

Professor Anna Nylund, UiT Norges arktiske universitet

Begränsningen av tillgången till den andra instansen i tvistemål i ett nordiskt perspektiv

1. Den andra instansen i förändring i Norden

Överklaganden och begränsningar i tillgången till den andra instansen har varit ett återkommande tema i den nordiska processrätten de senaste decennierna. Kravet på effektivitet har under denna tid ökat. Samtidigt har arbetsbördan vuxit särskilt i de stora städerna. Antalet oavgjorda mål växer och behandlingen av mål tar (i varje fall relativt sett) lång tid. Därmed anses det vara nödvändigt att begränsa tillgången till den andra instansen.

Den andra instansens problem är delvis strukturella. De högsta domstolarna har i stort sett blivit renodlade prejudikatsdomstolar som själva väljer sina mål. Underrätterna måste behandla alla anhänggjorda mål. För trettio år sedan var den andra instansen egentligen en andra första instans, men idag vill man inte ha en civilprocess, där underrätten är en övningsrunda och den andra instansen den egentliga rundan. Den andra instansen ska överpröva mål, inte ompröva dem. Vad som egentligen ligger i överprövning är i någon grad obestämt och oklart,¹ och därför är den andra instansens roll också oklar.

För att kunna diskutera hur tillgången till den andra instansen bör begränsas och för att kunna avgöra om de begränsningar – eller spärrar – som finns fungerar, måste man veta vilken roll, vilka uppgifter eller funktioner den andra instansen ska uppfylla. I den nästa delen diskuteras den andra instansens roll i rättssystemet. I del tre och fyra presenteras och jämförs de begränsningar i tillgången till den andra instansen som används i Norden. I del 5 analyseras om spärrarna är ägnade att uppfylla de funktioner man önskar. Till sist i del 6 diskuteras hur den andra instansen kan utvecklas i framtiden.

¹ *Eric Bylander* diskuterar prövningstillståndets tilltänkta funktioner enligt svensk rätt i sitt bidrag »Varför krävs inte alltid prövningstillstånd i andra instans i Sverige?» på en annan plats i detta tidskriftsnummer.

2. Processrättens och domstolarnas funktioner

2.1 Den andra instansens funktioner, omprövning och överprövning

Det nordiska domstolssystemet har genomgått stora ändringar de senaste 30–40 åren.

Den översta instansen är i allt högre grad en renodlad prejudikatsdomstol, som (nästan) enbart dömer i mål som är av principiell betydelse. Den tredje instansen tolkar och klarlägger rättsnormer, bidrar till enhetlig tillämpning av rättsreglerna, utvecklar rätten och utövar lagkontroll. Den tredje instansen behandlar mål som har betydelse för andra mål i framtiden.² Detta betyder att de högsta domstolarna bör avstå från att ta upp mål där det handlar om små justeringar eller att rätta till enskilda (dock inte betydande) fel i rättsanvändningen eller domstolsförandet.³

Rättegången i underrätterna har också utvecklats. Den nordiska civilprocessen har idag en renodlad »main hearing»-modell för civilprocess, där förberedelsen för den koncentrerade huvudförhandlingen är mycket viktig. Domarna arbetar aktivt med att renodla målet, skilja tvistefrågor från de frågor som parterna är eniga om, skilja mellan viktiga och mindre viktiga frågor, och försöka skära bort onödiga eller mindre viktiga delar av målet. Dessutom främjar de nordiska domarna effektivt förlikningsbaserade lösningar. Med andra ord är den nordiska domaren en »*case manager*» par excellence. Man kan till och med påstå att vi i Norden har omsatt de engelska och tyska idéerna i en renare form än vad de engelska och tyska domstolarna har gjort.⁴

Den andra instansen kan sägas vara i kläm mellan den första och den tredje instansen. Den kan varken behandla alla mål eller välja och vraka så att den kan koncentrera sig på de mest intressanta frågorna. Det är inte enkelt att veta vilka mål domstolarna bör välja, vilka som ska gallras eller behandlas endast i begränsad grad. Den tvingas att balansera olika intressen och funktioner. Dessutom ska den andra instansen säkerställa att den tredje instansen kan uppfylla sin primära funktion, prejudikatbildningen. Den måste alltså se till att mål som verkar ha potential för att bli prejudikat behandlas så att den tredje instansen kan välja ut de mest betydande målen.

² Det nordiska systemet skiljer sig från motsvarande system i andra europeiska länder, både common law-länder och germanska och romanska länder. Se J. A. Jolowicz, »Introduction», i J. A. Jolowicz – C. H. van Rhee (red.), *Recourse against civil judgments in the European Union: a comparative survey* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), 1–18.

³ Se också Aleš Galič, »Does a Decision of the Supreme Court Denying Leave to Appeal Need to Contain Reasons?», i Jens Adolphsen – Joachim Goebel – Ulrich Haas – Burkhard Hess – Stephan Kolmann – Markus Würdinger (red.), *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag* (München: C.H. Beck 2014), 159–173.

⁴ Anna Nylund, »Introduction to preliminary proceedings», i Laura Ervo – Anna Nylund (red.), *Current Trends in Pre-Trial Proceedings* (Cham: Springer, under publicering).

De senaste decennierna har mantrat blivit överprövning. Den andra instansen ska inte ha en full *omprövning* av alla mål. Tvärtom ska den i första hand bara kontrollera om underrättens avgörande är korrekt, att såväl rättsfrågor som sakfrågor är riktigt avgjorda. Därefter prövas målen i den grad det är nödvändigt för att försäkra sig om att avgörandet är eller blir korrekt. Det är också viktigt att den andra instansen bidrar till rättsutvecklingen, att mål som kan ha betydelse som prejudikat tas upp till prövning.

I teorin är överprövning ett bra mål. I praktiken är mantrat överprövning en utmaning. Det är oklart vad överprövning betyder, alltså vad den andra instansens viktigaste funktioner är. Det är oklart både hur stor del av målen som ska prövas, vilka delar av målet som ska prövas och på vilka grunder man bör välja ut målen. Om man inte vet vilken roll den andra instansen har i domstolssystemet är det nästan omöjligt att skapa ett koherent system för begränsningarna och att skapa begränsningar som är effektiva.

Om processekonomi inte vore ett problem kunde man alltid tillåta omprövning. I så fall behöver man inte gallra. En fri tillgång till den andra instansen är inte idealt. Den andra instansen får svårt att styra underrätternas rättstillämpning på grund av det stora antalet mål, därmed försvagas rättsenhetligheten. Domstolarna av andra instans har då heller ingen möjlighet att jämföra varandras avgöranden. Ur parternas synvinkel är det heller inte optimalt med fri omprövning, eftersom rättegången blir dyrare och det tar längre tid att få en rättskraftig dom. I längden är det sannolikt att omprövning leder till att förfarandet i underrätten blir en slags testruna. Förenklat kan man säga »more appeal – less efficiency», »less appeal – more efficiency».⁵

Överprövning har många fördelar. Rättegången kan bli kortare och billigare för både parterna och domstolen. Domstolen kan koncentrera sitt arbete på de mål och delar av mål där det finns indikationer på att underrättens avgörande är felaktigt och på svåra frågor. Prövningen begränsas till de yrkanden, omständigheter, rättsfakta och bevis som åberopats i underrätten, det vill säga att man har stränga regler om preklusion mellan instanserna. En part får ändra sin talan eller åberopa nya bevis bara om parten har en god grund.⁶ Prövningen begränsas så långt som möjligt till de fel som parten har påpekat i sitt överklagande.

