Bolivia har skiljeförfarande blivit alltmer vanligt i kommersiella sammanhang.²¹⁷ Dessutom har förlikning införts som ett obligatoriskt första steg i civilprocessen.²¹⁸ En annan ADR-metod som används i begränsad men trots allt i någon utsträckning i Bolivia är medling.²¹⁹ Det gör att betydelsen av skiljeförfarande, förlikning och medling ökar i Bolivia, såväl inom som utom domstolsprocessen. Även i Sverige är användningen av skiljeklausuler och därmed även skiljeförfarande utbredd inom näringslivet.²²⁰ I Sverige används medling i begränsad omfattning,²²¹ men omständigheten att domstolarna ska verka för förlikning i dispositiva tvister och kan ta initiativ till särskild medling,²²² gör att debatten om ADR, med och utan samband med domstolsprocessen, är viktig. Detta gäller särskilt ur ett access to justice-perspektiv, eftersom en större variation av tvistlösningsmetoder kan vara positivt i den bemärkelsen att parterna har möjlighet att välja ett förfarande som är bättre anpassat till den aktuella tvisten. Samtidigt kan fokus på ADR också innebära risker ur rättssäkerhetssynpunkt och särskilt för en svagare part. Synpunkterna om för- och nackdelar med ADR är av betydelse att beakta när skiljeförfarande i Bolivia och Sverige presenteras nedan.

Behandlingen av skiljeförfarande kommer särskilt att fokusera på separabilitetsdoktrinen och doktrinen om Kompetenz-Kompetenz, upphävande av skiljedom och verkställighetsprövning. De två första regleringarna aktualiseras i början av ett skiljeförfarande och hör samman med skiljenämndens behörighet att ta upp ett mål till prövning. De två andra regleringarna blir relevanta efter det att skiljeförfarandet har avslutats och skiljedomen har meddelats och handlar om huruvida skiljedomen medför ett definitivt slut på tvisten. Dessa regleringar kommer att behandlas därför att de har relevans för utvärdering av om skiljeförfarandet i Bolivia respektive Sverige kan sägas fylla en funktion som alternativ rättskipning.

²¹⁶ Lindell, Civilprocessen, s. 686 ff.

²¹⁷ Tarifa Foronda, Arbitraje en Bolivia y Recurso de Anulación del Laudo Arbitral, s. 32.

²¹⁸ Rättsväsendelagen artikel 65.

²¹⁹ Tarifa Foronda, Conciliación y mediación en el derecho boliviano, s. 8.

²²⁰ Heuman, Skiljemannarätt, s. 21.

²²¹ Lindell a. a. s. 685.

²²² RB 42 kap. 17 §.

5.5 Skiljeförfarande i Bolivia

5.5.1 Introduktion

Som en generell trend i Latinamerika började handelskammare i regionen att öppna center för skiljeförfarande och medling under 1990-talet. Det främsta syftet var att modernisera de juridiska systemen för att leva upp till rättssäkerhetskraven ställda av utländska investerare. Pionjärelanderna Colombia, Mexiko, Peru och Chile följdes av bland andra Bolivia. Dessa center genomgick under mindre än ett decennium en process av konsolidering och modernisering, vilket ledde till att de betraktades som naturliga tillhandahållare av tjänster för tvistlösning av latinamerikanska företagare.²²³

Från och med införandet av skiljeförfarandelagen (lag 1770)²²⁴ har skiljeförfarandet genomgått en försiktig utveckling i Bolivia och användandet av tvistlösningsmetoden har ökat. Att skiljeförfarande blivit mer vanligt förekommande visas av att skiljeklausuler blir allt vanligare i avtal, framförallt internationella men även nationella. Skiljeförfarandelagen reglerar inte bara skiljeförfarande utan även medling och dessa alternativa tvistlösningsmetoder anses medföra ett antal fördelar vad gäller t.ex. tidsåtgång och kostnader jämfört med traditionell och utdragen domstolsprocess.²²⁵

Föremål för ett skiljeförfarande är sådana konflikter som har inträffat eller kan inträffa på grund av juridiska kontraktuella eller utomkontraktuella relationer mellan parterna, genom att parterna fritt utövar sina rättigheter med den begränsningen att det inte får strida mot *ordre public*.²²⁶ I lagen stadgas ytterligare undantag när skiljeförfarande inte är tillåtet.²²⁷ Undantaget om *ordre public* hör även samman med grunder för upphävande av skiljedomen. *Ordre public* räknas upp som en av två möjliga orsaker till att skiljedomen kan upphävas av domstol.²²⁸ Den andra grunden handlar om att föremålet för skiljeförfarandet inte är skiljemässigt, d.v.s. rör en konflikt som inte får lösas via skiljeförfarande.²²⁹ Det kan framstå som att dessa bestämmelser slutligt avgör frågan om vilka konflikter som kan bli föremål för ett skiljeförfarande, men snarare kan katalogen av undantag skapa osäkerhet utifrån hur punkterna i bestämmelsen är utformade. En bestämmelse som anger de områden som omfattas av skiljeförfarande och

²²³ Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, s. 451.

²²⁴ Lagen heter på spanska *Ley de Arbitraje y Conciliación*.

²²⁵ Fernández Rozas a. a. s. 272.

²²⁶ Skiljeförfarandelagen artikel 3. Begreppet heter på spanska *orden público*.

²²⁷ Skiljeförfarandelagen artikel 6.

²²⁸ Skiljeförfarandelagen artikel 63.I.

²²⁹ Skiljeförfarandelagen artikel 63.I.

därtill en bestämmelse som anger fall som är undantagna från skiljeförfarande kan ses som en onödig dubbelreglering som snarare skapar förvirring än klarhet.²³⁰

Ett avtal om skiljeförfarande har både positiva och negativa effekter. De positiva effekterna av ett skiljeavtal innebär att parterna är skyldiga att hänföra tvisten som omfattas av skiljeavtalet till ett skiljeförfarande. Dessutom är parterna skyldiga att delta vid utnämmandet av skiljenämnden eller acceptera utnämningen gjord av behörigt organ t.ex. ett skiljeförfarandecenter. Vidare har parterna en skyldighet att agera i enlighet med skiljedomen, bortsett från de fall där det föreligger skäl för upphävning av skiljedomen. Den negativa effekten av ett skiljeavtal innebär att parterna har av sagt sig möjligheten att få tvister som omfattas av skiljeavtalet prövade av domstol. Parterna är därmed förhindrade att initiera en domstolsprocess och skiljeavtalet fungerar som ett rättegångshinder.²³¹ Det innebär inte att parterna är förhindrade att begära juridisk intervention, d.v.s. domstolsinblandning i förfarandet, under ett pågående skiljeförfarande eller att begära prövning i de fall där skäl för upphävande av skiljedomen föreligger.²³²

Rättegångshindret medför att parterna inte kan inleda en domstolsprocess med anledning av det rättsförhållande som omfattas av deras skiljeavtal. Detta innebär att skiljeförfarandelagen ger uttryck för respekt för den gemensamma partsviljan såsom den kommit till uttryck i skiljeavtalet. Domare ska inte ta upp ett mål till prövning om en av parterna invänder att rättegångshinder föreligger.²³³ Trots detta har domaren möjlighet att förklara ett skiljeavtal ogiltigt eller att verkställighet av skiljeavtalet inte är möjligt och därigenom avslå invändningen om att skiljeavtalet ska medföra rättegångshinder.²³⁴ I litteraturen har det uttryckts att en fullständig respekt för partsviljan borde innebära att endast skiljenämnden har behörighet att pröva skiljeavtalets eventuella ogiltighet och möjlighet till verkställighet.²³⁵

En av fördelarna med skiljeförfarandelagen är att den framhäver parternas frihet att hänföra tvisten till den tvistlösningsmetod och det förfarandesätt som är snabbast, med den begränsning som den juridiska interventionen medför.²³⁶ Därtill föreligger

²³⁰ Chuquimia Zeballos, *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación presente y tendencias de futuro*, s. 156 f.

²³¹ Skiljeförfarandelagen artikel 12.I.

²³² Guevara & Inchauste, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: Marco legal y jurisprudencial*, s. 153 f.

²³³ Skiljeförfarandelagen artikel 12.II.

²³⁴ Skiljeförfarandelagen artikel 12.III.

²³⁵ Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, s. 273. Denna ståndpunkt ligger även i linje med doktrinen om Kompetenz-Kompetenz, se nedan s. 53.

²³⁶ A. a. s. 273.

minimibestämmelser vilka begränsar parternas möjligheter att bestämma över förfarandet.²³⁷ Dessa bestämmelser är motiverade utifrån rättssäkerhetshänsyn och kan sägas utgöra grundläggande krav för ett rättvist förfarande.

5.5.2 Separabilitetsdoktrinen

Separabilitetsdoktrinen innebär att skiljeavtalet är ett avtal skiljt från det huvudsakliga avtalet mellan parterna, även om skiljeavtalet utgörs av en klausul i det huvudsakliga avtalet.²³⁸ Separabiliteten kan med andra ord beskrivas på så sätt att i samma juridiska dokument samverkar två oberoende viljeförklaringar. En viljeförklaring som avser det huvudsakliga avtalet och en som avser skiljeförfarandet. Giltigheten av en skiljeklausul påverkas därmed inte av eventuell ogiltighet och upphävande av det huvudsakliga avtalet.²³⁹

I motsats till regleringen om separabilitet i skiljeförfarandelagen,²⁴⁰ har Högsta domstolen i Bolivia i ett rättsfall från år 2003 uttalat att tillämpligheten av klausulerna i det aktuella kontraktet, vari klausulen om skiljeförfarande ingick, är beroende av giltigheten av kontraktet.²⁴¹ Vidare uttalades i samma rättsfall att det inte var visat att skiljeavtalet medförde rättegångshinder och därför förklarade sig domstolen behörig att fortsätta processen trots att kontraktet i fråga innehöll en skiljeklausul. Högsta domstolen fann stöd i bestämmelsen om att en domare har möjlighet att förklara skiljeavtalet ogiltigt eller omöjligt att verkställa. Domstolen refererade även till civilkoden²⁴² om att det endast är inom en domstolsprocess som ogiltighet av kontrakt kan prövas.²⁴³ Domstolen bortsåg därmed från bestämmelsen i skiljeförfarandelagen som stadgar att varje skiljeavtal som utgör del av huvudavtalet betraktas som ett fristående avtal i förhållande till resten av bestämmelserna i huvudavtalet.²⁴⁴

Högsta domstolen har senare bekräftat sin praxis genom ett rättsfall från år 2005 där domstolen slog fast, mot bakgrund av rättsfallet från år 2003, att när det rör sig om ogiltighet av kontrakt är civilkoden tillämplig vilket leder till att domstolen har behörig-

²³⁷ Chuquimia Zeballos, *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación presente y tendencias de futuro*, s. 161.

²³⁸ Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, s. 598.

²³⁹ Chuquimia Zeballos a. a. s. 154.

²⁴⁰ Skiljeförfarandelagen artikel 11 och 32.II.

²⁴¹ AS 060/2003, meddelad 29 augusti år 2003.

²⁴² Koden heter på spanska Código Civil.

²⁴³ Civilkoden artikel 546.

²⁴⁴ Skiljeförfarandelagen artikel 11.

het att pröva giltigheten av skiljeavtal.²⁴⁵ Detta fall och fallet från år 2003 medför en underminering av parternas kontraktsfrihet med hänvisning till den bolivianska civilkoden.²⁴⁶ I ett fall från år 2006 underlät den Konstitutionella domstolen att besvara frågan om förhållandet mellan lagarna med anledning av separabilitetsfrågan.²⁴⁷

Rättsfallen från Högsta domstolen har dock inte resulterat i en definitiv och enhetlig praxis, vilket visas av att den Konstitutionella domstolen har meddelat en motstridig dom i separabilitetsfrågan.²⁴⁸ Domen från år 2001 behandlar frågan om två bestämmelser i skiljeförfarandelagen var förenliga med konstitutionen.²⁴⁹ Den Konstitutionella domstolen kom vid sin prövning fram till att bestämmelserna i skiljeförfarandelagen inte var konstitutionsstridiga. Därtill menade domstolen att skiljeförfarandet utgör en alternativ metod som bidrar till den juridiska administrationen. Vidare uppgavs att en skiljenämnd har kompetens att upphäva eller ogiltigförklara de kontrakt som är under deras prövning.²⁵⁰ Detta ställningstagande från Konstitutionella domstolen är, till skillnad från Högsta domstolens ståndpunkt, i linje med grunderna för separabilitetsdoktrinen.

