



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Andreas Karlgren

Medlingslagen, en del av ett
rättsystem i förändring

– Revolution eller reaktion i juridiken?

Examensarbete
30 poäng

Helén Örnemark Hansen

Straff och processrätt

Höstterminen 2007

Innehåll

| | |
|---|-----------|
| SUMMARY | 1 |
| FÖRORD | 2 |
| FÖRKORTNINGAR | 3 |
| 1 INLEDNING | 4 |
| 1.1 INTRODUKTION TILL ÄMNET | 4 |
| SYFTE | 7 |
| 1.2 FRÅGESTÄLLNINGAR | 7 |
| 1.3 AVGRÄNSNINGAR | 8 |
| 1.4 TEORI | 9 |
| 1.5 METOD | 10 |
| 1.6 KÄLLOR | 11 |
| 1.7 FORSKNINGSLÄGET | 12 |
| 1.8 DISPOSITION | 12 |
| 2 REPARATIV RÄTTVISA - EN HISTORISK OCH IDEOLOGISK SKOLA | 13 |
| 2.1 INLEDNING | 13 |
| 2.2 HISTORIK | 13 |
| 2.3 HISTORIESYN | 15 |
| 2.4 GRUNDTANKAR | 19 |
| 2.4.1 VAD REPARATIVA RÄTTVISAN INTE ÄR | 19 |
| 2.4.2 VAD DEN REPARATIVA RÄTTVISAN ÄR | 20 |
| 2.4.2.1 Synen på offret | 20 |
| 2.4.2.2 Synen på gärningsmannen | 21 |
| 2.4.2.3 Samhällets del i brottet | 23 |
| 2.4.2.4 Andra aktörer i brottet | 24 |
| 2.4.2.5 Vad är brottet och vad är påföljden? | 24 |
| 2.4.2.6 Reparativa rättvisan och den moderna processen | 25 |
| 2.4.2.7 Det retributiva straffet och den reparativa rättvisan | 26 |
| 2.5 SAMMANFATTNING OCH IDEALTYP | 26 |
| 2.6 EFFEKTIVITET | 28 |
| 3 ETT REPARATIVT PERSPEKTIV PÅ DEN SVENSKA RÄTTENS TIDIGA HISTORIA | 29 |
| 3.1 ÄLDRE VÄSTGÖTALAGEN | 30 |
| 3.1.1 HEDER OCH ÄRA | 30 |

| | | |
|-------|---------------------------|----|
| 3.1.2 | PROCESSEN | 31 |
| 3.1.3 | REPARATIVA STRAFF | 31 |
| 3.1.4 | RETRIBUTIVA STRAFF | 31 |
| 3.1.5 | SAMMANFATTNING OCH ANALYS | 32 |

4 MEDLINGSLAGEN **34**

| | | |
|------------|--|-----------|
| 4.1 | BAKGRUND | 34 |
| 4.2 | HUR HAMNAR ETT FALL I MEDLINGSVERKSAMHET? | 35 |
| 4.2.1 | HÄNVISNING TILL MEDLING | 35 |
| 4.2.2 | VILKA BROTT ÄR AKTUELLA FÖR MEDLING | 36 |
| 4.3 | MEDLINGSVERKSAMHETEN | 36 |
| 4.3.1 | MEDLINGSPROCESSEN | 36 |
| 4.3.2 | SYFTET MED MEDLINGSVERKSAMHETEN | 38 |
| 4.3.2.1 | Offer | 38 |
| 4.3.2.2 | Gärningsmannen | 38 |
| 4.4 | MEDLARROLLEN | 39 |
| 4.4.1 | OPARTISKHET | 39 |
| 4.4.2 | KOMPETENS OCH RÄTTRÅDIGHET | 40 |
| 4.5 | RÄTTSPROCESS, PÅFÖLJD, TERAPI ELLER GRUND FÖR ÅTALSUNDERLÅTELSE OCH STRAFFLINDRING? | 41 |
| 4.5.1 | RÄTTSPROCESS | 42 |
| 4.5.2 | PÅFÖLJD | 43 |
| 4.5.3 | TERAPI | 44 |
| 4.5.4 | SAMMANFATTNING OCH ANALYS | 45 |
| 4.6 | ANDRA RÄTTSLIGA KONSEKVENSER AV GENOMFÖRD MEDLING | 45 |
| 4.6.1 | ÅTALSUNDERLÅTELSE | 45 |
| 4.6.2 | AVTALSSLUT | 46 |
| 4.6.3 | SEKRETESS | 47 |
| 4.7 | SAMMANFATTNING | 47 |