⁵ Alan Uzelac – C. H. van Rhee, »Appeals and Other Means of Recourse Against Judgments in the Context of Effective Protection of Civil Rights and Obligations», i Alan Uzelac – C. H. van Rhee (red.), *Nobody's Perfect* (Cambridge: Intersentia, 2014), 3–13. Tidigare kommunistiska stater tillåter överklagan i nästan alla frågor, medan common law-länder är restriktiva, se t.ex. Neil Andrews, »Restrictions on Appeals in English Law», i Alan Uzelac – C. H. van Rhee (red.), *Nobody's Perfect* (Cambridge: Intersentia, 2014), 73–94.

⁶ Danmark har liberalare regler än övriga nordiska länder. Se Bernhard Gomard – Michael Kisterup (2013). *Civilprocessen*, 7. utgåva (København: Karnov, 2013), 819–821 och 846. Om Sverige se t.ex. Lars Welamson – Johan Munck, *Processen i hovrätt och Högsta Domstolen. Rättegång IV. Fjärde upplagan.*, (Stockholm: Norstedts juridik, 2011), 55–57 och 74–82.

2.2 Civilprocessens funktioner

Begränsningarna i tillgången till den andra instansen påverkas också av vilka de primära syften eller uppgifter civilprocessen bör ha, civilprocessens funktioner. Funktionerna har diskuterats särskilt i svensk processrätt.⁷ Man har delat in funktionerna i olika grupper: funktioner på individplanet, funktioner på samhällsplanet, prejudikatfunktionen (rättsutveckling), kontrollfunktionen och den europarättsliga funktionen.

Diskussionen om funktionerna har ofta varit av rent akademisk karaktär och sällan varit kritiska eller baserade på empiriskt material. Ofta används funktionerna slentrianmässigt som argument. Man har inte i någon betydande grad diskuterat om funktionerna förverkligas i praktiken, hur funktionerna samverkar och om det uppstår oönskade funktioner, dysfunktioner.⁸ Diskussionen om funktionerna har sällan handlat om en analys av hur rättsanvändaren påverkas och hur funktionerna rent konkret bör balanseras.

På *individplanet* bidrar civilprocessrätten till konfliktlösning, alltså lösning av den enskilda konkreta tvisten mellan parterna, och rättsskyddsfunktionen, att parterna kan förverkliga – och får genomslag för – sina (juridiska) rättigheter. *Konfliktlösningsfunktionen* är uppfylld när underrätten har avgjort målet. Därför bidrar inte ett överklagande till bättre konfliktlösning, förutom om processen i underrätten inte var rättvis. »Less is more» med andra ord.

Rättsskyddsfunktionen kan gynnas av ett överklagande, om man räknar med att avgörandet blir mer »rätt». Överklagande av ett riktigt avgörande innebär normalt att verkställigheten av domen, alltså rättsskyddet, blir uppskjuten och att rättegången blir dyrare. Om underrättens avgörande är felaktigt, förbättrar överklagandet rättsskyddet. Det är alltså fråga om en balansgång. Som helhet gynnas individfunktionen av den andra instansens roll i form av överprövning.

Civilprocessens *samhällsfunktioner* kan också delas i två. *Genomslag för den materiella rätten* är besläktat med rättsskyddsfunktionen och förutsätter normalt att alla fel ska rättas, men att prövning av alla mål inte främjar den materiella rätten. I fråga om *handlingsdirigering* har den andra instansen en nyckelroll. Avgörandena har en viss vikt som rättskällor och den andra instansen har i uppgift är att bidra till förenhetligande av rättstillämpningen. Ju mer de högsta domstolarna är prejudikatdomstolar, och ju färre mål de avgör, i desto

⁷ Per Olof Ekelöf – Henrik Edelstam, *Rättegång*. Första häftet. Åttonde upplagan. (Stockholm: Norstedts Juridik, 2002), 13 ff., Per Henrik Lindblom, »Processens funktioner – en resa i gränslandet», i Per Henrik Lindblom, *Progressiv process. Spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen*, (Uppsala: Iustus förlag 2000), 41–85, Per Henrik Lindblom, »Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?», i Per Henrik Lindblom, *Sena uppsatser. Om domstolsprocessen, processmaterialet och den alternativa tvistlösningen*, (Stockholm: Norstedts juridik, 2006), 275–318, och Lena Landström, *Åklagaren som grindvakt*, (Uppsala: Iustus förlag, 2011), 30 ff.

⁸ Se Torbjörn Andersson, *Rättsskyddsprincipen*, (Uppsala: Iustus förlag, 1997), 202–207.

större grad måste den andra instansen komplettera den översta instansen. Den andra instansen måste konkretisera rättsregler. Detta betyder att handlingsdirigeringen och prejudikatfunktionen flyter in i varandra i den andra instansen.

Handlingsdirigering förutsätter att tillgången till den andra instansen är begränsad så att domstolarna kan koncentrera sig på de intressanta målen. Ju fler mål den andra instansen omprövar, desto svårare blir det för andra domstolar, jurister och allmänheten att hitta relevanta mål och desto mindre kan den andra instansen bidra till att klarlägga och konkretisera rätten. Tillgången bör dock inte begränsas i alltför hög grad, för då kan man förbise intressanta och viktiga mål.

För *prejudikatfunktionen* spelar det inte så stor roll om och hur tillgången till den andra instansen begränsas. Det centrala är att målet når den högsta instansen och då kan fri tillgång vara en fördel. Samtidigt är det viktigt att den andra instansen tar självständigt ansvar för att bidra till rättsutvecklingen. Det är viktigt att den andra instansen identifierar de rätta målen som potentiella prejudikat.

Samma argument gäller för *kontrollfunktionens* del, alltså särskilt i fråga om lagkontroll och laglighetskontroll. I Danmark och Norge, som inte har förvaltningsdomstolar, utövar de vanliga domstolarna också kontroll över förvaltningsmyndigheterna. Det betyder också att den andra instansens kontrollfunktion är större och att den andra instansen i högre grad måste utöva självständig kontroll.