Separabilitetsdoktrinen är positiv ur access to justice-hänseende på det sättet att skiljeförfarandet kan bedrivas effektivt oavsett om huvudavtalet förklaras ogiltigt mot slutet av förfarandet. Utan separabilitetsdoktrinen skulle situationen, för det fall att en skiljeklausul ingår i ett huvudavtal som ogiltigförklaras, bli den att hela förfarandet måste tas om i domstol eftersom skiljenämnden då inte vore behörig att pröva tvisten i fråga. Utvecklingen i Högsta domstolen är bekymrande eftersom en part som vill obstruera skiljeförfarandet kan välja att påkalla en domstolsprövning varvid domstolen kan komma att bortse från skiljeavtalet. Separabilitetsdoktrinen tillämpas således inte fullt ut i praktiken i Bolivia. Involveringen från domstolens sida skapar även ett osäkerhetsmoment vad gäller skiljeavtalets tillförlitlighet och skiljeförfarandets effektivitet, vilket medför hinder mot effektiv access to justice.

²⁴⁵ AS 27/2005, meddelad 11 februari år 2005. För innehåll av civilkoden artikel 546 se stycket ovan.

²⁴⁶ Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, s. 611.

²⁴⁷ SC 0391/2006-R, meddelad 24 april år 2006.

²⁴⁸ Guevara & Inchauste, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: Marco legal y jurisprudencial*, s. 154.

²⁴⁹ Skiljeförfarandelagen artikel 12 och 32.

²⁵⁰ SC 017/2001, meddelad 19 mars år 2001.

5.5.3 Kompetenz-Kompetenz

Begreppet Kompetenz-Kompetenz innebär att skiljemännen har behörighet att avgöra sin egen kompetens och att pröva om undantag föreligger gällande existensen, giltigheten och effekten av skiljeavtalet.²⁵¹ Fallet från den Konstitutionella domstolen som redogjorts för ovan,²⁵² behandlade bl.a. denna reglerings överensstämmelse med konstitutionen. Ett argument för att skiljemännens behörighet var konstitutionsstridig var att ogiltighet av kontrakt är ett område som inte omfattas av skiljemässighet utan kräver ett domstolsavgörande. Detta och andra argument avvisades av den Konstitutionella domstolen genom att denna angav att skiljenämnden har fullständig kompetens att upphäva eller förklara ett kontrakt ogiltigt som är föremål för prövning inom ramen för ett skiljeförfarande och som de har kompetens att pröva. Detta gäller även skiljenämndens egen kompetens.²⁵³

Denna tydliga praxis från den Konstitutionella domstolen står i motsats till avgörandet från Högsta domstolen från år 2003.²⁵⁴ I domen från Högsta domstolen anges att när det gäller en fråga om ogiltighet av kontrakt är civilkoden²⁵⁵ exklusivt tillämplig, oavsett existensen av en skiljeklausul, vilket medför att ogiltighet av ett kontrakt endast kan bestämmas genom ett domstolsavgörande.²⁵⁶

Det anges i doktrin att rättsfallet från Högsta domstolen inte erkänner specialitetsprincipen med innebörden att specifika lagar har företräde framför generella lagar.²⁵⁷ Dessutom bortser domstolen från skyldigheten att underlåta att pröva ett fall när det föreligger ett skiljeavtal och ena parten har åberopat skiljeavtalet.²⁵⁸ Fallet är därtill ett klart avsteg från den Konstitutionella domstolens praxis. Den praxis som utvecklats i Högsta domstolen medför ett allvarligt hinder mot tillämpningen av principen om Kompetenz-Kompetenz i Bolivia.²⁵⁹

Samma synpunkter om betydelsen för access to justice kan göras gällande angående Kompetenz-Kompetenz som för separabilitetsdoktrinen i landet, se ovan.²⁶⁰

²⁵¹ Skiljeförfarandelagen artikel 32.I.

²⁵² SC 017/2001, meddelad 19 mars år 2001.

²⁵³ A. rättsfall.

²⁵⁴ AS 060/2003, meddelad 29 augusti år 2003.

²⁵⁵ Civilkoden artikel 546.

²⁵⁶ AS 060/2003, meddelad 29 augusti år 2003.

²⁵⁷ Guevara & Inchauste, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: Marco legal y jurisprudencial*, s. 157.

²⁵⁸ Det framgår av skiljeförfarandelagen artikel 12.II att skiljeavtalet utgör ett rättegångshinder när en av parterna åberopar skiljeavtalet inför domstol.

²⁵⁹ Guevara & Inchauste a. a. s. 157.

²⁶⁰ Se ovan s. 52.

5.5.4 Upphävande av skiljedomen

I Bolivia är det enda sättet att bestrida en skiljedom att väcka talan om upphävande på grunder angivna i skiljeförfarandelagen.²⁶¹ Det finns två grunder som medför att domstolen ska upphäva skiljedomen: att föremålet för skiljedomen inte är skiljemässigt respektive att skiljedomen är i strid med ordre public.²⁶² Grund för upphävande p.g.a. ordre public,²⁶³ har resulterat i en omfattande debatt i Bolivia. Bristen på utvecklad doktrin och rättspraxis på området har lett till att förlorande part i skiljeförfaranden regelmässigt försöker få skiljedomen upphävd genom att hävda överträdelse av ordre public. Vad som utgör ordre public är således oklart och har lett till en utveckling där skiljedomar i ett betydande antal fall upphävs såsom stridande mot ordre public.²⁶⁴

Skiljedomen kan även upphävas p.g.a. omständigheter som det är upp till part att bevisa.²⁶⁵ En av omständigheterna som leder till upphävande, om part visar att den föreligger, är att skiljedomen avkunnats senare än tidsgränsen om 180 dagar.²⁶⁶ Denna grund för upphävande är problematisk och leder till osäkerhet inte bara vid nationella skiljeförfaranden utan även vid internationella skiljeförfaranden med säte i Bolivia.²⁶⁷

I anslutning till grunderna för upphävande av skiljedomen framgår en preklusionsregel som begränsar möjligheten att bestrida skiljedomen.²⁶⁸ Bestämmelsen innebär att den part som under skiljeförfarandet har underlåtit att protestera mot förekomsten av omständighet som utgör grund för upphävande, är förhindrad att göra samma omständighet gällande inom en överprövningsprocess.

Vid juridisk intervention i samband med skiljeförfarandet i Bolivia, vilket aktualiseras främst vid processer om upphävande av skiljedomen men även vid processer om verkställighet av skiljedomen, föreligger brister vilket visas av ett flertal fall hos den Konstitutionella domstolen. Bristerna består framförallt i att domaren har överträtt sin behörighet. I ett rättsfall från den Konstitutionella domstolen hade domaren vid en överprövningsprocess bekräftat vissa delar av skiljedomen, men ändrat den i

²⁶¹ Skiljeförfarandelagen artikel 62.

²⁶² Skiljeförfarandelagen artikel 63.

²⁶³ Skiljeförfarandelagen artikel 63.I.2.

²⁶⁴ Guevara & Inchauste, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: Marco legal y jurisprudencial*, s. 163 f.

²⁶⁵ Dessa orsaker finns angivna i skiljeförfarandelagen artikel 63.II.

²⁶⁶ Den maximala tiden för ett skiljeförfarande, från det att skiljenämnden har utsetts till dess att de meddelat skiljedomen, är 180 dagar enligt skiljeförfarandelagen artikel 55. Denna frist kan, inom den ursprungliga fristen, förlängas med maximalt 60 dagar. Emellertid kan alla tidsgränser i skiljeförfarandelagen bli förlängda genom en överenskommelse mellan parterna, skiljeförfarandelagen artikel 41.

²⁶⁷ Guevara & Inchauste a. a. s. 164.

²⁶⁸ Skiljeförfarandelagen artikel 63.III.

andra delar som rörde skadeersättning.²⁶⁹ Konstitutionella domstolen konstaterade att domarens beteende var olagligt och att domaren genom att gå utöver sin behörighet kränker rättssäkerheten för den drabbade parten. Domstolen underströk att en skiljedom endast kan bestridas med en talan om upphävande av skiljedomen,²⁷⁰ som baseras på någon i lag angiven omständighet.²⁷¹ Domaren kan därför endast upphäva skiljedomen eller förklara att skäl för upphävande inte föreligger, men har inte i något fall behörighet att modifiera skiljedomen.²⁷²

I ytterligare ett rättsfall från samma domstol,²⁷³ hade domaren inte bara ogiltigförklarat skiljedomen utan även ersatt den med en dom som löste konflikten i grunden. Den Konstitutionella domstolen hänvisade till tidigare praxis, däribland det närmst ovan refererade rättsfallet, för att framhäva att grunderna för skiljeförfarandet är en valfri, alternativ form för konfliktlösning och att den rättsliga inblandningen endast sträcker sig till juridisk intervention. Det är alltså inte tillåtet att avgöra konflikten i grunden, utan det istället är upp till skiljenämnden att avkunna en ny skiljedom som inte är behäftad med någon grund för upphävande. Mot denna bakgrund förklarade den Konstitutionella domstolen den överklagade domen ogiltig eftersom domaren ersatt skiljedomen med en dom som löste konflikten i grunden.²⁷⁴

Praxis från den Konstitutionella domstolen bekräftar att en skiljedom inte kan överprövas materiellt. Däremot visar förekomsten av ett flertal fall hos den Konstitutionella domstolen att domare i praktiken återkommande överträder sin behörighet inom ramen för överprövning av skiljedomar. Detta medför en osäkerhet för de kommersiella parter som överväger att välja eller har valt skiljeförfarande som tvistlösningsmetod. Risken finns att part som är missnöjd med skiljedomen väcker talan mot denna i förhoppning att domstolen meddelar en dom med ett annat materiellt innehåll än skiljedomen. Effektiv access to justice motverkas genom att syftet med skiljeförfarandet, ett snabbt och definitivt avslut på tvisten, förfelas vid en materiell överprövning av skiljedomen.

²⁶⁹ SC 0646/2003-R, meddelad 13 maj år 2003.

²⁷⁰ Skiljeförfarandelagen artikel 62.

²⁷¹ Skiljeförfarandelagen artikel 63.

²⁷² SC 0646/2003-R, meddelad 13 maj år 2003.

²⁷³ SC 0093/2006, meddelad 28 november år 2006.

²⁷⁴ A. rättsfall.

5.5.5 Verkställighet

När skiljenämnden avkunnat skiljedomen och därefter avkunnat att denna kan verkställas,²⁷⁵ är parterna skyldiga att prestera i enlighet med skiljedomen. I vissa fall kan det bli nödvändigt att involvera domstol för verkställighet då en part vägrar att prestera enligt skiljedomen.²⁷⁶

Bestämmelsen som reglerar ansökan om erkännande och verkställighet kan sägas ha två aspekter.²⁷⁷ Den första aspekten handlar om ett erkännande av skiljedomen, vilket kan ske under förutsättning att skiljedomen inte avser ett område som inte är skiljemässigt och inte heller är i strid med *ordre public*. Den andra aspekten handlar om ansökan av verkställande av skiljedomen, vilket förutsätter att ena parten inte har presterat i enlighet med skiljedomen.²⁷⁸

Part som motsätter sig verkställighet kan göra gällande två alternativa invändningar.²⁷⁹ Antingen invänder parten att skiljedomen redan har verkställts och presenterar dokumentation för detta, eller att det pågår en överprövningsprocess avseende skiljedomen.

Som huvudregel gäller att domaren inom ramen för en verkställighetsprocess inte får överpröva skiljedomen materiellt.²⁸⁰ Domaren får endast vägra verkställighet om skiljedomen avser ett område som inte är skiljemässigt eller är i strid med *ordre public*.²⁸¹ I boliviansk doktrin anges att denna bestämmelse medför en risk för att en domare som sympatiserar med den förlorande parten skulle kunna argumentera för att en omständighet för att vägra verkställighet föreligger. Med beaktande av att verkställighetsprocessen inte får resultera i ett kringgående av reglerna om upphävande av skiljedomen, uttrycks det i boliviansk doktrin att det är av stor vikt att domaren gör en restriktiv prövning i verkställighetsförfarandet.²⁸²

En åsikt som har uttryckts i boliviansk doktrin är att domare bör gå längre än att enbart ta ställning till de lagliga kraven vid en verkställighetsprocess. Det uttrycks att en

²⁷⁵ I Bolivia har traditionen utvecklats att part begär att skiljenämnden avkunnar ett beslut som deklarerar att skiljedomen kan verkställas, när tiden för bestridande av skiljedomen har gått ut eller när en talan om upphävande av skiljedomen har ogillats. Guevara & Inchauste, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: Marco legal y jurisprudencial*, s. 159.

²⁷⁶ Chuquimia Zeballos, *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación presente y tendencias de futuro*, s. 170 f.

²⁷⁷ Skiljeförfarandelagen artikel 69.