5 DEN MODERNA STRAFF- OCH PROCESSRÄTTEN **49**

| | | |
|------------|---|-----------|
| 5.1 | STRAFFPROCESSRÄTTENS HISTORISKA BAKGRUND | 49 |
| 5.2 | MÅLSÄTTNINGEN MED RÄTTSVÄSENDET | 50 |
| 5.3 | DE PROCESSRÄTTSLIGA PRINCIPERNA | 51 |
| 5.3.1 | LEGALITETSPRINCIPEN | 51 |
| 5.3.2 | DEN KONTRADIKTORISKA FÖRFARANDEPRINCIPEN | 52 |
| 5.3.3 | FÖRHANDLINGS- OCH DISPOSITIONSPRINCIPEN | 52 |
| 5.3.4 | OPARTISKHETSPRINCIPEN | 53 |
| 5.3.5 | OBJEKTIVITETSPRINCIPEN | 53 |
| 5.3.6 | OFFICIALPRINCIPEN | 53 |
| 5.3.7 | IN DUBIO PRO REO | 54 |
| 5.3.8 | ORUBBLIGHETSPRINCIPEN | 54 |
| 5.3.9 | RÄTTEN TILL ÖVERPRÖVNING | 54 |
| 5.3.10 | OFFENTLIGHETSPRINCIPEN | 54 |
| 5.3.11 | SAMMANFATTNING | 55 |
| 5.4 | STRAFFRÄTTSIDEOLOGIerna | 55 |
| 5.4.1 | VAD ÄR ETT STRAFF? | 55 |
| 5.4.2 | DEN PREVENTIVA SKOLAN | 56 |
| 5.4.2.1 | Avskräckning | 56 |

| | | |
|-----------------|---|-----------|
| 5.4.2.2 | Samhällsskydd | 57 |
| 5.4.2.3 | Sociala teorier kring straff | 58 |
| 5.4.3 | DEN REHABILITERANDE SKOLAN | 58 |
| 5.4.4 | DEN PROPORTIONELLA SKOLAN | 59 |
| 5.4.5 | REPARATIV RÄTTVISA | 60 |
| 5.5 | STRAFFRÄTTSPRINCIPERNA | 60 |
| 5.5.1 | RESPEKT FÖR MÄNSKLIGA RÄTTIGHETER | 60 |
| 5.5.2 | PRINCIPEN OM EFFEKTIVITET FÖR PENGARNA | 60 |
| 5.5.3 | LIKHEIT INFÖR LAGEN | 61 |
| 5.5.4 | PRINCIPEN OM ÅTERHÅLLSAMHET MED TVÅNG OCH MINSTA MÖJLIGA INGRIPANDE | 61 |
| 5.6 | EUROPAKONVENTIONENS KRAV PÅ STRAFFPROCESSRÄTTEN | 61 |
| 5.6.1 | TOLKNINGEN AV EKMR | 61 |
| 5.6.2 | ART 6: RÄTTEN TILL EN RÄTTVIS RÄTTEGÅNG | 62 |
| 5.6.2.1 | Domstolsförfarande | 63 |
| 5.6.2.2 | Oavhängighet och opartiskhet | 64 |
| 5.6.2.3 | Offentlighet | 65 |
| 5.6.3 | ART 7: INGET STRAFF UTAN RÄTT | 66 |
| 5.6.4 | PROTOKOLL NR 7 | 67 |
| 5.6.4.1 | Art 2: Rätt till överklagande vid brottmål | 67 |
| 5.6.4.2 | Art 4: Rätt att inte bli lagförd två gånger | 67 |
| 6 | REPARATIV RÄTTVISA I RÄTTSLIGA SYSTEM | 70 |
| 6.1 | EUROPARÅDETS MINISTERKOMMITTÉS REKOMMENDATION NO. (99) 19, CONCERNING MEDIATION IN PENAL MATTERS. | 70 |
| 6.2 | DOKTRINENS SYN PÅ SVÅRIGHETER ATT INTEGRERA SYSTEMEN | 72 |
| 7 | ANALYS | 75 |
| 7.1 | DEN REPARATIVA RÄTTVISAN OCH DET STRAFF- OCH PROCESSRÄTTSLIGA SYSTEMET | 75 |
| 7.2 | MEDLINGSLAGEN OCH DET STRAFF- OCH PROCESSRÄTTSLIGA SYSTEMET? | 77 |
| 7.2.1 | KAN MEDLINGSLAGEN ANSES VARA ETT UTTRYCK FÖR REPARATIV RÄTTVISA? | 77 |
| 7.2.2 | HUR HAR MEDLINGSLAGEN INTEGRERATS I DET SVENSKA RÄTTSSYSTEMET, OCH FINNS DET EN KONFLIKT MED DET RÅDANDE SYSTEMET? | 78 |
| 7.2.2.1 | Allmänintegration i rättssystemet | 78 |
| 7.2.2.2 | Specialintegration I rättssystemet | 79 |
| 7.2.2.3 | Problem med integration i rättssystemet | 81 |
| 7.2.3 | HUR FÖRHÅLLER SIG MEDLINGEN TILL KRAVEN PÅ STRAFFPROCESSEN I EKMR? | 81 |
| 7.2.4 | HUR FÖRHÅLLER SIG MEDLINGSLAGEN TILL MINISTERKOMMITTÉNS REKOMMENDATION? | 84 |
| 8 | AVSLUTANDE KOMMENTAR | 86 |
| BILAGA 1 | | 87 |