Den *europarättsliga funktionen* betyder att mål där det är oklart om nationell rätt avviker från europeisk rätt eller där det är oklart hur en europeisk norm ska tolkas eller tillämpas, inte bör gallras. Domstolarna har en plikt att säkra att de mänskliga rättigheterna, både materiella rättigheter och processuella rättigheter (särskilt EMRK art. 6 och art. 13) blir genomförda i praktiken. Domstolarna har också, i varje fall på en del rättsområden, en plikt att tillämpa EU-rätt ex officio och att ge EU-rätt företräde. Med tanke på EU- (och EEA-) rätt är det viktigt att andra instansen tillämpar europeisk rätt och att den vid behov ber om ett förhandsavgörande från Luxemburg (och i framtiden från Strasbourg). Detta påverkar också frågan om begränsningar i tillgången till den andra instansen, och betyder att det europarättsliga elementet måste beaktas när domstolen avgör om ett mål bör gallras. Om en viss typ av mål systematiskt gallras kan gallringen i sig kränka europarätten.⁹ Särskilt med tanke på EU-rätten kan det vara utmanande för en domstol att självmant hitta mål med ett europarättsligt element. Därför kan en strikt överprövning hindra domstolen från att utöva sina funktioner.

Diskussionen om civilprocessens funktioner ger endast begränsad information om hur tillgången till den andra instansen bör begränsas. Det centrala är att

⁹ Se Lindblom 2006, 305 och Andersson 1997, 279 ff.

den andra instansen kan välja ut rätt mål. »Rätt» mål handlar i detta sammanhang primärt om mål där det finns tydliga indikationer på att underrättens avgörande eller rättegången i underrätten kan vara felaktig. Dessutom omfattas gruppen av »rätta» mål av mål som potentiellt bidrar till rättsutveckling, lagkontroll, förvaltningskontroll och den europarättsliga funktionen.

Man kan också fråga sig om man bör skilja mellan rättegångsfel, rättsfrågor och bevisfrågor. Rättegångsfel kan påverka underrättens avgörande, och därför potentiellt påverka alla funktioner. Samtidigt kan man fråga sig om det är viktigt att rätta till små fel som uppenbart inte har påverkat avgörandet. Om ett fel förekommer ofta är det viktigt att rätta det för att göra underrätten uppmärksam på felet. Fel i sakfrågor påverkar också de flesta funktioner. Samtidigt kan man fråga om det är lönsamt att rätta till mindre fel, eller om den andra instansen primärt bör koncentrera sig på större eller upprepade fel. Att rätta fel i bevisfrågor stöder närmast funktionen om individuellt rättsskydd och i begränsad grad andra funktioner. Därför bör tröskeln för att ta upp mål där man misstänker att bevisfrågan är felaktigt avgjord vara ganska hög.

3. Olika typer av begränsningar i tillgången till den andra instansen

Tillgången till den andra instansen kan begränsas på många sätt. I min snart tio år gamla avhandling »Tillgången till den andra instansen i tvistemål»¹⁰ identifierade jag två olika modeller för begränsningar: *prövningstillstånd för småmål* och det jag kallade förkastande beslut, alltså *sällning*. Under de tio senaste åren har *generellt prövningstillstånd* införts i Finland och Sverige. Dessutom kan en *skriftlig process* ses som en möjlig begränsning av tillgången till den andra instansen.

Förutom begränsningar som uttryckligen regleras, finns indirekta begränsningar. Preklusion mellan instanserna leder till att parterna bara undantagsvis har rätt att ändra sin talan och åberopa nya rättsfakta eller bevis. Rättegångskostnader kan påverka hur villiga parterna är att överklaga, särskilt om domstolsavgifterna är höga. I Danmark är avgifterna höga för mål vars värde överstiger DKK 50.000, nämligen 1,2 % av värdet plus DKK 150. Reglerna för rättshjälp och behov för att anlita ett rättsligt biträde kan påverka benägenheten att överklaga. Även om de indirekta begränsningarna kan ha en viss betydelse, faller de utanför ramarna för den här artikeln.

Handläggningsformen är också viktig med tanke på utformningen av och valet av begränsningar. I Västnorden, Danmark och Norge, är huvudregeln ett

¹⁰ Anna Nylund, *Tillgången till den andra instansen i tvistemål*, (Helsingfors: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2006).

muntligt sammanträde, medan Östnorden, Finland och Sverige, använder skriftlighet i mycket större grad.¹¹

I Västnorden är skillnaden mellan omprövning och överprövning mindre, eftersom handläggningen i varje fall är i huvudsak muntlig. En stark huvudregel om muntlighet leder till att man behöver en mekanism för skriftligt förfarande, när det finns behov för det med tanke på ändamålsenlighet eller effektivitet.

I Östnorden kan handläggningen vara antingen skriftlig eller muntlig. Målen styrs till muntlig förhandling om det finns behov för att ta upp muntlig bevisning på grund av en felaktig bevisvärdering, alltså att underrätten tillmätt ett visst bevis fel värde (tilltrosbevisning),¹² om en part har bett om det eller om det anmars är nödvändigt.¹³ I övrigt kan målet behandlas skriftligt. Omprövning betyder att en större andel mål behandlas i ett muntligt förfarande, medan överprövning begränsar muntlighet först och främst till mål där det är orsak att tvivla angående tilltrofrågor. Skriftlig handläggning är effektiv eftersom ett avgörande kan begränsas till att den andra instansen ansluter sig till underrättens avgörande utan att motivera sitt avgörande. Därför finns det mindre behov för regler för skriftligt förfarande för att uppnå större effektivitet eller ändamålsenlighet.

3.1 Prövningstillstånd för småmål

Prövningstillstånd för småmål betyder att tillgången till den andra instansen begränsas i mål med ett förhållandevis litet ekonomiskt värde. Denna begränsning finns i Danmark och Norge. Målet anses som litet om summan är högst DKK 50.000 i Danmark (retsplejeloven (rpl.) § 400) och NOK 125.000 (tvisteloven (tvL.) § 29–13 1 st.) i Norge, där summan är dubbelt så hög. Värdet på intresset är baserat på det parten åberopar, alltså skillnaden mellan det krav som

¹¹ Den svenska rättegångsbalken ger hovrätterna ganska vida ramar för att avgöra målet utan huvudförhandling, se svRB 50 kapitel 13 §. I Finland finns motsvarande regler i fiRB 26 kapitel 14 § och 14 a §. Se också Eric Bylander, Muntlighetsprincipen. En rättsvetenskaplig studie av processuella handläggningsformer i svensk rätt, (Uppsala: Iustus förlag, 2006), 99–123.