²⁷⁸ Chuquimia Zeballos a. a. s. 171.

²⁷⁹ Skiljeförfarandelagen artikel 70.II.

²⁸⁰ Rodríguez Mendoza, *Procedimiento Arbitral*, s. 200.

²⁸¹ Skiljeförfarandelagen artikel 70.IV.

²⁸² Tarifa Foronda, *Arbitraje en Bolivia y recurso de anulación del laudo arbitral*, s. 73 f.

domare bör kunna opponera sig mot verkställighet om det presenteras undantag från verkställighet som domaren utifrån logiskt tänkande bör ta i beaktning. För att undvika att undantag presenteras endast för att fördröja verkställighet ska krävas att undantaget styrks av dokumentation för att rättfärdiga ett avsteg från verkställighet.²⁸³

Den här synen på domarens roll vid verkställighetsprocessen leder till att verkställighetsprövningen i praktiken blir mer omfattande än vad som är föreskrivet i lag. Det resulterar i sin tur i att verkställighet kan vägras på fler grunder än vad som är avsett och att hanteringen av verkställighetsprocesser fördröjs. Detta medför ett hinder mot access to justice eftersom det minskar förutsebarheten av en skiljedom och även försämrar förutsättningarna för att en skiljedom medför ett definitivt slut på konflikten. Vetskap om att verkställighet genom ett domstolsförfarande är tidskrävande och medför oförutsebar utgång kan ge förlorande part större incitament att inte prestera i enlighet med skiljedomen. Detta resulterar i att processkostnader, såväl ekonomiska som tidsmässiga, kan vara mycket högre i praktiken än vad som framgår av lagstiftning och av doktrin författad av förespråkare för skiljeförfarande i Bolivia.

5.6 Skiljeförfarande i Sverige

5.6.1 Introduktion

Skiljeförfarande i Sverige regleras av lag (1999:116) om skiljeförfarande (härefter skiljeförfarandelagen). Regleringen om skiljeförfarande bygger på den allmänna civilrättsliga grundsatsen att det råder avtalsfrihet mellan enskilda. Eftersom partsviljan normalt sett respekteras gäller det även avtal om att tvister mellan parterna ska tas upp till prövning av skiljemän istället för att hänföras till allmän domstol.²⁸⁴ Skiljeförfarandet medför därmed en typ av privat rättskipning.²⁸⁵

Ett skiljeavtal tillskrivs tre huvudsakliga effekter utifrån den svenska lagstiftningen. Den första effekten är rättegångshinder, eftersom ett skiljeavtal förhindrar allmän domstol från att ta upp tvisten till prövning. Den andra effekten rör möjlighet att genomdriva fullgörelse av skiljeavtalet och även att motverka förhalning från en av parterna under förfarandet. Den tredje effekten handlar om den rättsverkan som tillskrivs en skiljedom.²⁸⁶ I enlighet med detta är utmärkande drag för skiljeförfarandet enligt förarbetena:

²⁸³ Arce Zaconeta, *El Nuevo Proceso Civil*, s. 20.

²⁸⁴ Kvarn & Olsson, *Tvistlösning genom skiljeförfarande*, s. 20 f.

²⁸⁵ Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 17. Ekelöf, *Edelstam, Rättegång I*, s. 32 f.

²⁸⁶ Kvarn & Olsson, *Tvistlösning genom skiljeförfarande*, s. 20 f.

respekt för partsautonomin, målsättning att minska obstruktion och förhållning samt att skiljedomen så långt möjligt ska medföra ett definitivt avslut på tvisten.²⁸⁷

I princip gäller att parterna har rätt att bestämma över sitt rättsförhållande och förfarandet enligt skiljeförfarandelagen. Begränsningar av den rätten rör främst skydd för svagare part, t.ex. gällande skiljeavtal mellan en näringsidkare och en konsument ”får skiljeavtalet inte göras gällande om det träffats innan tvisten uppstod”.²⁸⁸ Ett skiljeavtal kan även komma att förklaras ogiltigt med stöd av avtalslagen²⁸⁹ 36 § vid kommersiella avtal mellan en småföretagare och ett stort bolag.²⁹⁰ Enligt praxis kan en skiljeklausul vara oskälig om en ekonomisk underlägsen part inte kan bära kostnaderna för skiljeförfarande och därmed i praktiken inte kan få sina rättsliga anspråk prövade.²⁹¹ Därtill innehåller skiljeförfarandelagen grundläggande rättssäkerhetskrav som motiveras med skiljedomens ställning som exekutionstitel.²⁹² Om staten ska garantera verkställighet av skiljedomen krävs att skiljeförfarandet uppfyller en viss rättssäkerhetsstandard.²⁹³

Mot bakgrund av att skiljeförfaranden rör dispositiva tvistemål,²⁹⁴ har parterna rätt att med bindande verkan ingå avtal som medför att rättssäkerheten minskar i förfarandet. När processen ska uppfylla färre rättssäkerhetskrav kan förfarandet genomföras på kortare tid än annars. Partsavtalen är giltiga även om de medför att handläggningen blir dyrare, eftersom det är parterna själva som arvoderar skiljemännen och inte staten i förhållande till domarna som är fallet vid domstolsprocess.²⁹⁵

Det är i princip uteslutande näringsidkare som väljer att hänföra sina tvister till skiljeförfarande. Användningen av skiljeklausuler är särskilt utbredd i standardavtal, t.ex. gällande entreprenader, men används ofta även vid enskilda avtal såsom vid aktie- och företagsöverlåtelser.²⁹⁶

Skiljeavtalet anses ge uttryck för att parterna har av sagt sig rätten till domstolsprövning som framgår av EKMR artikel 6. Det vore däremot i strid med EKMR artikel 6 om lagstiftaren införde regler som hänvisade vissa tvister till skiljeförfarande istället för till domstol. Regler om legalt, obligatoriskt skiljeförfarande har en från det vanliga

²⁸⁷ Prop. 1998/99:35 s. 43.

²⁸⁸ Skiljeförfarandelagen 6 §.

²⁸⁹ Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

²⁹⁰ Heuman, Specialprocess, s. 33.

²⁹¹ NJA 1979 s. 666.

²⁹² Utsökningsbalken (1981:774, härefter UB) 3 kap. 1 § 1 st. 4 p.

²⁹³ Kvarn & Olsson, Tvistlösning genom skiljeförfarande, s. 21.

²⁹⁴ Skiljeförfarandelagen 1 §, skiljeförfarande kan endast röra tvister där parterna kan förlikas.

²⁹⁵ Heuman, Skiljemannarätt, s. 266 ff.

²⁹⁶ A. a. s. 21.

skiljeförfarandet avvikande utformning för att inte strida mot EKMR artikel 6.²⁹⁷ Legalt skiljeförfarande ska inte behandlas vidare.

5.6.2 Separabilitetsdoktrinen

Separabilitetsdoktrinen aktualiseras när avtalet om att tvister ska hänföras till skiljeförfarande (härefter skiljeavtal) utgörs av en klausul i ett civilrättsligt avtal. Innebörden är att det civilrättsliga, huvudsakliga avtalet (härefter huvudavtal) och skiljeklausulen som är en del av detta, betraktas som två separata avtal.²⁹⁸ Separabilitetsdoktrinen i svensk rätt framgår av skiljeförfarandelagen och uttrycks på följande sätt "[n]är giltigheten av ett skiljeavtal som utgör del av ett annat avtal skall bedömas vid prövningen av skiljemännens behörighet, skall skiljeavtalet anses som ett särskilt avtal".²⁹⁹ I svensk rätt gäller därmed att huvudavtalets ogiltighet inte medför att skiljeavtalet är ogiltigt. Separabiliteten resulterar i att skiljenämnden är behörig att pröva tvister rörande såväl ursprunglig ogiltighet som efterföljande ogiltighet. Ursprunglig ogiltighet innebär att huvudavtalet redan från början var ogiltigt, t.ex. p.g.a. svek, medan efterföljande ogiltighet uppstår i ett senare skede, t.ex. då en part har hävt avtalet.³⁰⁰

Separabilitetsdoktrinen fyller en viktig funktion för skiljeförfarandets effektiva genomförande. Om den inte gällde skulle en part enkelt kunna förhindra eller förhåla förfarandet genom att påstå att huvudavtalet är ogiltigt. Ett annat resultat av doktrinen är relaterat till de fall då en skiljedom överprövas i domstol. Utan separabilitetsdoktrinen skulle domstolen vid ett ogiltigt huvudavtal med följd av ogiltighet även hos skiljeavtalet, kunna genomföra en materiell överprövning av frågorna i tvisten. Principen att materiell överprövning i domstol av en skiljedom inte är tillåtet skulle därmed kunna förbigås om inte huvudavtalet och skiljeavtalet betraktades som två separata avtal.³⁰¹

5.6.3 Kompetenz-Kompetenz

I situationer där part gör gällande att huvudavtalet är ogiltigt eller inte tillämpligt på tvisten aktualiseras förutom ovan behandlade separabilitetsdoktrinen, även doktrinen som kallas Kompetenz-Kompetenz.³⁰² Denna innebär att skiljemännen har behörighet att pröva sin egen behörighet. Syftet med att lagreglera att Kompetenz-Kompetenz

²⁹⁷ Heuman, Specialprocess, s. 25.

²⁹⁸ Heuman, Skiljemannarätt, s. 62.

²⁹⁹ Skiljeförfarandelagen 3 §.

³⁰⁰ Heuman, Skiljemannarätt, s. 62 ff. Heuman för vidare en diskussion om problematik med separabilitetsdoktrinen vid ursprunglig ogiltighet vilken dock inte ska behandlas här.

³⁰¹ A. a. s. 63 ff.

³⁰² Skiljeförfarandelagen 2 §.

gäller i svensk rätt är att förtydliga att skiljenämndens behörighet gäller även om en invändning görs mot själva avtalet. Detta trots att skiljemännens behörighet härleds från avtalet mellan parterna. På det sättet har Kompetenz-Kompetenz ett nära samband med separabilitetsdoktrinen.³⁰³

Detta innebär dock inte att skiljemännens beslut i kompetensfrågan är direkt bindande. På begäran av part kan även domstol ta upp frågan till prövning. En prövning av en skiljedom som innehåller ett avgörande om behörigheten regleras på samma sätt som en klandertalan generellt.³⁰⁴ Dessa bestämmelser medför att skiljenämndens beslut i behörighetsfrågan inte vinner rättskraft. Därmed kan skiljedomen klandras på grunden att det inte förelegat ett giltigt skiljeavtal, trots att parten som väcker klandertalan inte fört talan mot beslutet avseende skiljemännens behörighet. Preklusionsregeln i skiljeförfarandelagen³⁰⁵ kan emellertid frånta part möjligheten att väcka klandertalan på den grunden, förutsatt att part deltagit i förfarandet utan att invända mot bristande behörighet. För att undvika att preklusionsregeln inträder krävs att part uttryckligen invänder mot fortsatt handläggning, vilket bör protokollföras för att kunna bevisas i ett senare skede.³⁰⁶

När skiljenämnden prövar sin behörighet ska den inte pröva existensen av de omständigheter som käranden i skiljeförfarandet hävdar omfattas av rättsförhållandet som skiljeavtalet avser.³⁰⁷ Att skiljenämnden ska ta dessa omständigheter som käranden gör gällande för givna är ett utlopp av påståendedoktrinen. Uppenbart ogrundade rättsfakta kan skiljenämnden inte ta i beaktning, men i övrigt ska kärandens påståenden ligga till grund för behörighetsprövningen.³⁰⁸ Motivet bakom den här ordningen är ändamåls- och processekonomiska fördelar. Påståendedoktrinen fyller den funktionen att omständigheter som har betydelse för såväl behörighetsprövningen som för själva saken inte prövas två gånger.³⁰⁹

5.6.4 Upphävande av skiljedomen

Utifrån syftet med skiljeförfarande att på kort tid, genom ett kostnadseffektivt och hemligt förfarande komma fram till en definitiv lösning på tvisten, gäller att en skilje-

³⁰³ Lindell, *Civilprocessen*, s. 620 f.

³⁰⁴ Skiljeförfarandelagen 34 och 36 §§.

³⁰⁵ Skiljeförfarandelagen 34 § 2 st.

³⁰⁶ Lindell a. a. s. 621.

³⁰⁷ NJA 2008 s. 406 och NJA 2012 s. 183.

³⁰⁸ Lindell a. a. s. 621.