| | |
|---|------------------|
| <u>BILAGA 2</u> | <u>91</u> |
| 1. DELIKTINDELNING | 91 |
| 2. AVSNITTSINDELNING | 92 |
| <u>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</u> | <u>95</u> |
| <u>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</u> | <u>98</u> |

Summary

MEDIATION IN CRIMINAL JUSTICE

– A PART OF A CHANGING LEGAL SYSTEM

The essay deals with the question of the conflict between restorative justice and the existing legal system, both on the theoretical, as well as on the practical level.

The study addresses the question if the Swedish law for mediation as a response to crime is compatible with the ordinary criminal justice system, or if there is a conflict of interests between them.

The questions answered are:

- What are the backgrounds and significant features of restorative justice and the ordinary criminal justice system?
- Does the pre-modern Swedish legal culture contain restorative justice features?
- Is the mediation law a case of restorative justice?
- Has the mediation law been integrated with the Swedish system for criminal justice, or does there exist a conflict.
- How does the mediation law correspond with the demands on the criminal justice process in the ECHR?
- How does the mediation law correspond with the proposal in Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters?

The conclusion of the essay is that the Swedish mediation law has several weaknesses in regard to the right to a fair trial. But there is a possibility to bridge the gap between ordinary criminal justice and mediation as an example of restorative justice. It is not a question of off and on. Different practices can be combined and intermingled to fit society's needs. In casu the problem is the lack of ideological consideration in the lawgiving process.

Förord

Detta examensarbete innebär ett bokslut för min utbildning till jur. kand. Det har varit en lång väg som kantats av jämna plågor. Det har aldrig saknats tvivel, mödor och frågor. Men vägen har heller inte saknat stora glädjeämnen.

Jag vill rikta ett tack till alla de som vandrat med mig en bit på sträckan, mina föreläsare (både på Juridicum och Teologicum), studiekamrater, handledare och vänner. Ingen nämnd, ingen glömd. Utan er vore det inte samma utbildning.

Jag vill rikta ett särskilt tack till min familj som på många sätt har bistått mig i mitt liv såväl som i min utbildning. Allt av kärlek och ofta till eget förfång.

Jag vill tacka min hyresvärd Laurentiistiftelsen och dess donatorer för deras generositet med bostad under min studietid och den glädje som detta kommit att innebära för mig.

Sist vill jag rikta ett speciellt tack till min Kerstin. Du har varit med och berikat mitt liv på ett sådant sätt att varken jag, eller denna uppsats skulle ha nått lika långt, eller ens hela vägen fram, om inte du funnits vid min sida.



Andreas Karlgren
Lund oktober 2007

Förkortningar

| | |
|------|--|
| BrB | Brottsbalken |
| EKMR | Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. |
| RB | Rättegångsbalken |
| ML | Lag (2002:445) om medling med anledning av brott |
| SFS | Svensk författningssamling |
| BRÅ | Brottsförebyggande rådet |
| LUL | Lag (1964:167) med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare. |

1 Inledning

1.1 Introduktion till ämnet

Under min tid på utbildningen har det för varje rättsområde blivit mer uppenbart att den svenska straff- och processrätten är under förändring. Framförallt under de senare terminernas fördjupningskurser har den fulla omfattningen av utvecklingen blivit klar för mig.