¹² Doktrinen om tilltrosbevisning betyder att om bevisfrågan beror på vilken tilltro, alltså vilket bevisvärde, som ska ges till muntlig bevisning, måste domstolen ta upp bevisningen på nytt antingen genom att se på videoinspelningar från underrätten eller genom att höra personen på nytt. Lindell använder det något makabra exemplet om vittnet A. A berättar att B gick med en yxa i handen i parken där C blev brutalt dödad. Frågan om A faktisk såg B eller verkligen såg att B hade en yxa i handen är en tilltrofråga, alltså vilket bevisvärde A:s berättelse ska ges. Frågan om vilka slutsatser man kan dra från berättelsen är inte en fråga om tilltro. Se *Bengt Lindell*, Civilprocessen – rättegång samt skiljeförfarande och medling. Tredje upplagan, (Uppsala: Iustus förlag, 2012), 401–404. Se också Welamson – Munck 2011, 81 ff. och *Dan Frände – Erikki Havansi – Dan Helenius – Risto Koulu – Juha Lappalainen – Heidi Lindfors – Johanna Niemi – Jaakko Rautio – Jyrki Virolainen*, Prosessioikeus. Kolmas painos, (Helsinki: SanomaPro, 2012), 1156 ff.

¹³ Detta är en följd av Europadomstolens praxis om när muntliga förhandlingar ska användas. Se t.ex. Nylund 2006, 113–114 och Bylander 2006, 69–80.

parten åberopar i den andra instansen och summan i underrättens dom. Därmed kan prövningstillstånd behövas i mål där käranden yrkat på t.ex. en miljon NOK, och fått 900.000 NOK.¹⁴

I småmål är huvudregeln att prövningstillstånd *inte* meddelas även om underrättens dom är felaktig. Prövningstillstånd meddelas om målet gäller en fråga som har betydelse för andra mål eller om vägande grunder talar för det. Eftersom huvudregeln är att prövningstillstånd meddelas bara undantagsvis, kan motiveringen vara mycket knapp eller saknas helt.

3.2 Generellt prövningstillstånd

Finland och Sverige har infört regler för *generellt prövningstillstånd* i tvistemål. Prövningstillstånd ska meddelas om det finns anledning att betvivla riktigheten av tingsrättens avgörande (ändringsdispens), om det inte är möjligt att bedöma riktigheten av tingsrättens avgörande utan att meddela tillstånd (granskningsdispens), om det är av vikt för rättstillämpningen att målet prövas (prejudikatdispens) eller om det annars finns synnerliga skäl att pröva målet (extraordinär dispens), se svenska rättegångsbalken (svRB) 49 kapitel 14 §. Prövningstillståndet kan begränsas till en del av målet. I Finland finns motsvarande regler, men man har valt att inte använda begreppet prövningstillstånd, utan eufemismen »tillstånd till fortsatt handläggning» (»jatkokäsittelylupa» på finska), se finska rättegångsbalken (fiRB) 25 a kap.

Avgörandet om prövningstillstånd tas på basis av överklagandet, men avgörandet kan också föregås av skriftväxling (svRB 50 kap. 7a § och fiRB 25a kap. 13 §). I Finland ska prövningstillstånd meddelas när en av ledamöterna anser att tillstånd ska meddelas, medan normala omröstningsregler gäller i Sverige. I Finland måste domstolen motivera ett avslag på prövningstillstånd (fiRB 25 a kap. 17 §). Det krävs däremot inte i Sverige.¹⁵ Det är möjligt att begränsa tillståndet till en del av målet.

3.3 Sällning

Beslut där mål som saknar fog avvisas¹⁶, *sällning*, är en ny kategori av begränsningar till den andra instansen. Bestämmelser av den här typen finns för tviste-

¹⁴ Se närmare Lars Lindenchrone – Erik Werlauff, Dansk retspleje. 6. udgave, (København: Karnov Group, 2014), 375–376, Gomard – Kisterup 2013, 834–837 och Tore Schei – Arnfinn Bårdsen – Dag Bugge Nordén – Christian Reusch – Toril M. Øie, Tvisteloven. Kommentartutgave Bind II, (Oslo: Universitetsforlaget, 2012), 576–578.

¹⁵ Frände m.fl. 2012, 1149–1150, Lindell 2012, 393–397 och Welamson – Munck 2011, 92–95.

¹⁶ I Danmark är avgörandet en avvisning och i Norge har man valt beslut som form för avgörandet.

mål i både Danmark (rpl. § 368 a) och Norge (tv1. § 29–13, 2 st.).¹⁷ Bestämmelsen gäller inte småmål som har beviljats prövningstillstånd. Enligt bestämmelserna kan den andra instansen avvisa en överklagan som saknar fog. Mål som är potentiella prejudikat ska inte avvisas. I Norge kan en del av målet sällas, men i Danmark måste hela målet sällas.

Rätten har en plikt att informera parterna om att målet kommer att sällas. Då kan parterna antingen välja att självantaga återta överklagandet, att framföra nya argument till stöd för sitt överklagande eller att stilla acceptera slutresultatet. Avgörandet om sällning måste motiveras kort. I Norge krävs enhällighet, se tv1. § 29–13 st. 5.

Man kan påstå att sällning är en spegelbild av prövningstillstånd. För prövningstillstånd öppnas dörren till den andra instansen bara av särskilda skäl, medan ett mål kan sällas bara om det är klart att överklagandet saknar fog.

3.4 Skriftlig handläggning

Ett fjärde sätt att begränsa tillgången till den andra instansen är att *ha regler för skriftlig handläggning*. I Finland och Sverige har den andra instansen goda möjligheter till skriftlig handläggning, och en betydande andel mål avgörs i skriftligt förfarande.¹⁸ I Sverige får hovrätten avgöra saken utan huvudförhandling om saken kan utredas tillfredställande och parterna inte ber om huvudförhandling eller om huvudförhandlingen uppenbart är obehövlig (svRB 51 kap. 13 §). I Finland är huvudregeln fortfarande skriftlig handläggning, och muntlig handläggning hålls bara om det gäller bedömning av muntlig bevisning eller en part ber om det (fiRB 26 kap. 14–16 §§). Därför bör skriftlig handläggning inte betraktas som en begränsning av tillgången till den andra instansen, utan som en normalform för handläggningen.

I Västnorden kan tillgången till en muntlig behandling bara delvis begränsas. I Norge kan ett överklagande som bara gäller rättsfrågor eller processuella frågor behandlas i ett skriftligt förfarande (tv1. § 29–16, 5 st.). Dessutom kan mål som gäller bevisfrågor behandlas skriftligt om det bara i någon mån finns behov för omedelbar bevisföring, alltså att höra personer eller granska föremål. Även om man väljer skriftligt förfarande kan en eller flera frågor behandlas muntligt. Med andra ord har domstolarna befogenheter att anpassa förfarandet till målet. Parterna argumenterar för sina åsikter i en eller flera skriftliga inläggor.¹⁹

¹⁷ Schei m.fl. 2012, 1039–1047.

¹⁸ Frände m.fl. 2012, 1154–1159, Lindell 2012, 407–410 och Welamson – Munck 2011, 106–111.

¹⁹ Schei m.fl. 2012, 1053–1054.