³⁰⁹ Heuman JT 2009-10 s. 341 f.

dom inte kan överprövas materiellt.³¹⁰ Skiljeförfarandet klassificeras därmed som ett eninstansförfarande, vilket ger förutsättningar för en snabb lösning av konflikten.³¹¹ Däremot finns i svensk rätt två olika möjligheter att bestrida en meddelad skiljedom på processuell grund. Antingen är skiljedomen ogiltig utifrån tre specifika grunder,³¹² eller så kan skiljedomen upphävas efter klandertalan från part.³¹³ Ogiltighetsgrunderna rör fel som från samhällets sida betraktas som så allvarliga att en skiljedom inte bör få gälla, med de rättsverkningar som garanteras av samhället. Klandergrunderna rör däremot fel som är relaterade till partens intresse.³¹⁴

Den första av de tre ogiltighetsgrunderna är om tvisten innefattar prövning av en fråga som inte får avgöras av skiljemän.³¹⁵ Skiljemässighet har sin grund i avtalsfrihet för parterna att träffa ett skiljeavtal som ligger till grund för skiljeförfarandet. Skiljeavtal rör vidare sådant som parterna kan träffa förlikning om. Förlikning kan ske när parterna har förfoganderätt över tvisteföremålet s.k. dispositiv tvist. Skiljemässighet föreligger således när tvisten är dispositiv. I förarbetena anges att det var lämpligare att avgränsa skiljemässigheten utifrån om tvisten är dispositiv respektive indispositiv, istället för att basera avgränsningen på ordre public. Motiveringen var att det svenska ordre public-begreppet saknar ett bestämt innehåll.³¹⁶

Den andra ogiltighetsgrunden behandlar frågan om skiljedomen, eller det sätt på vilket skiljedomen tillkommit, är uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige.³¹⁷ Denna regel ger uttryck för att en skiljedom som strider mot ordre public är ogiltig. I Sverige tillämpas denna ordre public-bestämmelse endast i mycket sällsynta fall, t.ex. om skiljedomen innehåller en förpliktelse för part att aktivt bryta mot lagen.³¹⁸

Den tredje och sista ogiltighetsgrunden är tillämplig om skiljedomen inte uppfyller kraven på skriftlighet och är undertecknad av alla skiljemännen.³¹⁹ För att undvika att skiljedomen är ogiltig p.g.a. en obstruerande part och dennes utsedde skiljeman,³²⁰ medges att skiljedomen skrivs under av flertalet skiljemän om skiljedomen innehåller en

³¹⁰ Heuman, Skiljemannarätt, s. 584.

³¹¹ Heuman, Specialprocess, s. 25.

³¹² Skiljeförfarandelagen 33 §.

³¹³ Skiljeförfarandelagen 34 §. Enligt SOU 1994:81 s. 170 och prop. 1998/99:35 s. 139 är detta något som avviker från modellagen och många utländska, nationella lagar.

³¹⁴ Lindell, Civilprocessen, s. 643.

³¹⁵ Skiljeförfarandelagen 33 § 1 st. 1 p.

³¹⁶ SOU 1994:81 s. 77 f. och prop. 1998/99:35 s. 49 f.

³¹⁷ Skiljeförfarandelagen 33 § 1 st. 2 p.

³¹⁸ Heuman, Specialprocess, s. 54.

³¹⁹ Skiljeförfarandelagen 33 § 1 st. 3 p.

³²⁰ Heuman, Specialprocess, s. 53 f.

förklaring till varför inte samtliga undertecknat denna.³²¹ Parterna kan även avtala om att det är tillräckligt att skiljenämndens ordförande undertecknar skiljedomen.³²²

Att skiljedomen inte kan överprövas materiellt innebär att skiljemännen kan ha gjort en felaktig tolkning av lagregler, missuppfattningar om gällande rätt enligt praxis, felaktig avtalstolkning, oriktig bevisvärdering o.s.v. utan att skiljedomen kan ändras i en högre instans. Detta förhållande är värt att beakta för parter som överväger att hänföra sina tvister till skiljeförfarande. Fördelen att skiljeförfarandet betraktas som snabbare än en domstolsprocess ska vägas mot den minskade rättssäkerheten som gäller vid skiljeförfarande.³²³

Både ogiltighets- och klandertalan innebär kassationstalan. Det betyder att domstolen vid en prövning av skiljedomen endast kan upphäva denna helt eller delvis, men inte ersätta den med en ny dom. För att lösa tvisten får part påkalla ett nytt skiljeförfarande sedan den förra skiljedomen upphävts.³²⁴ Huvudregeln är att skiljeavtalet fortfarande är giltigt efter att skiljedomen ogiltigförklarats eller upphävts och nytt skiljeförfarande för att lösa tvisten i grunden kan därmed inledas. Detta gäller dock inte t.ex. när anledningen till upphävande av skiljedomen är avsaknad av ett giltigt och tillämpligt skiljeavtal.³²⁵

Parts förhållningssätt under handläggningen kan påverka rätten att klandra skiljedomen i ett senare skede. Svensk rätt innehåller en preklusionsregel med innebörden att sådana omständigheter som part under handläggningen inte protesterat emot inte senare kan anföras för att klandra skiljedomen.³²⁶ Det rör sig alltså om ett passivt godkännande som har till syfte att begränsa klanderomöjligheterna och därigenom bidra till att skiljedomens meddelande innebär ett definitivt slut på tvisten. Däremot gör sig rättssäkerhetsskäl gällande på så sätt att regeln inte bör tillämpas på ett sätt som framstår som oförutsebart för den enskilda parten. Av rättssäkerhetsskäl är det också viktigt att bestämmelsen tillämpas på samma sätt under förfarandet som i en klanderprocess.³²⁷

Ogiltighet får göras gällande utan begränsning i tiden³²⁸ och preklusionsregeln gäller inte heller i förhållande till ogiltighetstalan.³²⁹ Preklusionsregeln gäller däremot

³²¹ Skiljeförfarandelagen 31 §.

³²² Skiljeförfarandelagen 31 §.

³²³ Heuman, Specialprocess, s. 53.

³²⁴ A. a. s. 53.

³²⁵ SOU 1994:81 s. 109 f.

³²⁶ Skiljeförfarandelagen 34 § 2 st.

³²⁷ Heuman, Skiljemannarätt, s. 287 f.

³²⁸ Skiljeförfarandelagen 33 §.

³²⁹ Heuman, Skiljemannarätt, s. 585.

klandertalan och talan ska dessutom väckas inom tre månader från det att parten fick del av skiljedomen.³³⁰

Utgången av en prövning av skiljedomen bör vara förutsebar genom att ogiltighets- och klandergrunderna tydligt framgår av lagtexten.³³¹ När grunderna för upphävande av skiljedomen är klart angivna kan en missnöjd part lättare avgöra om det är värt att väcka talan mot skiljedomen eller inte. En positiv aspekt av den svenska lagstiftningen är att klandergrunderna som anges i lag är uttömmande. Däremot kan tolkningsproblem uppstå vad gäller innebörden av klandergrunderna, vilket motverkar förutsebarheten. I praktiken väcker dock en förlorande part ofta talan mot skiljedomen även om möjligheterna att vinna klanderprocessen är små. Motiven kan vara att förhala verkställigheten eller för att försöka få den andra parten att gå med på en förlikning.³³² I förarbetena till skiljeförfarandelagen noteras att det anses ha blivit vanligare med klandertalan endast för att fördröja verkställighet eller störa det rättsliga förfarandet efter att skiljedomen meddelats.³³³ Svenska domstolar bifaller dock sällan klandertalan.³³⁴ Även om skiljedomen oftast står fast kan det kräva stora resurser av part för att visa att skiljedomen inte är behäftad med något fel som bör leda till upphävande. Vinnande part har rätt att få sina rättegångskostnader ersatta, men detta kan i praktiken vara svårt att uppnå om motparten har betalningssvårigheter.³³⁵ Användningen av klandertalan kan därför leda till betydande problem för vinnande part i skiljeförfarandet och detta kan motverka bilden av skiljeförfarandet som en snabb och billig tvistlösningsmetod.

5.6.5 Verkställighet

En skiljedom utgör en exekutionstitel och kan därmed verkställas genom kronofogdemyndighetens försorg på begäran av part.³³⁶ Ytterligare förutsättningar för verkställighet och hur verkställighetsförfarandet ska bedrivas finns angivet i lag.³³⁷ I utsökningsmål beaktas i princip inte materiella invändningar från svaranden. Det är inte heller ett hinder för verkställighet att svaranden gör gällande och bevisar att skiljemännen har begått ett klanderbart handlägningsfel. Detta eftersom det enbart är domstol som har behörighet att pröva klanderfrågor. Enda sättet att hindra verkställighet är att väcka

³³⁰ Skiljeförfarandelagen 34 § 2 st. och 3 st.

³³¹ Heuman, Skiljemannarätt, s. 587. Se även SOU 1994:81 s. 184.

³³² Heuman, Skiljemannarätt, s. 587.

³³³ Prop. 1998/99:35 s. 172.

³³⁴ Heuman a. a. s. 587.

³³⁵ A. a. s. 587 f.

³³⁶ UB 3 kap. 1 § 1 st. 4 p.

³³⁷ UB 3 kap. 15-18 §.

klandertalan och vid domstolen framställa ett yrkande om inhibition. Om yrkandet medges innebär det att domstolen förordnar att inga verkställighetsåtgärder tills vidare får vidtas.³³⁸ Kronofogdemyndigheten vidtar en begränsad judiciell prövning i inledningen av verkställighetsförfarandet. Prövningen består i att kontrollera att skiljedomen är skriftlig och undertecknad av skiljemännen.³³⁹ Dessutom ska kronofogdemyndigheten ta ställning till om det finns anledning att anta att skiljedomen är ogiltig. För det fall det finns anledning att anta att ogiltighet föreligger, och om det inte pågår en ogiltighetsprövning vid domstol, ska myndigheten uppmärksamma sökanden på förhållandet och uppmana sökanden att väcka talan i saken.³⁴⁰

5.7 Jämförelse av skiljeförfarande i Bolivia och Sverige

Utifrån Lindbloms kritik mot ADR att dessa metoder som regel medför ett sämre skydd för svagare part och färre rättssäkerhetsgarantier,³⁴¹ ska inledningsvis noteras de rättssäkerhetsgarantier som gäller för skiljeförfarande i Bolivia och Sverige. Som huvudregel gäller partsautonomi enligt både den bolivianska och den svenska skiljeförfarandelagen.³⁴² Undantag från denna huvudregel utgörs för boliviansk del av vissa minimikrav angående förfarandet vilka motiveras av rättssäkerhetshänsyn.³⁴³ För svensk del innehåller skiljeförfarandelagen grundläggande rättssäkerhetskrav som kan relateras till skiljedomens ställning som exekutionstitel, vilken därmed kan verkställas tvångsvis. Därtill finns i Sverige skydd för konsument i förhållande till näringsidkare i skiljeförfarandelagen och ett oskäligt skiljeavtal kan ogiltigförklaras med stöd av avtalslagen.³⁴⁴ Båda skiljeförfarandelagarna medför således grundläggande rättssäkerhetsgarantier vad gäller förfarandet. Den svenska skiljeförfarandelagen innehåller därtill bestämmelser som kan resultera i att en svagare part inte blir bunden av ett skiljeavtal.

Separabilitetsdoktrinen gäller i båda länderna.³⁴⁵ En skillnad som däremot föreligger är att det i Bolivia har utvecklats en praxis hos Högsta domstolen som innebär att en domstol kan ha behörighet att pröva giltigheten av ett avtal trots att avtalet innehåller en skiljeklausul.³⁴⁶ Praxis från den Konstitutionella domstolen upprätthåller dock

³³⁸ UB 3 kap. 18 § 1 st.

³³⁹ UB 3 kap. 15 § 1 st. 2 p.

³⁴⁰ UB 3 kap. 16 §.

³⁴¹ Se ovan s. 46.

³⁴² Beträffande boliviansk rätt se ovan s. 50 och beträffande svensk rätt se ovan s. 57 f.

³⁴³ Se ovan s. 51.

³⁴⁴ Se ovan s. 58.

³⁴⁵ Beträffande boliviansk rätt se ovan s. 51 och beträffande svensk rätt se ovan s. 59.

³⁴⁶ Se ovan s. 51.

separabilitetsdoktrinen.³⁴⁷ Mot bakgrund av Högsta domstolens praxis tillämpas inte separabilitetsdoktrinen fullt ut i Bolivia. Detta motverkar skiljeförfarandets effektivitet och underminerar även partsautonomin. Däremot i Sverige ses separabilitetsdoktrinen som en garant för skiljeförfarandets effektiva genomförande och hindrar därtill att en materiell prövning görs vid domstol i en situation där huvudavtalets giltighet ifrågasätts.³⁴⁸

Bestämmelser om skiljemännens behörighet att pröva sin egen behörighet, s.k. Kompetenz-Kompetenz, finns i såväl Bolivia som i Sverige.³⁴⁹ I Bolivia gäller samma problematik inom detta område som för separabilitetsdoktrinen. I Sverige aktualiseras påståendedoktrinen vid en behörighetsprövning vilket anses medföra ändamåls- och processekonomiska fördelar.³⁵⁰ I Sverige finns därmed en utvecklad doktrin för att Kompetenz-Kompetenz ska kunna tillämpas effektivt.