Idag möter den svenska rättspositivistiskt och Hägerströmskt influerade straffprocessrätten med full kraft en ny verklighet. I och med Europeiska unionen möts det svenska rättssystemet på det teoretiska planet av det främmande kontinentala rättssystemet. På det praktiska planet möter vi en svårt sargad politisk och social verklighet som skiljer sig milsvitt från de ekonomiska, sociala och kulturella förutsättningar i vilket det moderna samhället utformade sitt rättssystem.

Detta är inte bara ett möte utan en långsam kollision av samma slag som Titanics med isberget. Världens mest upplysta rättssystem sänks av sin egen kraft precis som världens snabbaste och största lyxkryssare en gång sänkte sig själv i kollisionen med verkligheten. En föreläsare kallade det för en omvälvning mycket större än 1734 års lag. Denna kollision är av den sort att ett verkligt paradigmskifte håller på att ske. Valfärdsstatens 1900-tal och dess moderna och postmoderna världsbild, problembeskrivning och lösning håller på att ersättas. Detta är en förändring som markerar en historisk och politisk epoks död och en ny tidsålders födelse.

I sådant fall skulle det gå att se sådana förändringens spår inte bara i det stora där filosofer och rättsvetenskapare rör sig. Denna utveckling skulle vi även kunna se i det lilla, som tyst förändras utan att någon ropar högt om kursändring i rättssystemet. Om detta stämmer så skulle vi kunna se dessa processer i hart när alla reformer av rättsväsendet. För att utreda detta skulle man kunna studera införandet av samhällstjänst, fotboja, (införandet av) migrationsdomstolarna, avskaffandet av bostadsdomstolen, m.m.

Eller? Jag är inte övertygad. Som jag kommer redovisa nedan påstår sig förespråkarna för den reparativa rättvisan att de är en del av detta paradigmskifte. Men ett paradigmskifte kräver mer än bara ord. Det förutsätter att det är ett reellt skifte, och inte bara en modifiering eller utveckling av rådande ordning.

I denna uppsats vill jag förena teori och praktik i studie av en av dessa nya funktioners införande i det svenska rättssystemet. Därför har jag valt att studera Lagen om medling med anledning av brott (SFS 2002:445). Denna lag bygger på tanken om behovet av ett nytt straffprocessrättsligt paradigm och utgör en nyhet i förhållande till både de rättsfilosofiska tankarna och den

praktiska verkligheten i vårt rättssystem. Syftet med uppsatsen är att studera hur avvikande medlingslagen är från det rådande rättsliga systemet.

Läsaren av denna uppsats uppmanas att ständigt hålla i minnet att jag inte försöker påvisa att det har skett en drastisk omvälvning av vårt rättssystem. Jag vill studera hur medlingslagen har införts i det svenska rättssystemet. Att detta sedan har implikationer på hur vi betraktar den ständigt pågående förändringsprocessen i vårt rättssystem är självklart.

Hur denna förändringsprocess har gått till, och vad den innebär, kan jag skildra bara avseende medlingslagen. Alla andra skildringar blir mer eller mindre välunderbyggda spekulationer.

Det kan dessutom tilläggas att vårt rättssystem i stort inte har genomgått en drastisk omvälvning. Även om det jag skildrar i vissa fall kan illustreras med språkliga orkanvindar måste man hålla i minnet att vi rör oss på ett mikroplan (medlingslagen) i en helhetskontext (rättssystemet). Men genomförandet av denna förändring på mikroplanet kan fortfarande illustrera praktiska och teoretiska brister i reformeringen av vårt rättssystem. Brister som förtjänar att poängteras, eftersom brister leder till svagheter i systemet.

Medlingslagen syftar till att parterna skall sammanföras inför en opartisk medlare. Som medlingslagen är utformad kan medlingen i olika fall ersätta en rättsprocess, en påföljd eller verka strafflindrande.

I medlingsförfarandet skall offret ges återupprättelse inför gärningsmannen. Gärningsmannen skall i sin tur berätta för offret varför brottet kom att ske. Som en konsekvens av medlingsförfarandet kan de inblandade komma överens om ett avtal om hur de i fortsättningen skall förhålla sig till varandra och/eller om någon form av materiell kompensation.

Själva idén är att återföra konflikten till de parter som är berörda. Detta skall fusionera rättssystemets retributiva (besträffande) och rehabiliterande (återanpassande) kvaliteter.