I Danmark kan ett mål behandlas i ett skriftligt förfarande om parterna är eniga om skriftlig handläggning eller om det i övrigt är ändamålsenligt, se rpl. § 387. Parterna framför sina argument i en längre skriftlig partsinlägga. Bestämmelsen används sällan.²⁰

Den svenska regeln om att hovrätten kan avgöra målet på basis av handlingarna om överklagandet är uppenbart ogrundat (svRB 50 kap § 13), är utformad som en regel om handläggningsform, även om det är fråga om en regel om att uppenbart ogrundade mål kan avgöras snabbt. Bestämmelsen gäller för exceptionella fall och används sällan.²¹ Dess användningsområde har blivit mer begränsat efter införandet av generellt krav på prövningstillstånd i tvistemål.

4. En jämförelse av olika begränsningar

Presentationen av modellerna är baserad på ett slags »idealtyper», grundmodeller, som i praktiken varierar beroende på lagstiftningen, de övriga delarna av rättegången och rättskulturen eller domstolskulturen. Övergångarna mellan de olika typerna av begränsningar är glidande. Sammanfattningsvis kan likheterna och olikheterna mellan de fyra förstnämnda begränsningarna framställas som i tabell 1.

²⁰ Lindenchrone – Werlauff 2014, 383 och Gomard – Kisterup 2013, 847.

²¹ Se Lindell 2012, 408.

Tabell 1. Olika sätt att begränsa tillgången till den andra instansen i de nordiska länderna

	Prövningstillstånd för småmål	Generellt prövningstillstånd	Sällning	Skriftlig behandling
Huvudregel	Målet gallras	En del mål gallras	De flesta gallras inte	Muntlighet
Förutsägbarhet	God	Ganska ofta möjligt att förutspå	Ganska ofta möjligt att förutspå	Ofta möjligt att förutspå
Kriterier	Målets betydelse och behov för ändring	Saknar fog eller inte möjligt att kontrollera, problem om det beror på muntlig bevisning	Saknar fog, undantag om principiellt viktigt	Vilka delar av målet är relevanta, behov för muntlig handläggning
Underlag för avgörandet	Överklagande och svar	Överklagande (och svar)	Ofta bara överklagande	Överklagande och svar
Kommunikation med parterna före avgörandet	Inte förrän avgörandet fattas	Vid behov	Kan varna parterna om beslutet	Ofta behov av diskutera med parterna eller få samtycke
Funktion	Gallra bort småmål, processekonomi	Undvika muntlig handläggning och långa domsmotiveringar	Undvika handläggning och långa domsmotiveringar	Försöka anpassa handläggningen till målet, skriftlighet och muntlighet
Processekonomi	Parterna, domstolen	Domstolen	Domstolen (parterna)	Domstolen, parterna
Hindra överklagande	Alla mål	Alla mål	Mål som saknar fog	–
Motivering	Nej	Beror på landet	Ja, kort	Nej, kräver samtycke
Vilka länder	DK, NO	FI, SE	DK, NO	DK, NO

4.1 Prövningstillstånd för småmål och generell prövningstillstånd

Avsikten med prövningstillstånd för småmål är att begränsa prövningen till en instans. Orsaken är att rättegången ofta kostar lika mycket eller mer än det omtvistade värdet. Prövningstillstånd ger parterna en signal om att de har bara en enda chans – alltså i underrätten – och att möjligheterna att överklaga är begränsade. Undantag görs bara om målet kan ha större betydelse, till exempel som prejudikat eller som ett verktyg för den andra instansen att enhetliggöra underrätternas rättstillämpning. Dessutom bör prövningstillstånd meddelas för att rätta till större fel. Prövningstillstånd i småmål har antagligen i någon grad handlingsdirigerande funktion och begränsar antalet överklaganden.

Generellt prövningstillstånd har delvis andra funktioner. Det handlar inte först och främst om att begränsa kostnaderna, utan om att *bli kvitt mål som saknar fog*. För mål som kan behandlas i ett skriftligt förfarande innebär generellt prövningstillstånd processekonomiska vinster i stort sett bara, om avgörandet att inte meddela prövningstillstånd görs på basis av överklagande utan skriftväxling. Om skriftväxling sker, är handläggningen nästan lika omfattande som i mål som avgörs på handlingarna. Detta gäller särskilt i Finland, där ett avgörande om att inte meddela prövningstillstånd måste motiveras.

För mål som gäller tilltrosbevisning eller där det i övrigt finns behov för en muntlig förhandling är skillnaderna större. Därför har generellt prövningstillstånd en funktion som spärr till den muntliga förhandlingen. Med andra ord kan man säga att generellt prövningstillstånd har en dubbelfunktion: domstolen kan gallra bort mål som saknar fog och begränsa tillgången till den muntliga förhandlingen. Dessutom betyder generellt prövningstillstånd att parterna måste ha tydliga argument för varför underrättens avgörande är felaktigt (och varför det finns andra orsaker att meddela prövningstillstånd). Med andra ord måste den som överklagar peka på konkreta brister. Om avgörandet om prövningstillstånd föregås av skriftväxling, och rätten tar del av inspelningar av förhör från underrätten, kan själva gallringsfasen bli så pass omfattande att besparingarna blir små.

Prövningstillstånd för småmål skapar förutsägbarhet och är enkelt att tillämpa, men risken är att man missar mål som kan vara intressanta. Flera centrala mål i Europadomstolen och i EU-domstolen handlar om struntsummor. Småmålsgränsen leder till att exempelvis konsumentmål ofta eller nästan alltid faller utanför gränsen, medan andra rättsområden nästan aldrig drabbas av den. Storleken på intresset i målet berättar inte heller om hur viktigt eller hur svårt målet är. Vanliga medborgares relativt små mål uppfyller troligen ofta inte minimikravet. Därför är det viktigt att man inte är alltför restriktiv med prövningstillstånd.

Ett annat centralt problem med prövningstillstånd för småmål är att handläggningen i den första instansen sker enligt regler om förenklat förfarande, det

vill säga att målet inte nödvändigtvis prövas fullt ut eller särskilt ingående. Parterna ska kunna processa helt utan eller enbart med begränsat rättsligt bistånd. Dessutom är det vanligt att domare med minst erfarenhet får dessa mål (dommerfullmäktig, tingsnotarie). Man kan säga att det är fråga om mål där behovet för materiell processledning är störst, men där den begränsade processen och valet av domare gör att kvaliteten på och omfattningen av processledningen kan vara begränsad. Därför kan man säga att behovet för kontroll av avgörandena är större än i andra mål. Småmål synliggör problemet med att access to justice hindras både av en orimligt dyr rättegång och av att man erbjuder »poor justice to the poor» genom en förenklad rättegång.

4.2 Generellt prövningstillstånd och sällning

Generellt prövningstillstånd och sällning är på många sätt lika. Båda begränsar tillgången till andra instansen för mål som saknar fog, alltså mål där ingenting tyder på att underrättens avgörande är felaktigt eller bristfälligt, eller att ett eventuellt fel är obetydligt. Ändamålet för båda mekanismerna är det samma: att styra den andra instansens arbete till överprövning, alltså till mål och delar av mål som innehåller eller kan innehålla något fel. Båda resulterar i princip i bättre processekonomi.