Vad gäller upphävande av skiljedomen gäller avvikande regleringar i Bolivia och Sverige. I Bolivia kan skiljedomen endast upphävas.³⁵¹ I Sverige kan däremot skiljedomen antingen vara ogiltig eller upphävas efter klandertalan.³⁵² Däremot är funktionen av regleringarna liknande eftersom det i Bolivia finns grunder för upphävande som direkt leder till upphävande medan andra grunder kan leda till upphävande om de visas av part.³⁵³ Denna reglering för tankarna till uppdelningen i svensk rätt som innebär att en skiljedom är ogiltig om särskilda omständigheter föreligger medan för upphävande efter klander krävs att talan förs av part.³⁵⁴

I Bolivia är innebörden av begreppet ordre public obestämt och har därtill kommit att tillämpas extensivt, vilket har resulterat i att ett betydande antal skiljedomar har upphävts på denna grund.³⁵⁵ En sådan utveckling motverkar skiljeförfarandets effektivitet. I Sverige diskuterades om ordre public-begreppet skulle användas för att avgränsa skiljemässighet, men det ansågs lämpligare att avgränsningen baserades på huruvida tvisten var dispositiv eftersom ordre public inte hade något bestämt innehåll i svensk rätt.³⁵⁶ Därtill tillämpas ogiltighetsgrunden baserat på ordre public restriktivt.³⁵⁷

³⁴⁷ Se ovan s. 52.

³⁴⁸ Se ovan s. 58.

³⁴⁹ Beträffande boliviansk rätt se ovan s. 53 och beträffande svensk rätt se ovan s. 59.

³⁵⁰ Se ovan s. 60.

³⁵¹ Se ovan s. 54.

³⁵² Se ovan s. 60.

³⁵³ Se ovan s. 54.

³⁵⁴ Se ovan s. 61.

³⁵⁵ Se ovan s. 54.

³⁵⁶ Se ovan s. 61.

³⁵⁷ Se ovan s. 61.

I Sverige har således ett vagt ordre public-begrepp inte resulterat i en extensiv tillämpning på sätt som skett i Bolivia.

Varken i Bolivia eller i Sverige får en skiljedom överprövas på materiell grund.³⁵⁸ Detta har bekräftats i praxis från Konstitutionella domstolen i Bolivia ett flertal gånger.³⁵⁹ Omständigheten att Konstitutionella domstolen har behandlat ett flertal fall om denna fråga visar att det i Bolivia i praktiken förekommer att domare överträder sin behörighet och överprövar skiljedomen materiellt. Denna utveckling leder till en osäkerhet vad gäller skiljeförfarandets effektivitet och motverkar det främsta syftet med skiljeförfarande – att medföra ett snabbt och definitivt avslut på tvisten. I svensk rätt motverkas effektiviteten hos skiljeförfarandet istället av tolkningssvårigheter vad gäller omfattningen av klandergrunderna. Ett annat hinder i Sverige är utvecklingen att förloppande part ofta väcker klandertalan i syfte att obstruera och hindra verkställighet.³⁶⁰

Verkställighetsförfarandet hanteras i domstol i Bolivia medan det i Sverige hanteras av kronofogdemyndigheten.³⁶¹ Den begränsade prövning som en domare i Bolivia får vidta omfattar endast om skiljedomen avser ett område som inte är skiljemässigt eller är i strid med ordre public.³⁶² Detta motsvarar de grunder som direkt leder till upphävande, till skillnad från de grunder där parten har bevisbördan. I Sverige ska kronofogdemyndigheten vid en begränsad judiciell prövning ta ställning till om det finns anledning att anta att skiljedomen är ogiltig.³⁶³ Vid en funktionell jämförelse av de judiciella prövningarna framstår stora likheter eftersom grunderna för att vägra verkställighet i såväl Bolivia som i Sverige motsvarar de grunder som direkt leder till att skiljedomen upphävs utan att det krävs att part är aktiv genom att föra överprövningstalan. Oavsett språkliga skillnader kan sägas att ett samband råder i båda länderna mellan upphävande av skiljedomen på grunder som rör samhällets intresse av rättssäkerhet och möjligheterna att vägra verkställighet med hjälp av statligt tvång.

Den största praktiska skillnaden mellan länderna, vad gäller skiljeförfarande, tycks vara en ovana hos bolivianska domstolar att hantera skiljeförfarande. Trots denna brist blir skiljeklausuler alltmer vanligt i kommersiella sammanhang i Bolivia.³⁶⁴ Skiljeförfarande anses således mer fördelaktigt än domstolsprocess. Cappelletti och Garth

³⁵⁸ Beträffande boliviansk rätt se ovan s. 55 och beträffande svensk rätt se ovan s. 60 f.

³⁵⁹ Se ovan s. 55.

³⁶⁰ Avseende båda förhållandena i svensk rätt se ovan s. 63.

³⁶¹ Beträffande boliviansk rätt se ovan s. 56 och beträffande svensk rätt se ovan s. 63.

³⁶² Se ovan s. 56.

³⁶³ Se ovan s. 64.

³⁶⁴ Se ovan s. 48.

menar att så länge problemen med långsamma och dyra ordinarie domstolsförfaranden kvarstår, kan skiljeförfarande påtagligt förbättra access to justice för många.³⁶⁵ Detta kan sägas gälla även i Bolivia. Det blir alltmer vanligt i Bolivia att kommersiella parter väljer skiljeförfarande framför domstolsprocess, vilket kan tyda på att skiljeförfarandet åtminstone fyller en konfliktlösande funktion. Förfarandet kan därmed erbjuda en metod för lösning av kommersiella tvister, något som domstolssystemet inte anses kunna göra. Skiljeförfarandet i Bolivia kan därför i viss utsträckning anses bidra till förbättrad access to justice i Bolivia.

Vidare kan det ifrågasättas om skiljeförfarande i Bolivia med Lindells kategorisering kan fylla en funktion som ”alternativ rättskipning”.³⁶⁶ I Bolivia medför domstolens möjligheter till inblandning i skiljeförfarandet att det i praktiken föreligger hinder för skiljeförfarandet att fungera som alternativ rättskipning. Detta leder till osäkerhet, oförutsebarhet och att skiljeförfarandet i stor utsträckning är beroende av domstolväsendet. Därmed är det tveksamt om skiljeförfarandet kan sägas fylla en funktion som alternativ rättskipning i Bolivia. Den konfliktlösningsfunktion som skiljeförfarandet kan fylla i Bolivia medför ändå inte att skiljeförfarandet betraktas som alternativ rättskipning p.g.a. det utbredda beroendet i förhållande till domstolen. Beroendeförhållandet till domstolen innebär hinder mot effektiv access to justice.

I Sverige är skiljeförfarande vanligt bland kommersiella parter, särskilt inom vissa branscher.³⁶⁷ Trots tolkningssvårigheter vad gäller klandergrunderna och utbredd användning av klander i syfte att obstruera,³⁶⁸ är domstolens inblandning i skiljeförfarandet begränsad i Sverige. Skiljeförfarandet kan därmed i större utsträckning sägas fylla en funktion som alternativ rättskipning. Domstolens begränsade inblandning i Sverige kan bl.a. relateras till att ordre public-bestämmelsen endast tillämpas i mycket sällsynta fall och att svenska domstolar sällan bifaller klandertalan.³⁶⁹ Detta bidrar till förutsebarhet, stabilitet och autonomi för skiljeförfarandet. Detta medför att skiljeförfarandet kan fylla en funktion som alternativ rättskipning. Vad gäller skiljeförfaranden i Sverige erbjuds parterna således en tvistlösningsmetod som innebär alternativ rättskipning och som därmed skapar valbarhet för parterna. Valbarheten

³⁶⁵ Se ovan s. 26.

³⁶⁶ Beträffande Lindells kategorisering se ovan s. 44.

³⁶⁷ Se ovan s. 58.

³⁶⁸ Se ovan s. 63.

³⁶⁹ Se ovan s. 61 respektive s. 63.

medför en flexibilitet genom att civilrättsliga tvister kan handläggas i den ordning som är bäst lämpad beroende på tvistens karaktär eller parternas relationer.

Den tredje frågeställningen i uppsatsen ska därför besvaras på följande sätt. Angående om civilprocessens utveckling mot användning av skiljeförfarande kan förbättra access to justice bör noteras att i Bolivia kan skiljeförfarandet fylla en konfliktlösande funktion. Däremot medför beroendet i förhållande till domstolsprocessen att skiljeförfarandet i Bolivia inte kan anses fylla en funktion som alternativ rättskipning. I Sverige kan skiljeförfarandet anses utgöra en alternativ tvistlösningsmetod som förbättrar access to justice. Därtill kan skiljeförfarandet sägas fylla en funktion som alternativ rättskipning eftersom förfarandet är privat men likväl innebär dömande verksamhet som inte är beroende av domstolsprocessen.

5.8 Förlikning och medling i Bolivia

Förlikning och medling är två metoder för att lösa konflikter och därmed bidra till social fred.³⁷⁰ Detta sker genom att parterna genom samarbete eller med assistans från en tredje part finner en lösning på konflikten. Till skillnad från domstolsprocess och skiljeförfarande avkunnas inte ett beslut av en tredje part som parterna i konflikten har att följa. Istället är det parterna själva som på ett fredligt och harmoniskt sätt försöker lösa konflikten.³⁷¹

Redan den första bolivianska konstitutionen från år 1826 innehöll ett flertal artiklar som reglerade förlikning. Däremot har utvecklingen sedan dess gått mot att lämna alternativa tvistlösningsmetoder till förmån för tvistlösning i domstolens regi.³⁷² Den nuvarande lagstiftningen om förlikning och medling trädde i kraft för nära två decennier sedan, men trots detta är extrajudiciell förlikning³⁷³ endast på ett begynnande stadium och medling praktiskt taget obefintligt i Bolivia.³⁷⁴ Den nuvarande lagstiftningen är skiljeförfarandelagen som även reglerar förlikning och medling. Däremot har obligatorisk förlikning i samband med domstolsprocess nyligen införts, vilket regleras i rättsväsendelagen och i den nya civilprocesskoden.³⁷⁵

³⁷⁰ Social fred är ett begrepp som används i boliviansk doktrin som målsättning för civilprocessen, och som målsättning för juridiken i stort. Begreppet anses innebära en strävan efter harmoni mellan medborgarna i en stat för att garantera en utveckling mot välstånd och välfärd, Tarifa Fonda, Conciliación y mediación en el derecho boliviano, s. 16.

³⁷¹ Tarifa Foronda, Conciliación y mediación en el derecho boliviano, s. 7 f.

³⁷² A. a. s. 20 f.

³⁷³ Förlikning utan samband med domstolsprocess.

³⁷⁴ Tarifa Foronda a. a. s. 8.

³⁷⁵ Rättsväsendelagen artikel 65–67. Civilprocesskoden artikel 292–297 samt artikel 234–238.

En förekommande uppfattning om extrajudiciell förlikning är att sådan typ av förlikning är överdrivet onerös och att det inte finns någon annan lösning på konflikten än full betalning. I detta sammanhang är det värt att notera att en domstolsprocess tar flera år och under tiden har parterna löpande kostnader i form av betalningar till advokater, domstolsavgifter etc. För det fallet att den enskilde parten förlorar tvisten eller inte uppnår önskat resultat, har dessa utgifter varit i onödan. Med förlikning eller medling, om båda parterna är beredda att följa någon av dessa metoder, behöver förfarandet inte ta mer än tre månader. Detta innebär sparade kostnader och är särskilt betydelsefullt för parter som behöver få en snabb lösning på konflikten.³⁷⁶

En anledning till att förlikning och medling inte är vanligt förekommande i Bolivia är okunskap om dessa tvistlösningsmetoder. Endast en begränsad del av befolkningen känner till metoderna och det är framför allt stora företag och ett antal advokater som arbetar inom området. Okunskap utgör därmed ett hinder för tillämpning av förlikning och medling som alternativa tvistlösningsmetoder.³⁷⁷

I huvudsak tre fördelar brukar framhållas med förlikning som alternativ tvistlösningsmetod. Den första är den ekonomiska fördelen där parterna kan minska utgifterna för själva processen i sig och därtill förhoppningsvis når en överenskommelse som är ekonomiskt fördelaktig för båda parterna. Förlikning underlättar även att de kommersiella relationerna mellan parterna kan fortsätta efter konflikten. För det andra bidrar förlikning till social fred i samhället samtidigt som domstolarna blir avlastade. Den tredje fördelen har samband med utveckling av den juridiska yrkeskåren. Metoden, trots att juridiskt medverkande inte är ett krav, bidrar generellt sett till att en del av den bolivianska juristkåren specialiserar sig på förlikning.³⁷⁸

Ett karakteristiskt drag hos förlikning är att det är en frivillig tvistlösningsmetod. Exempel på detta är bestämmelsen om att parterna, fysiska eller juridiska personer, *kan* använda sig av förlikning för att genom ömsesidig överenskommelse lösa sin konflikt.³⁷⁹ Genom att lagstiftaren har använt sig av ”kan” innebär det att parterna har frihet att välja förlikning. Även begreppet ”ömsesidig överenskommelse” tyder på att det rör sig om ett frivilligt förfarande.³⁸⁰

³⁷⁶ Tarifa Foronda, Conciliación y mediación en el derecho boliviano, s. 9.