Detta sker genom ett reparativt förfarande influerat av det som internationellt kallas restorative justice. Man vill att parterna skall återfå kontrollen över den konflikt som berör dem. Medlingen sker med stor hänsyn till brottets sociala dimension, men samtidigt skall inte offret gå utan upprättelse. För gärningsmannen skall syftet med processen vara att skapa en konsekvensinsikt. Gärningsmannen skall inse den fulla vidden av sin handling och den kränkning den medfört. Detta anser förespråkarna för reparativ rättvisa vara ett sätt att återanpassa brottslingen till samhället, och få brottslingen att självmant välja att avstå från brottsliga handlingar.

Medlingslagen utgör en del av en europeisk rättsutveckling. 1999 utfärdade Europarådets ministerkommitté en rekommendation (No. R (99) 19) Concerning mediation in penal matters. Denna ger förslag på hur

medlingsförfaranden skall införas i Europarådets medlemsländer och innehåller både materiella och processuella rekommendationer till hur detta skall ske. Den är tillsammans med Europakonventionen och dess semi-naturrättsliga krav på rättssäkerhet en viktig nyckel till att förstå medlingslagens förhållande till den moderna svenska rättskulturen.

Intressant nog är inte den reparativa rättvisan annat än vid en prima facie bedömning att anse som särskilt ny. Ideologin sägs ha mycket gemensamt med de lagar som gällde i det förmoderna samhället där kompensationen av den förorättade var viktigare än statens intervention och retribution. Frågan som därmed kittlar är om detta är början på dödsstöten för det moderna samhällets rättsteorier och återgången till ett förlorat perspektiv eller om det är början på en tidigare omatchad era av rättsteori och rättsaktion.

Därför har jag betitlat uppsatsen: *Medlingslagen, en del av ett rättssystem i förändring - En revolution eller reaktion i juridiken?*

Syfte

Syftet med uppsatsen är att skildra och analysera hur Lagen om medling med anledning av brottmål (SFS 2002:445) förhåller sig till det svenska straff- och processrättsliga systemet. Jag avser att undersöka konflikten eller harmonieringen mellan dem, dels på det teoretiska, men främst på det praktiska planet.

Även om rubriceringen av uppsatsen, syftet och intresseområdet pockar på att måla med stora drag anser jag det nödvändigt att hantera detta syfte med utgångspunkt i praktiken. Denna aspekt av syftet tillmäter jag stort tolkningsvärde såväl som ett svagt tolkningsföreträde.

Avsikten är att arbetet skall kunna väcka tankar och hypoteser om det som av vissa påstås vara nästa paradigmskifte i det straff- och processrättsliga systemet. Dessa kommer att redovisas i en avslutande kommentar.

1.2 Frågeställningar

Den övergripande frågeställningen är: *Hur harmonierar eller konfronterar medlingslagen och den reparativa rättvisan med det straff- och processrättsliga systemet?*

För att kunna besvara frågan krävs en tudelad underfrågeställning.

För att kunna analysera *hur* medlingslagen harmoniserar med eller konfronterar det straff- och processrättsliga systemet krävs en teoretisk och praktisk frågeställning. Här skjuter frågeställningen in på de teoretiska grundvalarna för att kunna förklara vad det egentligen är som förenar eller separerar rättsförfarandena.

För att besvara den teoretiska frågan *hur* har jag därför valt att använda mig av tre hjälpfrågeställningar:

1. *Vilken är den reparativa rättvisans bakgrund och ideologi?*
2. *Innehåller den förmoderna svenska rätten reparativa element?*
3. *Vilken är det nuvarande straff- och processrättsliga systemets bakgrund och ideologi?*

För att kunna analysera *om* medlingslagen harmoniserar med eller konfronterar det straff- och processrättsliga systemet, krävs en praktisk frågeställning om hur medlingsprocessen verkligen ser ut med utgångspunkt för gällande rätt.

Till detta har jag valt fyra hjälpfrågeställningar:

4. *Kan medlingslagen anses vara ett uttryck för reparativ rättvisa?*

5. *Hur har medlingslagen integrerats i det svenska rättssystemet och finns det en konflikt med det rådande systemet?*
6. *Hur förhåller sig medlingslagen till kraven på straffprocessen i EKMR?*
7. *Vilka konflikter finns i den reparativa rättvisans implementering och integration i det rådande rättssystemet?*
8. *Hur förhåller sig 2002 års lag till Europarådets Ministerkommittés rekommendation?*

Tonvikten i arbetet kommer att placeras på den praktiska verkligheten vilket innebär att hjälpfrågeställningarna fem och sex kommer tillåtas ta mycket plats.

1.3 Avgränsningar

Själva syftet är i sig en avgränsning från den stora frågan om ett eventuellt paradigmskifte i rättssystemet.