Skillnaden är att ett generellt prövningstillstånd bygger på att spärren ska passeras för att målet ska tas upp till handläggning. I sällning prövas alla mål, men under förberedelsen identifierar domstolen mål som saknar fog och därför gallras bort. Detta återspeglas i hur kriterierna för begränsningen är utformade och i vilken grad domstolen måste förvarna parterna om att målet inte kommer upp till full prövning.

Fördelen med sällning är att man inte har ett separat förfarande för att meddela prövningstillstånd, utan sällningen är en biprodukt av förberedelsen. Därför sparar sällningen resurser. Nackdelen med sällning är att överraskningsmomentet kan vara större, eftersom sällning är utformat som ett klart undantag.

Den största skillnaden mellan generellt prövningstillstånd och sällning ligger i skillnaden mellan östnordisk och västnordisk rättskultur, främst i skillnaden i handläggningsformerna. De finska och svenska reglerna präglas av att tilltrosbevisning öppnar portarna till en muntlig förhandling och att muntliga förhandlingar är kostbara och tidskrävande. Generellt prövningstillstånd speglar tydligt detta, eftersom ändringsdispens delvis handlar om tilltrosbevisning. Eftersom det är svårt att kontrollera avgörandet utan att höra bevisningen är det frestande för parterna att motivera överklagandet med fel i bevisvärderingen. I Finland är sambandet mellan tilltrosbevisning och generellt prövningstillstånd mycket starkt, så starkt att bestämmelsen om prövningstillstånd uttryckligen uppger tilltrosbevisning som en faktor som ska påverka om prövningstillstånd meddelas eller inte.

För mål som kan avgöras i ett skriftligt förfarande finns det egentligen inget behov av ett prövningstillståndssystem i Östnorden. Målet kan i alla händelser avgöras på basis av handlingarna och domsmotiveringen kan vara mycket kort. I praktiken är det ofta bara en hårfin skillnad mellan skriftligt förfarande och prövningstillstånd.²² För en lekman är det antagligen mycket svårt att förstå skillnaden.

I Västnorden används skriftlighet i mindre grad, vilket gör att muntlig bevisning inte har någon särskild betydelse för handläggningsformen. Därför fungerar sällning som en kanal till ett skriftligt förfarande för mål som saknar fog. Synen på muntliga förhandlingar är också annorlunda och man ser dem i större grad som en möjlighet för en dialog mellan parternas ombud eller biträden och domstolen. Därför är muntlighet viktig även om man inte hör vittnen eller parterna. Skillnaden mellan muntlig och skriftlig process kan förklara varför Finland och Sverige har valt generell prövningstillstånd, inte sällning.

Vidare kan det verka som om västnordiska domstolar har en högre tröskel att anse att bevisfrågan är felaktigt avgjord.²³ Det finns indikationer på det, men det är svårt att avgöra utan närmare forskning i nationella domstols- och domarkulturer. I England anser andra instans-domstolarna att de inte är bättre på att avgöra bevisfrågor än underrätterna; därför prövar de sällan bevisfrågor.²⁴

4.3 *Prövningstillstånd, sällning och skriftlig process*

Skillnaden mellan skriftligt förfarande å ena sidan och sällning eller generellt prövningstillstånd å andra sidan är också klar. Den ena reglerar handläggningsformen, den andra om målet kommer upp till prövning. Sällning och generellt prövningstillstånd avgörs tidigt under handläggningen, medan avgörandet om skriftligt förfarande kan göras ganska sent och därmed på en bredare grundval. Domsmotiveringarna är ofta knappa för sällning och generellt prövningstillstånd, medan en dom efter ett skriftligt förfarande ska vara fullständig. Vidare förutsätter ett skriftligt förfarande att parterna samtycker, eller att de i varje fall inte motsätter sig det, medan domstolen kan besluta om sällning och generellt prövningstillstånd mot parternas vilja. Reglerna är också utformade på helt olika sätt, i det ena fallet som en spärr och i det andra fallet som en fråga om handläggningsform.

Reglerna har trots olik utformning delvis samma funktion, att möjliggöra ett skriftligt förfarande. Generellt prövningstillstånd betyder att förfarandet är be-

²² Bylander 2006, 121.

²³ Det finns inte tillförlitlig statistik om sällning. I Norge räknar man med att ungefär två av tre brottmål sällas. Detta tyder på en hög tröskel för att ändra på bevisfrågan.

²⁴ Andrews 2014.

gränsat, medan reglerna för skriftligt förfarande utgår från att handläggningen är omfattande.

På grund av de stora skillnaderna i »processrättskulturen» i Norden finns det behov för olika utformningar och tillämpningar av reglerna. I en kultur baserad på muntlighet behövs mycket mer detaljerade regler för undantag, alltså skriftlighet. Det motsatta sker i den östnordiska kulturen där skriftlighet är en av två »normalformer». Båda kulturerna försöker skapa en god balans mellan muntlighet och skriftlighet, men de närmar sig frågan från olika håll. De största skillnaderna verkar finnas mellan Finland och Danmark.

5. En kritisk granskning av begränsningarna

5.1 *Processekonomi eller slöseri med resurser?*

Det är svårt att ge något svar på om en viss typ av begränsning i tillgången till den andra instansen leder till att civilprocessrättens tilltänkta funktioner blir uppfyllda i större grad. Utfallet beror på själva regelverket, på hur reglerna praktiseras och på hur den andra instansen uppfattar sin roll. Därför behövs empiriska undersökningar om hur begränsningarna fungerar i praktiken.

Begränsningarna har antagligen en viss processekonomisk effekt. Om parterna samt rättegångsbiträdena och -ombuden vet att ett ogrundat eller ett dåligt grundat överklagande blir gallrat, låter en del bli att överklaga, eller begränsar överklagandet. Rättegångsbiträdet tänker kanske också på sitt renommé och låter bli överklaganden som saknar fog.

Samtidigt kan man fråga om effekten är så stor. Att gallra fram och hitta de rätta målen kräver goda kunskaper och mycket arbete. Det är inte säkert att man lyckas hitta alla. Ju mer resurskrävande själva gallringen är, desto mindre resurser sparar man. I värsta fall blir gallringsfasen en halv rättegång. Det är viktigt att balansera mellan att använda tillräckligt med tid på gallringen och att inte låta den bli för omfattande.

Begränsningarna bidrar till att stärka första instansens roll, eftersom parterna (och samhället i övrigt) görs uppmärksamma på att man i stort sett har *endast en chans i rättssystemet*. Parterna gör bäst i att förbereda målet grundligt inför huvudförhandlingen i underrätten.