³⁷⁷ A. a. s. 9 f.

³⁷⁸ A. a. s. 15 f.

³⁷⁹ Skiljeförfarandelagen artikel 85.

³⁸⁰ Tarifa Foronda a. a. s. 26 f.

Trots att frivillighet är ett grundläggande drag hos förlikning är förlikning obligatorisk i Bolivia som ett första steg i en domstolsprocess.³⁸¹ I bestämmelsen om obligatorisk förlikning anges, fritt återgivet, att förlikning är metoden för omedelbar konfliktlösning och direkt access to justice, genom att vara den första rättsliga åtgärden vid domstolsprocess. Av lagtexten framgår även att förlikningen ska hanteras av en särskilt utsedd medlare.³⁸² Värt att notera är emellertid att lagstiftningen är relativt ny och det återstår att se hur lagen kommer att tillämpas och vilka praktiska resultat införandet av obligatorisk förlikning i samband med domstolsprocess medför. Denna osäkerhet rör särskilt tillämpningen av bestämmelsen att en utomstående person ska utses för att hantera förlikningsförfarandet.³⁸³

Obligatorisk förlikning avser förlikningsförfarandet och inte resultatet av förlikningen, nämligen att nå en förlikningsöverenskommelse.³⁸⁴ Det framgår även av den nya civilprocesskoden att domstolsanknuten förlikning vinner rättskraft³⁸⁵ och utgör en exekutionstitel,³⁸⁶ vilket gör att den kan verkställas tvångsvis. Innan obligatorisk förlikning infördes genom rättsväsendelagen som antogs år 2010³⁸⁷ gällde däremot en skyldighet för domaren att verka för att förlikning mellan parterna kom till stånd.³⁸⁸

Förlikning med anknytning till domstolsprocess kan såväl enligt nuvarande lagstiftning som när den nya civilprocesslagen träder i kraft ske både före och under domstolsprocessen.³⁸⁹ Att domaren enligt tidigare lagstiftning inte var skyldig att inleda ett förlikningsförfarande framgår av praxis, däremot beaktades i rättsfallet inte bestämmelsen om skyldighet för domaren att verka för förlikning.³⁹⁰ Det uttrycks i doktrin att i regel har varken advokater eller domare varit intresserade av att aktivt medverka för en lyckad förlikning. Vad gäller advokaterna verkar de generellt sett anse att en dom kommer att ge det mest gynnsamma utslaget. För domarens del är förklaringen möjligen att de snarare ser det som sin uppgift att döma mellan parterna än att leda förlikningsförhandlingar. Ett större fokus på förlikning skulle däremot kunna leda till positiva resultat, inte endast för parterna, utan även för att avlasta domstolssystemet.³⁹¹

³⁸¹ Rättsväsendelagen artikel 65.

³⁸² Rättsväsendelagen artikel 67.

³⁸³ Tarifa Foronda, Conciliación y mediación en el derecho boliviano, s. 178.

³⁸⁴ A. a. s. 26 f.

³⁸⁵ Civilprocesskoden artikel 237.

³⁸⁶ Civilprocesskoden artikel 404 5 p.

³⁸⁷ Angående ikraftträdandet se Tarifa Fonda a. a. s. 175 f.

³⁸⁸ Lagen om den juridiska organisationen (lag 1455) artikel 16.

³⁸⁹ Civilförfarandelagen artikel 180 och civilprocesslagen artikel 234–238.

³⁹⁰ SC 827/2003-R, meddelad 17 juni år 2003.

³⁹¹ Tarifa Foronda a. a. s. 140.

I Bolivia är skiljeförfarande och förlikning de mest utbredda ADR-metoderna, medan medling inte tillämpas i någon nämnvärd utsträckning.³⁹² Medling är vidare knapphändigt reglerat i boliviansk lagstiftning.³⁹³ Det kan bero på att lagstiftaren inte har sett ett praktiskt behov av en tredje ADR-metod och möjligen även p.g.a. begränsad praktisk användning av förlikning. Trots detta bidrar litteraturen till att ge medling som begrepp ett innehåll i boliviansk rätt. Där anges att kännetecknande drag för medling är att det inte är fråga om ett kontradiktoriskt förfarande, att en neutral tredje man deltar för att underlätta kommunikationen och förhandlingen mellan parterna, att lösningen framarbetas av parterna samt att lösningen på konflikten accepteras av båda parterna. I likhet med vad som angetts generellt om medling framhålls i den bolivianska doktrinen att medling är en lämplig tvistlösningsmetod i fall där parterna vill ha fortsatta relationer med varandra, vill hitta en lösning på konflikten snarare än att utreda vem som har rätt, snabbt vill komma fram till en lösning på konflikten och vill att tvisten ska hanteras konfidentiellt.³⁹⁴

5.9 Förlikning och medling i Sverige

En reform har på senare tid genomförts i RB med syfte att framhäva betydelsen av att parterna förlikas, även vid domstolsprocess.³⁹⁵ Domaren i en civilprocess ska redan tidigt i målet utreda möjligheterna för en förlikning och under handläggningen ska domaren verka för att en förlikning eller på annat sätt en samförståndslösning kommer till stånd.³⁹⁶ Detta gäller alla dispositiva civilrättsliga tvister.³⁹⁷ Bestämmelsen medför en presumtion för att rätten själv ska ta upp frågan om förlikning eller annan form av samförståndslösning och att detta kan underlåtas endast i fall där detta skulle framstå som olämpligt.³⁹⁸

Det kan diskuteras hur domstolsanknuten förlikning ska karakteriseras. Ekelöf menar att sådan förlikning under förberedelsen bör ses som en summarisk process som omfattas av den ordinära civilrättskipningen.³⁹⁹ Förlikningsverksamheten kan också betraktas som ett uppehåll i rättegången där andra förhållanden råder till skillnad från vad som annars gäller i det ordinarie förfarandet. Detta kan leda till att utomrättsliga

³⁹² Tarifa Foronda, Conciliación y mediación en el derecho boliviano, s. 181.

³⁹³ Skiljeförfarandelagen artikel 94.

³⁹⁴ Tarifa Foronda a. a. s. 181 ff.

³⁹⁵ Prop. 2010/11:128 s. 89. Genom ändringen i RB 42 kap. 17 § 1 st. skärptes domarens skyldighet att verka för förlikning.

³⁹⁶ RB 42 kap. 6 och 17 §§.

³⁹⁷ Prop. 1986/87:89 s. 207.

³⁹⁸ Prop. 2010/11:128 s. 89.

³⁹⁹ Ekelöf SvJT 1979 s. 562.

faktorer tas i beaktning och att förlikning kan leda till ett helt annat resultat jämfört med en dom.⁴⁰⁰ Trots avvikande regler för förlikningsverksamheten utgör denna i praktiken en del av rättegången. Detta mot bakgrund av att förfarandet regleras i rättegångsbalken. Vidare kan ifrågasättas om EKMR artikel 6 blir tillämplig på domstolsanknuten förlikning. Knuts menar att bestämmelsen är tillämplig eftersom förlikning inte är en fristående tvistlösningsmetod, utan snarare förutsätter att ett mål är anhängigt i domstol. Därmed omfattar förlikning en prövning av en enskilds rättigheter och skyldigheter på så sätt att EKMR artikel 6 aktualiseras. Det medför att förlikningsverksamheten måste uppfylla grundläggande rättssäkerhetskrav.⁴⁰¹

Domstolsanknuten förlikning aktualiserar frågan om domarens roll under förlikningsförhandlingen. En motsättning kan sägas föreligga mellan rollen som domare och rollen som konfliktlösare, eftersom de olika förfarandena har olika inriktningar och syften. Domstolsprocessen syftar till att ge genomslag för materiell rätt och upprätthålla rättigheter, medan förlikningsförhandlingar istället tar sikte på parternas intressen och även utomrättsliga faktorer som är relaterade till tvisten kan vara relevanta. För att inte domarens roll som tillämpare av gällande rätt ska undermineras bör domaren begränsa antalet utomrättsliga faktorer som beaktas och i huvudsak utgå ifrån gällande rätt även vid förlikningsförhandlingen. Detta för att parterna generellt förväntar sig att domaren ska utgå ifrån gällande rätt och för att förtroendet för domstolen allmänt sett kan minska om domstolen gör stora avsteg från de materiella reglerna.⁴⁰²

Domarrollen medför vidare en maktställning som inte kan jämföras med en person som uteslutande har rollen som medlare mellan parterna. Denna maktställning påverkar även parternas förhållningssätt under förlikningsförhandlingarna.⁴⁰³

Vad gäller medling kan anmärkas att ordet betyder att verka för förlikning. Medling medför att en utomstående person är aktiv för att förlikning ska komma till stånd, med andra ord ”medla” i tvisten.⁴⁰⁴ Medling kan ske i samband med en domstolsprocess och kallas då för särskild medling som regleras i RB.⁴⁰⁵ Det framgår av RB att parternas samtycke är en förutsättning för särskild medling men till skillnad från annan medling är det rätten och inte parterna som utser en medlare och anger en tidsgräns för när

⁴⁰⁰ Lindell, Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning?, s. 158.

⁴⁰¹ Knuts, Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling, s. 110 f. Denna uppfattning delas av Lindell, Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning?, s. 160.

⁴⁰² Lindell, Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning?, s. 164 f.

⁴⁰³ A. a. s. 173.

⁴⁰⁴ Engström, Lag om medling i vissa privaträttsliga tvister – en kommentar, s. 16.

⁴⁰⁵ RB 42 kap. 17 § 2 st.

medlingen ska vara avslutad. Däremot anger förarbetena att en medlare inte bör komma i fråga som inte åtnjuter båda parternas förtroende. Detta för att skapa de bästa förutsättningarna för att den särskilda medlingen ska vara framgångsrik.⁴⁰⁶

Den generella kunskapsnivån om medling som tvistlösningsmetod kan betraktas som låg i Sverige.⁴⁰⁷ Däremot har såväl parter som ombud ofta välkomnat förslag från domstolen om att använda särskild medling.⁴⁰⁸ Därmed kan ökat fokus på medling genom införandet av ny lagstiftning leda till att fler parter väljer att lösa sina kommersiella tvister genom medling.⁴⁰⁹

I Sverige har på senare tid ny lagstiftning införts gällande medling.⁴¹⁰ Medlingslagen gäller endast dispositiva tvister.⁴¹¹ Den är däremot inte tillämplig på medling eller förlikningsverksamhet som är relaterad till ett civilrättsligt förfarande i allmän domstol eller till ett skiljeförfarande.⁴¹² I den definition av medling som återfinns i medlingslagen anges att förfarandet ska vara strukturerat.⁴¹³ Vad som avses med ett strukturerat förfarande är dock inte alldeles klart. Åtminstone sådan medling som bygger på institutionella regler, ex. från en handelskammare, uppfyller kravet på strukturerat förfarande.⁴¹⁴ Förarbetena anger emellertid att kravet på strukturerat förfarande inte endast omfattar medling utifrån institutionella regler. Den vaga terminologin enligt medlingslagen förklaras med att det inte råder några särskilda krav för särskild medling enligt medlingsdirektivet som utgör grunden för den svenska lagstiftningen.⁴¹⁵

En medlingsöverenskommelse kan förklaras verkställbar av domstol på ansökan av de inblandade parterna eller av en part med övriga parter samtycke.⁴¹⁶ Innan medlingslagen infördes kunde endast medlingsöverenskommelser som träffats i samband med domstolsprocess bli verkställbara genom att domstolen stadfäste överenskommelsen genom dom.⁴¹⁷ Medlingslagen medför således att även medlingsöverenskommelser som

⁴⁰⁶ Prop. 2010/11:128 s. 28.

⁴⁰⁷ SOU 2007:26 s. 95 f. och prop. 2010/11:128 s. 20 f.