Jag tvivlar på möjligheten att tränga in i ett historiskt rättssystem på ett sådant sätt att det går att dra generella slutsatser om dess karaktär. Detta medför att jag inte försöker ge en heltäckande bild i någon rättshistorisk passage av denna uppsats. Däremot avser jag att genom utvecklingar få en mer heltäckande bild av den övergripande frågeställningen.

Vad gäller straffprocessen kommer det att finnas källor och referenser både till europeisk rätt och andra rättssystem. I sådant fall kommer det röra sig om sådana generaliserbara källor att de direkt eller indirekt säger något om det svenska straffrättsparadigmet och därmed utgör en referens för bedömningen av harmonisering med medlingslagen. Detta innebär dock inte att jag i arbetet öppnar upp för en mer generaliserad analys av ex. den europeiska rätten.

En större internationell jämförelse skulle vara intressant för att dra slutsatser om, ifall förhållandet mellan medlingsförfaranden och de rådande rättssystemen är en specifikt svensk situation. I viss mån kan denna komma att ersättas av hjälpfrågeställning 6.

Det hade vidare varit intressant att lyfta en större rättshistorisk frågeställning. Detta var min ursprungliga tanke, men för att fokusera arbetet har dessa bitar kortats ned och lyfts ut.

De frågeställningar som rör den reparativa rättvisan kommer att avgränsas till vissa ledande forskares uppfattningar på området. Att problematisera frågan om reparativ rättvisa som en sammanhållen teori eller idé rymms inte inom syftet. Dessa hjälpfrågeställningar är analysverktyg vilket utesluter att en vidare tolkning av dessa frågeställningar skulle rymmas inom ramen för uppsatsens syfte.

Därutöver finns en rad avgränsningar i förhållande till de analysverktyg som skulle kunna användas för att fylla studiens syfte. Det skulle exempelvis vara intressant att använda en mer rättssociologisk verktygslåda i analysen.

Exempelvis skulle frågan om klassperspektiv vara intressant att använda för att analysera medlingslagen. Vem kan tillvarata sin rätt genom medlingslagen? Skulle vissa medvetna klasser i samhället kunna kringgå rättvisan i domstolen? Innebär det att en extra rättvisa för de besuttna och intellektuella skapats?

Vidare skulle en genusanalys vara intressant för att undersöka hur könsrollsaspekter tas tillvara i medlingsverksamheten. Riskerar inte ett rättsförfarande som tar sin utgångspunkt i de inblandades personliga och sociala situation att bygga på, och befästa den rådande ordningen mellan könen, snarare än utjämna skillnader och behandla alla lika?

Vidare skulle frågan om värderingen av ett medlingsförfarande inom ramen för åklagarens utredning, domstolens prövning, påföljdsval och straffmätning vara intressant att utvärdera. Hur värderas medlingsförfarandet inom rättsväsendet? Vad säger detta oss om systemens interaktion?

Dessutom skulle de yrkesverksamma juristernas syn på medlingsförfarandet vara intressant att undersöka.

På samma sätt skulle medlarnas syn på rättsystemet och deras värdering av en genomförd rättegång vara intressant att studera.

Ingen av dessa perspektiv tillgodoser dock min vilja att fokusera på kärnfrågeställningen och utesluts därför på ett naturligt sätt från uppsatsen.

1.4 Teori

Utgångspunkten för arbetet är *teorin om gällande rätt* som även utgör en grundval för metoden i ett större perspektiv.

Den kunskapsteoretiska utgångspunkten är en *kritisk realism*, dvs. att vi faktiskt kan få kunskap om världen, att den kan mätas och fastslås. Det vi iakttar kan vara fakta, och är i vart fall inte bara en fråga om subjektivt tyckande.¹

De överväganden som ligger till grund för denna övertygelse är att vi både rationellt kan konstatera och empiriskt erfara objektiva sanningar om världens utseende. Eftersom detta gäller som kunskapsteoretisk sanning på alla naturvetenskapliga områden finns det ingen anledning att anta att

¹ <http://www.emporia.edu/socsci/philos/chp11.htm>, 2007-09-18, 16:55.

samma antagande inte kan gälla såväl på det generellt samhällsvetenskapliga området, som på det specifikt juridiska.²

Vi måste dock alltid förhålla oss kritiskt till alla slutsatser om sanningen så att vi inte har påverkats av subjektiva åsikter, missuppfattningar felperceptioner m.m. snarare än av objektiv fakta.³