Det blir samhällsekonomiska följdkostnader om domstolarna väljer fel mål, om de mål man valt inte visar sig vara de rätta. Generellt prövningstillstånd är den begränsning som verkar medföra endast små inbesparingar. Prövningstillstånd för småmål kan drastiskt försämra tillgången till domstolarna för små- och medelinkomsttagare och mindre företag. Prövningstillstånd för småmål gör att några typer av mål tenderar att inte komma till en högre instans. Både rättsutvecklingen och kontrollen av underrätterna försämras. Dessutom kan den europarättsliga funktionen försämras.

5.2 Grindvakt eller sakletare?

Ett stort problem med den andra instansen är att dess roll i domstolssystemet är oklar. Därför är det också oklart vilken funktion begränsningarna borde ha. Domarna i den andra instansen kan uppfatta sig själv som grindvakter eller sakletare.

»Grindvakten» (gatekeeper) uppfattar sin uppgift som att summariskt stoppa mål som saknar fog och därefter döma i de som passerat grinden.²⁵ Det betyder att tröskeln till den andra instansen blir hög och att det gäller att gallra bort så många mål som möjligt i stället för att försöka gallra bort de rätta målen. Detta problem har uppstått i bland annat engelsk²⁶ och tysk rätt. I Tyskland fanns för tio år sedan exempel på domstolar där ca 65 % av tvistemålen gallrades.²⁷

»Sakletaren» är en slags Pippi Långstrump som letar efter kap. Pippi blir glad över en rosig plåtburk som hon använder som kakburk. Domaren som sakletare letar efter intressanta frågor. Sakletaren ser som sitt mål att hitta potentiellt intressanta aspekter hos mål och ser det som mycket angeläget att gallra försiktigt. Ju mindre resurser domstolarna använder på gallring, desto mer resurser kan de använda på de viktiga frågorna. Därför är det inte något självändamål för sakletaren att gallra mål, tvärtom är gallring en risk.

Vidare påverkas gallringen av domarens syn på muntliga förhandlingar och processledning. Om man försöker undvika muntliga förhandlingar eller bevisupptagning, gäller det att gallra med hård hand. Om muntliga förhandlingar uppfattas som något önskvärt, gäller det att gallra försiktigt. Ju mer domaren tänker utöva aktiv processledning, desto mindre blir behovet för att gallra mål. Då kan domaren under själva handläggningen av målet styra diskussionen till de intressanta frågorna och därmed uppnå effektivitet.

Detta betyder att olika domstolar och domare kan ha olika syn på andelen mål som ska gallras och vilka mål som bör gallras. Parternas rättsskydd och förutsägbarheten blir lidande. Överdrivet bruk av gallring är ett problem med tanke på *rätten till en rättvis rättegång* enligt EMRK art. 6. Så länge man bara plockar ut mål som kan bli prejudikat räknas bedömningen som formell. När rätten prövar sak- och rättsfrågan i målet har parterna rätt till en rättvis rättegång enligt EMRK art. 6, bland annat har parten rätt till en muntlig förhandling och

²⁵ Peter Westberg, *Civilrättskipning*, (Stockholm: Norstedts Juridik, 2013), 243.

²⁶ Se Andrews 2014.

²⁷ Herbert Roth, »Zivilprozessuales Rechtsmittelrecht und funktionale Zweigliedrigkeit«, *JuristenZeitung* (2006), 14 och Jens Bormann, »Tagungsbericht Der 65. Deutsche Juristentag vom 21. bis 24. September in Bonn. Abteilung Verfahrensrecht«, *Juristenzeitschrift* (2005), 178–180.

rätt till domsmotivering.²⁸ Detta betyder naturligtvis inte att rättegången eller domsmotiveringarna inte kan vara korta eller att skriftligt förfarande inte är tillåtet, utan att möjligheterna att begränsa rättegången och dess form minskas.

5.3 Överprövning – eller omprövning i förklädnad?

Om man betonar spärrens till den andra instans i för hög grad, kan det betyda att mål som passerat spärren i praktiken blir omprövade. När målet väl har passerat spärren prövas alla aspekter, inte bara det som är intressant. För rättegångsombudet handlar det om att se till att målet passerar spärren. Det ideala fallet är det motsatta: spärren är till för att stoppa ogrundade mål, men det viktiga är att handläggningen i den andra instansen styrs till de delar av målet som är intressant. Även om målet passerar spärren, är prövningen begränsad till centrala frågor och bevis.

Traditionella spärrar, som prövningstillstånd och sällning, kan *de facto* leda till att mål som har passerat spärren får en omprövning. Testet blir att passera spärren, efter det är det fritt fram. De processekonomiska besparingarna kommer när man gallrar bort mål, men inbegriper inte den efterföljande processen. Med andra ord är omprövningen en slags omprövning i förklädnad. Den gynnar domstolens roll som grindvakt och kan leda till att frågor som borde bli behandlade gallras bort, eftersom hela målet gallrats bort. Samtidigt får man en ny behandling av många »ointressanta» frågor som borde gallras bort. I värsta fall får man en situation där man gallrar fel mål och resultatet är »less appeal, less efficiency».

Partiella begränsningar, det vill säga att en del av målet tas upp till full prövning, kan användas för att styra parterna till överprövning. Problemet är att partiella begränsningar bör användas bara för sådana delar av målet som inte kan påverka resten av målet. Om en del kan påverka en annan bör man inte använda en partiell begränsning. Till exempel om köparen yrkar på ersättning på grund av att varan levererats för sent och dessutom kräver kompensation på grund av fel på varan, är felet oberoende av varandra och det ena kan gallras. Däremot kan man inte gallra bort frågan om storleken på skadeståndet, även om detta är ostridigt ifall ansvarsfrågan är stridig. I en motsatt situation, där ansvaret är klart men skadeståndet oklart, kan man normalt tänka sig att det är möjligt att gallra bort frågan om ansvaret.

Partiella begränsningar är ett problem om man under handläggningen inser att en fråga som gallrats bort trots allt är relevant. Till exempel i ett mål med tre eller flera alternativa yrkanden kan man tänka sig att förfarandet begränsas till de två första yrkandena. Under huvudförhandlingen blir det klart att också det

²⁸ Se till exempel Hansen mot Norge, application number 15319/09 dom av 2.10.2014 och Ekbatani mot Sverige Series A no. 134, dom av 26.5.1988.

tredje alternativet kan vara viktigt, eller att det rent av bör vara det viktigaste. Ska domstolen då uppskjuta huvudförhandlingen för att ge parterna tid och möjlighet att diskutera det tredje yrkandet och framföra bevisning, även om detta gör att rättegången tar avsevärt längre tid?²⁹

6. Tillgång till den andra instansen i framtiden

6.1 Den andra instansen och dess funktioner i Norden

Det är svårt att säga i vilken grad den andra instansen de facto bidrar till att uppfylla civilprocessens funktioner och hur olika begränsningar i tillgången till den andra instansen fungerar i praktiken. En närmare granskning av nuvarande begränsningar visar en klar risk för dysfunktioner och att begränsningarna inte fungerar optimalt. Under de senaste decennierna har underrätterna avsevärt utvecklats och den översta instansen har blivit en ren prejudikatinstans. Därför är det dags att börja vidareutveckla den andra instansen. Utvecklingen bör inte primärt ha som mål att utveckla spärrar. Det viktigaste är att diskutera vilken roll den andra instansen bör ha i vårt rättssystem.