⁴⁰⁸ SOU 2007:26 s. 96.

⁴⁰⁹ Engström, Lag om medling i vissa privaträttsliga tvister – en kommentar, s. 15.

⁴¹⁰ Lag (2011:860) om medling i vissa privaträttsliga tvister (härefter medlingslagen). Lagstiftningen föranleddes av Europaparlamentets och Europeiska unionens råds direktiv (2008/52/EG) om vissa aspekter på medling på privaträttens område (härefter medlingsdirektivet).

⁴¹¹ Medlingslagen 1 § 1 st.

⁴¹² Medlingslagen 1 § 2 st.

⁴¹³ Medlingslagen 3 §.

⁴¹⁴ Engström a. a. s. 29.

⁴¹⁵ Prop. 2010/11:128 s. 40 f.

⁴¹⁶ Medlingslagen 7–12 §§.

⁴¹⁷ Engström a. a. s. 35.

är resultatet av medling,⁴¹⁸ men utan samband med domstolsprocess numera kan förklaras verkställbara och därmed utgöra en exekutionstitel.⁴¹⁹

I svensk doktrin har Lindell argumenterat för att obligatorisk ADR borde gälla i Sverige för kommersiella tvister.⁴²⁰ Anledningen är belastningen på domstolarna, varvid kommersiella tvister försenar handläggningen för mål som rör tvingande lagstiftning. Lindell menar att det därför borde krävas att parterna åtminstone har försökt att lösa tvisten genom en ADR-metod innan domstolsväsendet står till förfogande. I förarbetena till skiljeförfarandelagen uttrycker regeringen att det är önskvärt att fler kommersiella tvister hänförs till allmänna domstolar för att fler prejudikat på området ska tillkomma.⁴²¹ Lindell anser inte att detta argument är hållbart med tanke på att önskan om prejudikat står emot intresset av en snabb handläggning av mål som rör enskilda medborgare utifrån tvingande lagstiftning.⁴²²

5.10 Jämförelse av förlikning och medling i Bolivia och Sverige

Uppkomst och ökad användning av ADR är en respons på problem med långa handläggningstider och höga processkostnader vid civilprocess i domstol.⁴²³ Utifrån diskussionen ovan om att processkostnader, vari långa handläggningstider kan inräknas, utgör ett allvarligt hinder mot access to justice kan ADR därmed ses som en förbättring av access to justice.⁴²⁴ Utvecklingen i Bolivia och Sverige mot ökad användning av ADR⁴²⁵ kan således inom ramen för tredje vågen betraktas som positivt. Däremot uttrycker Lindblom en oro för att den tredje vågen medför en utveckling som river vissa hinder samtidigt som nya hinder mot access to justice reses upp. Framför allt rör oron skyddet för en svagare part.⁴²⁶

I Bolivia har obligatorisk ADR nyligen införts.⁴²⁷ Det handlar om att förlikning utgör den första, obligatoriska fasen innan processen i domstol kan ta vid. Obligatorisk förlikningsförhandling strider inte mot att frivillighet utgör grunden för att en förlikning ska komma till stånd, eftersom det är själva förfarandet som är obligatoriskt och inte

⁴¹⁸ Jämför definitionen av medlingsöverenskommelse i medlingslagen 3 §.

⁴¹⁹ UB 3 kap. 1 § 1 st. 2 p.

⁴²⁰ Lindell, Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning?, s. 82 f.

⁴²¹ Prop. 1998/99:35 s. 35. SOU 1995:65.

⁴²² Lindell a. a. s. 82 f.

⁴²³ Se ovan s. 44.

⁴²⁴ Beträffande processkostnader se ovan s. 36 och framåt.

⁴²⁵ Beträffande både boliviansk rätt och svensk rätt se ovan s. 48.

⁴²⁶ Se ovan s. 45 och s. 46.

⁴²⁷ Se ovan s. 68.

resultatet.⁴²⁸ Däremot kan det ifrågasättas hur effektivt ett påtvingat förlikningsförfarande är, eftersom en överenskommelse bygger på frivillighet mellan parterna. Det råder en osäkerhet kring hur den obligatoriska förlikningen ska genomföras i praktiken. Svårigheter kan t.ex. handla om resurser och tillgång till utomstående personer för att leda förlikningsförfarandena.⁴²⁹ Med tanke på att förlikning inte har varit utbrett i Bolivia tidigare kan det råda brist på förlikare vilket kan leda till att domaren som leder målet även kommer att leda förlikningsförhandlingarna. Detta innebär problem för parterna avseende vilken information de ska dela med sig av under förlikningsförhandlingen för att undvika att den senare används emot dem i domstolsprocessen. Däremot framgår det av lagtexten att förlikningen ska hanteras av en särskilt utsedd medlare.⁴³⁰ Förhoppningsvis kommer tillämpningen att kunna ske i enlighet med lagtexten och därmed aktualiseras inte problematiken med att domaren har olika, till viss del motstridiga, roller. Denna problematik har även uppmärksammats av Cappelletti och Garth inom ramen för tredje vågen med fokus på ADR-metoder för att förbättra access to justice.⁴³¹ De anger att problem kan uppstå om det är en och samma person som försöker medla mellan parterna och som, om förhandlingarna inte leder till en överenskommelse, kommer att döma i målet. Cappelletti och Garth menar vidare att problematiken kan leda till att en part godtar ett förlikningsförslag eftersom denne tror att en dom skulle ha motsvarande innehåll eller för att parten inte vill hamna på kant med domaren. Mot bakgrund av dessa skäl som framhållits i den internationella access to justice-debatten är det av stor betydelse i Bolivia att lagen implementeras korrekt på så sätt att det är en utomstående person som utses som medlare.

I svensk doktrin har Lindell argumenterat för att ADR borde vara obligatoriskt innan parterna kan få föra talan i domstol.⁴³² Detta har inte införts i svensk rätt, men användning av domstolsanknuten ADR i form av förlikningsförhandlingar och särskild medling har utökats på senare tid.⁴³³ Även i Sverige finns betänkligheter angående domarrollen vid domstolsanknuten ADR.⁴³⁴ Detta genom att särdrag hos domarrollen påverkar parterna under ADR-förfarandet. I Sverige ska vid särskild medling en annan

⁴²⁸ Se ovan s. 70.

⁴²⁹ Se ovan s. 70.

⁴³⁰ Se ovan s. 70.

⁴³¹ Se ovan s. 26.

⁴³² Se ovan s. 74.

⁴³³ Se ovan s. 71 och s. 73.

⁴³⁴ Se ovan s. 72.

person än domaren som dömer i målet utses till medlare.⁴³⁵ Detta är positivt eftersom parterna då kan känna sig mer fria under sitt deltagande i förlikningsförhandlingen.

Intressant att notera är vidare att den bolivianska lagstiftningen innan införandet av obligatorisk förlikning till stor del liknade den nuvarande, svenska regleringen om att domaren ska verka för att parterna förlikas.⁴³⁶

Vad gäller medling kan anmärkas att kunskapen om tvistlösningsmetoden är bristfällig såväl i Bolivia som i Sverige.⁴³⁷ Därmed är även användningen av medling begränsad i de båda länderna. Däremot kan utökad användning av förlikning i samband med domstolsprocess och i Sverige särskild medling bidra till att medling får mer uppmärksamhet. Medling har nära samband med förlikning och har liknande fördelar mot bakgrund av att lösningen kommer från parterna själva och inte är något som en utomstående part har kommit fram till. Utifrån problematiken rörande domarrollen vid domstolsanknuten ADR kan utvecklingen möjligen komma att gå mot ökade förliknings- och medlingsförhandlingar i privat regi, dock efter att domstolens inriktning mot ADR kan ha gjort privata aktörer uppmärksamma på fördelarna med dessa tvistlösningsmetoder.

Enligt svensk doktrin anses förlikning och medling utgöra ADR-metoder som fyller funktionen av alternativ till rättskipning.⁴³⁸ Frågan kan ställas om denna funktion i praktiken medför förbättrad access to justice. Framförallt bör noteras att förlikning och medling endast är lämpligt när särskilda förutsättningar föreligger och inte gällande alla typer av civilrättsliga tvister. Lämpligheten beror även på parternas förhållande i det enskilda fallet. Såsom Cappelletti och Garth framhållit och som redogjorts för ovan, är det viktigt att medling inte endast får användas i syfte att minska överbelastning hos domstolarna utan att överenskommelserna måste uppfylla vissa rättssäkerhetskrav.⁴³⁹ Detta för att medling i praktiken ska fylla funktionen som ett alternativ till rättskipning som bidrar till förbättrad access to justice.

Den fjärde och sista frågeställningen ska därmed besvaras på följande sätt. Huruvida civilprocessens utveckling mot användning av förlikning och medling kan förbättra access to justice bör anmärkas att förlikning och medling endast är lämpligt i fall där särskilda förutsättningar föreligger. Jämförelsen av förlikning och medling i

⁴³⁵ Se ovan s. 72 f.

⁴³⁶ Beträffande boliviansk rätt se ovan s. 70 och beträffande svensk rätt se ovan s. 71.

⁴³⁷ Beträffande boliviansk rätt se ovan s. 69 och beträffande svensk rätt se ovan s. 73.

⁴³⁸ Se ovan s. 44.

⁴³⁹ Se ovan s. 26.

Bolivia och Sverige visar att dessa tvistlösningsmetoder kan medföra en förbättring av access to justice vad gäller konfliktlösning av vissa tvister. Det största hindret mot att dessa tvistlösningsmetoder ska kunna bidra till effektiv access to justice är okunskap om metoderna. Det kan även vara problematiskt om en domare agerar medlare då ett mål är anhängigt vid domstol. Däremot kan ökad användning av domstolsanknuten förlikning och medling leda till ökad kunskap om metoderna vilket kan resultera i ökad användning av metoderna, både i och utanför domstol, och att kunniga medlare finns att tillgå i större utsträckning.

6 Avslutande kommentarer

Inledningsvis kan anmärkas att den internationella access to justice-debatten inte är tillämplig rakt av i förhållande till Bolivia. Det beror på den rättsliga utvecklingen i landet och att de problem som rättssektorn står inför rör såväl formell som reell access to justice. I Sverige, och i likhet med den internationella access to justice-debatten, handlar utvecklingen av access to justice numera i princip enbart om reell access to justice. Exempel på hinder av formell karaktär som är allvarliga i Bolivia är bristfällig allokering av resurser till rättssektorn, tillgång till domare och geografisk spridning av dessa i landet.⁴⁴⁰ Sådana faktorer har lett till att Bolivia befinner sig i ett läge med en ambition att tillhandahålla reell och effektiv access to justice, men att domstolsväsendet fortfarande har brister som medför hinder mot access to justice av formell karaktär. Av dessa anledningar kan access to justice-debatten inte fullt ut appliceras på rättsutvecklingen i Bolivia.

I jämförelsen mellan Bolivia och Sverige har visats att domstolsreformer för att förbättra access to justice har gemensamma drag i de båda länderna, låt vara med skillnad avseende när implementering av liknande reformer tidsmässigt ägt rum. Vad gäller muntlighetsreformen som äger rum i Bolivia är den motiverad utifrån problemen med utdragna handläggningstider och komplicerat förfarande. När muntlighet infördes i Sverige i samband med införandet av RB angavs samma skäl för förändringen. Att det sedan dess har uppstått nya reformbehov i Sverige, särskilt med syfte att göra domstolsprocessen mer flexibel, hindrar inte att reformen i Bolivia kommer att kunna förbättra access to justice för landets medborgare. Däremot är det sunt att ha en realistisk syn på vad som kan uppnås med en reform. Det framgår av boliviansk doktrin att förhopp-

⁴⁴⁰ Se ovan s. 7.

ningen är att muntlighetsreformen kommer leda till en genomgripande förbättring av access to justice, dock uttrycks i viss litteratur en medvetenhet om att det är fler faktorer än enbart muntligheten som kommer att påverka hur väl domstolsprocessen kan bidra till access to justice.

Skiljeförfarandet liknar domstolsprocessen på det sättet att det rör sig om dömande verksamhet, om än i privat regi. Mot bakgrund av att skiljeförfarande innebär dömande verksamhet har det utretts om skiljeförfarande kan sägas ha en funktion som alternativ rättskipning i Bolivia respektive i Sverige. I Bolivia tillämpas skiljeförfarandet i praktiken på ett sätt som leder till oförutsebarhet och till att skiljeförfarandet i stor utsträckning är beroende av domstolsväsendet. Domstolens möjligheter till inblandning i skiljeförfarandet medför att det i praktiken föreligger hinder för skiljeförfarandet att fylla en funktion som alternativ rättskipning. I Sverige är domstolens inblandning i skiljeförfarandet begränsad och därmed kan skiljeförfarandet i större utsträckning sägas fylla en funktion som alternativ rättskipning.