Teorin om gällande rätt

Den teoretiska utgångspunkten för mitt arbete är teorin om gällande rätt, i betydelsen att man kan fastslå ”gällande rätt på en förefintlig ideologi”⁴ med utgångspunkt för existerande rättskällor.⁵

Sammantaget bör vi behandla och betrakta rättssystemet som en samling praktiska satser, rättsregler, som skapats i handlingsdirigerande syfte.⁶

Dessa rättsregler ger inte uttryck för en metafysik som ligger bortom vår erfarenhetsförmåga och de kan därför inte prövas språkligt. Därmed går det inte heller att fastslå om de är sanna eller osanna.⁷

Rättsreglerna är heller inte teoretiska satser som ger uttryck för något sant eller falskt, som t.ex. satsen ”P:son är mördad”.⁸

Rättsreglerna kan sägas vara praktiska satser och de äger giltighet så länge vi människor godtar dem. Detta innebär att det finns en tudelad aspekt av rättsreglerna och rättssystemet. Deras giltighet och deras tillämpning som rättsregler. Den förstnämnda är en psykisk realitet, och den andra en idealistisk idé.⁹

Detta innebär två saker: det går att kunskapsteoretiskt fastslå gällande rätt. Dvs. den rätt som verkligen tillämpas och betraktas som giltig. Dessutom innebär det att en rättsats och den gällande rätten inte nödvändigtvis har ett förhållande till den verkliga moraliska rätten.

1.5 Metod

Den metod som används är främst den klassiska juridiska metoden med utgångspunkt i rättskälleläran. Denna motiveras med teorin om gällande rätt. Eftersom vi kan erfara att den stiftade lagen *betraktas som legal* och att domstolarnas avgöranden accepteras kan vi dra slutsatser med utgångspunkt

² <http://www.emporia.edu/socsci/philos/chp11.htm>, 2007-09-18, 16:55.

³ <http://www.emporia.edu/socsci/philos/chp11.htm>, 2007-09-18, 16:55.

⁴ Strömberg, Tore, Inledningen till den allmänna rättsläran, Lund, 1980, s. 39.

⁵ Strömberg, s. 39-50.

⁶ Strömberg, Tore, s. 25.

⁷ Strömberg, Tore, s. 23.

⁸ Strömberg, Tore, s. 21.

⁹ Strömberg, Tore, s. 39-50.

för dessa (och vissa grundläggande rättsprinciper). Därigenom konstateras vad som är den gällande ideologin. Även känd som *den gällande rätten*.

Rättskälleläran som domstolarna använder vid fastställande av rätten är en hierarkisk ordning där rättskällorna lag, prejudikat, allmänna rättsprinciper och doktrin placerats i en fallande hierarkisk skala.

Det är inte frågan om ett filosofiskt ställningstagande utan sådana allmänna fakta, som är självklara och uppenbart sanna.

Metodologisk kvalificering av frågeställningen

I uppsatsen kommer studien av den rättsvetenskapliga skolan för reparativ rättvisa att vara en central del. Den reparatoriska rättvisan är till sin natur ett konglomerat av olika idéer och olika rättsvetenskapliga uppfattningar. Följaktligen rör det sig inte om en helt sammanhållen ideologi.

För att kunna skriva en uppsats med ett sådant löst sammansatt samlingsbegrepp som reparatorisk rättvisa som centralt studieobjekt krävs en karaktärsbestämning av den reparatoriska rättvisan.

För att tillskapa ett sådant analysverktyg lyder den första av frågeställningarna: *Vilken är den reparatoriska rättvisans bakgrund och ideologi?* Denna frågeställning tjänar det dubbla syftet att ge bakgrundbeskrivning och att tillskapa den idealtyp som används som analysverktyg i frågeställningarna 2, 4 och 7.

Denna idealtyp kommer att beskrivas i sammanfattningen i avsnitt 2.4.3.

1.6 Källor

Genomgående kommer främst förstahandskällor att vara av intresse som underlag för studien. Dessa finner jag i lagar, förarbeten och historisk lagtext, samt doktrin kring den reparatoriska rättvisan.

Till de rättshistoriska partierna kommer juridisk doktrin, dvs. andrahandskällor, att användas. Men viss hänvisning till äldre lagtext kommer att ske genom användandet av äldre västgötalagen som referens till frågeställning 2. Detta p.g.a. lagens ålder, och den vikt som allmänt tillskrivs den.