En viktig fråga är *vad som avses med överprövning* och hur man uppnår en reell överprövning. Betyder överprövning att man ska fokusera på de intressanta frågorna i målet under *alla* delar av rättegången? Eller betyder det att »spärrar» är viktigast?

En annan central fråga är vilka av civilprocessens *funktioner* den andra instansen i första hand ska uppfylla. Ska den andra instansen först och främst arbeta med övergripande frågor, skapa rättsenhetlighet, utöva kontroll och arbeta med europarättsliga mål? Eller ska den koncentrera sig på att skapa rättvisa i det enskilda fallet för att uppfylla funktionerna på det privata planet?³⁰

En tredje fråga är om mål där *underrätten avgjort en bevisfråga fel* ska behandlas annorlunda än om en rättsfråga är avgjort fel. Betoning av bevisfrågor kontra rättsfrågor är också en konsekvens av hur man ser på överprövning och om den andra instansens roll är först och främst att lösa enskilda mål eller att skapa rätt på ett högre plan. Om man anser att den andra instansen först och främst ska tänka stort, även om den också ska rätta fel, blir konsekvensen att rättsfrågor prioriteras. Fel i bevisfrågor har sällan någon betydelse utanför det konkreta målet. Valet mellan ett högre plan och det individuella planet är inte en fråga om antingen eller, utan en fråga om att finna rätt balans. Man kan illustrera balansen med följande figur:

²⁹ Se närmare Lindell 2012, 394–395.

³⁰ Se Galič 2014, som skriver om domstolarnas offentliga (public) funktion och om deras privata (private) funktion och hur valet mellan dessa påverkar den högsta domstolens roll och hur den högsta domstolen väljer mål och avgör mål.

Figur 1. Betoning av det enskilda målet kontra samhällsplanet

Det enskilda målet	samhällsplan

X underrätten	Y högsta domstolen

Frågan är var den andra instansen ska ligga, till höger eller till vänster om mittpunkten, och hur långt ut till höger eller vänster. När vi har svarat på den frågan kan vi diskutera den andra instansens funktioner och begränsningarna av tillgången till den andra instansen på ett djupare plan. Efter det kan vi bestämma i vilken grad den andra instansen bör vara grindvakt eller sakletare.

6.2 Ett svar: en flexibel process i den andra instansen

Ett möjligt svar på hur den andra instansen kan utvecklas vidare är en flexiblare process. Norden är känt för en effektiv process. De nordiska domstolarna, med undantag av de finländska, har kort handläggningstid. En viktig orsak är antagligen vår pragmatiska, föga formalistiska attityd och processregler som bygger på huvudförhandlingsmodellen i underrätterna. Genom aktiv materiell processledning skalar den förberedande domaren (referenten) bort onödiga yrkanden, rättsfakta, bevisstema och bevismedel. Huvudförhandlingen är koncentrerad i dubbel betydelse: Den genomförs på en dag eller flera dagar i rad, och den är inriktad på det mest relevanta i målet.³¹

Frågan är om »huvudförhandlingsmodellen» kan vara en lösning för den andra instansen. Aktiv processledning betyder att referenten aktivt påverkar vilka frågor som blir diskuterade och vilka bevis som blir förda under den muntliga förhandlingen. Till exempel kan man begränsa längden på den muntliga förhandlingen till en dag eller en halv dag.³² Parterna får disponera tiden som de vill, dock så att de får ungefär lika mycket tid. Alternativt kan domaren som är referent i målet aktivt utöva även processledning och styra parternas argumentation till de viktigaste momenten i målet. Parterna måste alltså identifiera (med hjälp av domaren) vilka rättsfrågor, sakfrågor och bevis som är de mest centrala. Huvudförhandlingen och eventuella partsinlagor begränsas i huvudsak till de centrala frågorna.

Detta är naturligtvis ingen lätt uppgift och förutsätter en kulturändring bland rättegångsbiträdena. Ett problem är att parterna måste vara villiga att begränsa förfarandet till de mest centrala frågorna, förutsatt att domstolen och parterna kan enas om de centrala frågorna. Ett annat problem är att aktiv processledning

³¹ Se Nylund under publicering.

³² Gulating lagmannsrett använde denna modell tidigt på 2000-talet.

kan vara resurskrävande. I värsta fall kan det leda till att förfarandet i den andra instansen i allt större grad liknar handläggningen i underrätten och att handläggningen som helhet börjar bli en omprövning.

Aktiv processledning kan också innebära en mer flexibel kombination av skriftlighet och muntlighet. Båda handläggningsformerna har sina starka och svaga sidor³³, och genom en kombination av dem kan man uppnå en god process. Till exempel kan man i ett mål om skadestånd begränsa den muntliga förhandlingen i huvudsak till ansvaret för en skada, medan omfånget och beloppet på skadan dokumenteras skriftligt.

Flexibilitet kan leda till en effektiv och ändamålsenlig process.³⁴ Man kan få en process som är skraddarsydd där man under processens lopp kan ändra synen på vilka frågor som är centrala. Domstolen måste noggrant tänka igenom konsekvenserna för processledning: dispositionsprincipen och förhandlingsprincipen begränsar handlingsutrymmet för domaren. Samtidigt finns det en viss risk att det uppstår stora skillnader mellan olika domstolar och olika domare. Handläggningsformen kan väljas slumpmässigt eller med tiden kan antingen skriftlighet eller muntlighet bli huvudregeln.

En mer ändamålsenlig process som leder till reell överprövning förutsätter att arbetsformerna i den andra instansen utvecklas. De nordiska länderna är föregångsländer med tanke på genomförandet av »huvudförhandlingsmodellen» och aktiv processledning. Hos oss i Norden har modellen och de tänkesätt den baserar sig på blivit en central del av vår civilprocess, och många andra länder följer i våra fotspår.³⁵ Därför har vi alla förutsättningar att utveckla nytänkande för processen i den andra instansen. En nordisk modell för den andra instansen kan kanske i framtiden göra sitt segertåg runt världen.

³³ För en närmare granskning av fördelarna och nackdelarna med olika handläggningsformer, se Bylander 2006, 327–420, se särskilt sammanställningen på 386.

³⁴ Se också Bylander 2006, 419–420. *Anna Wallerman*, Om fakultativa regler. En studie av svensk och unionsrättslig reglering av skönsmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor, (Uppsala: Iustus förlag, 2015), 70–86 och Roth 2006.

³⁵ Se Nylund under publicering.