Förhandling och medling särskiljer sig däremot genom att det är parterna som står för lösningen av konflikten och att den accepteras av båda parterna. Förfarandena kan vara både snabba och billiga, men eftersom tvistlösningen bygger på frivillighet kan parterna tvingas hänföra tvisten till en annan tvistlösningsmetod om de inte kan nå en överenskommelse.

Vilken tvistlösningsmetod som är lämpligast beror på tvistens karaktär och parternas relation. Flera tillgängliga tvistlösningsmetoder leder således till flexibilitet och valbarhet för parterna. Detta kan bidra till förbättrad access to justice genom att tvistlösningsmetoden kan anpassas till omständigheter relaterade till tvisten och till de inblandade parterna i det enskilda fallet. Processkostnadshindren kan motverkas genom att, för fall där ADR är lämpligt, kostnaderna kan pressas och handläggningstiden påskyndas.

Det är emellertid viktigt att förbättrad access to justice inte endast handlar om förbättrad access utan även att grundläggande rättssäkerhetsgarantier respekteras. Vidare bör möjligheten att ta del av ”justice” angående civila rättigheter gälla för alla på lika villkor. I detta sammanhang ska framhållas de två grundläggande komponenterna av begreppet ”justice”, nämligen det dömande organets opartiskhet/objektivitet och den enskildes rätt till en rättvis rättegång.⁴⁴¹ Det är därför av betydelse att uppmärksamma

⁴⁴¹ Se ovan s. 17.

de rättssäkerhetsgarantier som olika ADR-metoder erbjuder, men även att domstolsystemet kan fungera som en yttersta garant för upprätthållandet av access to justice. ADR-metoder bör därför inte prioriteras på domstolsprocessens bekostnad. Effektiviteten av ADR-metoder bygger i förlängningen på ett fungerande domstolssystem, dels i Bolivia där skiljeförfarandet är beroende av domstolen, dels i Sverige där incitament att delta i ADR-metoder har samband med det statliga tvånget som en yttersta åtgärd. En växelverkan mellan domstolsprocessen och ADR kan därför motverka olika hinder mot access to justice i syfte att göra processen snabb, säker och billig.

Jämförelsen av boliviansk och svensk rätt visar att det föreligger stora likheter mellan rättssystemen. Detta är emellertid inte ett förvånande resultat. Såsom angavs i metodavsnittet förväntas inom den komparativa rätten att jämförelsen mellan olika rättssystem ska visa att rättssystemen reglerar samma problem på samma eller mycket liknande sätt.⁴⁴² Detta gäller även rättssystem som inte anses tillhöra samma rättsfamilj. Det är i det sammanhanget inte förvånande att konstatera likheter eftersom Bolivia och Sverige delar ett till viss del historiskt rättsligt arv.⁴⁴³ Indelningen i rättsfamiljer kan också underlätta förståelsen för hur olika rättsliga regleringar har inspirerats av internationell utveckling. Omständigheten att Bolivia tillhör det romanska rättssystemet medför därmed att boliviansk rätt, precis som svensk rätt, har influenser från den europeiska rättsutvecklingen.

Avslutningsvis ska framhållas att syftet med uppsatsen har varit att jämföra utvecklingen av civilprocessen mot access to justice i Bolivia och Sverige. För att ge en övergripande bild av utvecklingen inom civilprocessen har domstolsprocessen och ADR-metoderna skiljeförfarande, förlikning och medling behandlats. De fyra frågeställningarna har besvarats i anslutning till respektive jämförelseavsnitt och därigenom har framgått att Bolivia och Sverige i stor utsträckning har vidtagit liknande åtgärder för att bemöta liknande hinder mot access to justice. En muntlig civilprocess medför således fördelar, men regleringen kan mot bakgrund av samhällsutvecklingen behöva modifieras med tiden. Enskilda regleringar har vidare betydelse för hur processkostnader som hinder mot access to justice kan motverkas. Vidare kan skiljeförfarande, förlikning och medling ses som alternativa tvistlösningsmetoder som kan bidra till förbättrad access to justice. Det är emellertid av betydelse att beakta att skiljeförfarandet i flera fall är beroende av ett fungerande domstolssystem. Vad gäller förlikning och

⁴⁴² Se ovan s. 11.

⁴⁴³ Se ovan s. 17.

medling är förfarandena endast lämpliga i vissa fall beroende på tvistens karaktär och parternas relation. Därtill är kunskapen om dessa metoder inte utbredd varken i Bolivia eller i Sverige. Med beaktande av domstolsprocessen som den yttersta garanten för access to justice kan dock skiljeförfarande, förlikning och medling i vissa fall utgöra komplement till domstolsprocess som i ett helhetsperspektiv kan förbättra access to justice i Bolivia och Sverige.

Käll- och litteraturförteckning

Svenskt offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1931:80 angående huvudgrunderna för en rättegångsreform

Prop. 1973:87 med förslag till lag om rättegången i tvistemål om mindre värden, m.m.

Prop. 1986/87:89 – om ett reformerat tingsrättsförfarande

Prop. 1988/89:78 – om högsta domstolen och rättsbildningen

Prop. 1998/99:35 s. 43 – Ny lag om skiljeförfarande

Prop. 1999/2000:26 – Effektivisering av förfarandet i allmän domstol

Prop. 2004/05:131 – En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol

Prop. 2010/11:128 – Medling och förlikning – ökade möjligheter att komma överens

NJA II

NJA II 1943

Statens offentliga utredningar

SOU 1982:26. Översyn av rättegångsbalken

SOU 1994:81. Ny lag om skiljeförfarande

SOU 1995:65. Näringslivets tvistlösning

SOU 2001:103. En modernare rättegång

SOU 2007:26. Alternativ tvistlösning

Bolivianska rapporter

”Cultura política de la democracia en Bolivia, 2014. Hacia una democracia de ciudadanos”, Ciudadania och LAPOP, Cochabamba Bolivia, september 2014

”Discurso informe 2013” Órgano Judicial de Bolivia, Tribunal Departamental de Justicia de La Paz 2013

“Propuesta de Política Pública de la Justicia en Bolivia”, Comisión Andina de Juristas, 2014

Svenska rättsfall

NJA 1979 s. 666

NJA 2008 s. 406

NJA 2012 s. 183

Bolivianska rättsfall

Tribunal Supremo de Justicia

AS 060/2003, meddelad 29 augusti år 2003

AS 27/2005, meddelad 11 februari år 2005

Tribunal Constitucional Plurinacional

SC 017/2001, meddelad 19 mars år 2001

SC 827/2003-R, meddelad 17 juni år 2003

SC 0646/2003-R, meddelad 13 maj år 2003

SC 0391/2006-R, meddelad 24 april år 2006

SC 0093/2006, meddelad 28 november år 2006

Litteratur

Arce Zaconeta, H, Lineas Rectoras y Principios Procesales del Nuevo Código de Procedimiento Civil Boliviano. I: El Nuevo Proceso Civil, Grupo Editorial Kipus 2014, s. 1–28

Bernitz, U, Heuman, L, Leijonhufvud, M, Seipel, P, Warnling-Nerep, W, Vogel, H-H, Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder, 13 uppl., Norstedts Juridik 2014

Bogdan, M, Komparativ rättskunskap, 2 uppl., Norstedts Juridik 2003

Brown, H & Marriott, A, ADR – Principles and Practice, 2 uppl., Thomson Sweet and Maxwell 1999

Bylander, E, Muntlighet vid domstol i Sverige. I: Muntlighet vid domstol i Norden, En rättsvetenskaplig, rättspsykologisk och rättsetnologisk studie av presentationsformernas betydelse vid domstol i Norden, Bylander, E & Lindblom P. H. (red.) Iustus förlag 2005, s 131–180

Bylander, E, Muntlighetsprincipen – En rättsvetenskaplig studie av processuella handläggningsformer i svensk rätt, Iustus förlag 2006

Bylund, T, Repetitionskompendium i processrätt, 8 uppl., Iustus förlag 2010

Cappelletti, M & Garth, B, Access to Justice – A World Survey, Vol. I:1, Sijthoff & Noordhoff 1978

Cappelletti, M, The Judicial Process in Comparative Perspective, Clarendon Press 1989

Chuquimia Zeballos, M-J, Bolivia. I El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación presente y tendencias de futuro, Zapata de Arbeláez, A, Barona Vilar, S & Esplugues Mota, C (red.) Nomos Impresores 2010, s. 149–181

Ekelöf, P-O, Litteratur, SvJT 1981 s. 109–130

Ekelöf, P-O, Materiell processledning och medling – två debattämnen på Domstolsverkets seminarier i processrätt för domare, SvJT 1979 s. 546–567

Ekelöf, P-O & Edelstam, H, Rättegång I, 8 uppl., Norstedts Juridik 2002

Ekelöf, P-O, Edelstam, H, Pauli, M, Rättegång V, 8 uppl., Norstedts Juridik 2011

Engström, D, Lag om medling i vissa privaträttsliga tvister – en kommentar, Jure 2011

Fernández Gutiérrez, E-W, De los procesos ordinarios y extraordinarios en el nuevo código procesal civil boliviano. I El Nuevo Proceso Civil, Grupo Editorial Kipus 2014, s. 67–84

Fernández Rozas, J-C, Tratado del arbitraje comercial en América Latina, Iustel 2008

Fitger, P, Något om en reformering av rättegångsbalken, SvJT 1999 s. 514–520

Guevara, R, & Inchauste, J-L, Arbitraje comercial internacional en Bolivia: Marco legal y jurisprudencial. I El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: Marco legal y jurisprudencial, Conejero Roos, C, Hierro Hernández-Mora, A, Macchia, V & Soto Coaguila, C (red.) La Ley grupo Wolters Kluwer 2009, s. 143–166

Herrera Añez, W, La reforma procesal civil y el debido proceso. I El Nuevo Proceso Civil, Grupo Editorial Kipus 2014, s. 111–164

Heuman, L, Skiljemannarätt, Norstedts Juridik 1999

Heuman, L, Specialprocess – Utsökning och konkurs, 7 uppl., Norstedts Juridik 2014

Hov, J, Rettergang i sivile saker, Papinian 1991

Ipiña Nagel, M, The Bolivian Legal System and Legal Research, Hauser Global Law School Program, New York University School of Law, Globalex 2009

<http://www.nyulawglobal.org/globalex/Bolivia.htm> (Hämtad 2014-05-26)

Knuts, G, Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling, Suomalainen Lakimiesyhdistys 2006

Kvart, J & Olsson, B, Tvistlösning genom skiljeförfarande – En handledning till lagen om skiljeförfarande, 3 uppl., Norstedts Juridik 2012

Lindblom, P-H, ADR – Opium för rättsväsendet? Synpunkter på alternativ tvistlösning och valfri process, SvJT 2006 s. 101–130

Lindblom, P-H, Civilprocessens grundprinciper de lege ferenda – Synpunkter i anslutning till det aktuella civilprocessuella reformarbetet i England, Danmark, Finland, Norge och Sverige, SvJT 2000 s. 105–155

Lindblom, P-H, Grupptalan i Sverige – Bakgrund och kommentarer till lagen om grupprättegång, Norstedts Juridik 2008

Lindblom, P-H, Progressiv process – Spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen, Iustus förlag 2000

Lindell, B, Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning, Iustus förlag 2006

Lindell, B, Alternativ tvistlösning – särskilt medling och skiljeförfarande, Iustus förlag 2000

Lindell, B, Civilprocessen – Rättegång samt skiljeförfarande och medling, 3 uppl., Iustus förlag 2012

Rodriguez Mendoza, F, Procedimiento Arbitral, El Pais 2004

Sánchez Morales, H-R, Los Principios en el Proceso Civil. I El Nuevo Proceso Civil Grupo Editorial Kipus 2014, s. 29–66

Tarifa Foronda, C, Conciliación y mediación en el derecho boliviano, Arte y Papel 2010

Tarifa Foronda, C, Arbitraje en Bolivia y Recurso de Anulación del Laudo Arbitral, Wa-Gui 2008

Valguamera, F, Den komparativa metoden. I Juridisk metodlära, Korling, F & Zamboni, M (red.) Studentlitteratur 2013, s. 141–173

Villarroel Bustios, J-C, Los procesos incidentales en el nuevo código procesal civil. I El Nuevo Proceso Civil, Grupo Editorial Kipus 2014, s. 199–218

Wanis-St. John, A, Implementing ADR in Transitioning States: Lessons Learned from Practice, Vol. 5:339, Harvard Negotiation Law Review 2000, s. 339–381

Zweigert, K & Kötz, H, An Introduction to Comparative Law, 3 uppl., Clarendon Press 1998