Av nödvändighet (omfattning) måste studien inrikta sig på utländsk doktrin även om den inhemska forskning som bedrivits kommer att ingå i källmaterialet. Eftersom det inte finns ett intresse av att belysa eller kritisera teorins ideologiska sammanhållning kommer jag att lyfta fram de mest tongivande forskarna på området, och deras tankar.

1.7 Forskningsläget

I Sverige har mycket lite skrivits om medlingslagen utöver de förarbeten som finns till lagen och BRÅ:s utredningar av försöksverksamheten.

Den enda juridiska litteratur som rör frågan är Helén Örnemark-Hansens artikel "*Varför får hämnden inte vara ljuv?*" i "Vänbok till Josef Zila". Den är inkluderad i arbetets källmaterial.

Internationellt sett finns det omfattande anglosaxisk litteratur på området reparativ rättvisa. Ledande forskare är bl.a. John Braithwaite och Howard Zehr. Även dessa ingår i källmaterialet i den rättsideologiska delen.

1.8 Disposition

Uppsatsen kommer att följa frågeställningarna tätt, men inte fullständigt, i rubricering och inbördes placering. Detta har ett pedagogiskt syfte eftersom frågeställningarna i sig är upplagda för detta. Avsikten är att leda läsaren till gradvis ökad förståelse och en ökad problematisering i de avslutande delarna.

Slutsatserna kommer även dessa att följa underfrågeställningarna, men följas av en analys med utgångspunkt för huvudfrågeställningarna och syftet. Analysen förläggs främst till uppsatsen avslutande del men en del kommer även att ske löpande för att inte i onödan tynga de avslutande partierna med kryptodeskriptiva passager. Detta kan leda till dubbla framställningar av samma analys, men detta motiveras av en förenklad framställning.

Den löpande analysen gäller främst underfrågeställningarna 1-3 vars deskriptiva karaktär motiverar en sådan disposition. Men även andra svaret på de andra underfrågeställningarna kräver en löpande analys för att behandla komplexiteten i dem fullt ut.

Uppsatsen avslutas med en kommentar där jag diskuterar vad slutsatserna väcker för frågor kring rättssystemets framtida utveckling.

2 Reparativ rättvisa - en historisk och ideologisk skola

2.1 Inledning

En hel del av de rättsvetenskapsmän som förespråkar den reparativa rättvisan betraktar den som en ny social rörelse för rättvisa snarare än en produktion av akademisk "elfenbenstorns-mentalitet". Detta visar sig i deras syn på andra ideologiska skolor, deras historiesyn och deras sätt att betrakta den rörelse de till synes både vill skildra, påverka och delta i. Därför kommer jag att försöka separera deras historiska bakgrund, självuppfattade historia och tankar om det straffrättsliga systemet från varandra.

Under avsnitt 2 sker en löpande analys, med viss sammanfattning under avsnitt 2.5. Analysen sker med utgångspunkt för underfrågeställning 1: *Vilken är den reparativa rättvisans historiska bakgrund och ideologi?*

2.2 Historik

Den reparativa rättvisan som rättslig rörelse äntrar scenen 1974 i.o.m. lanseringen av ett försoningsprogram (Victim-offender reconciliation program) i Kitchener Kanada.¹⁰

Ett liknande program kom att inledas i USA 1977. Båda dessa program byggde på det anabaptistiska Mennonitiska* kristna samfundets idéer kring dialog och förståelse.¹¹

I Kanada utvecklades programmen och fick större spridning. I mitten av 1990-talet fanns det över 300 program i Nordamerika och över 500 i Europa. År 2000 hade antalet program i Kanada stigit till 400.¹²

Genom spridning inom den anglosaxiska rättsfamiljen kom medlingsverksamheten att förändras. På Nya Zeeland utökades den berörda kretsen från att bara omfatta offer och gärningsman.

Familjesammanförningar s.k. Family group conferences, blev en vidareutveckling på både teoretiskt och praktiskt plan av det som kom att bli känt som reparativ rättvisa (Restorative justice).¹³

* Mennoniterna är ett anabaptistiskt (vederdöpande) samfund av kristna, vilka under reformationen omtolkade kristendomen i pacifistisk anda. De blev förföljda och flydde till USA där vissa delar av Mennonismen kom att utgöra grunden för det s.k. Amishfolket.

¹⁰ Braithwaite, John, Restorative justice & responsive regulation, Oxford, 2002, s.8.

¹¹ Daly, Kathleen, Restorative Justice: Moving Past the Caricatures, Brisbane, 1998, s. 4.

¹² Braithwaite, John., s.8.

¹³ Braithwaite, John., s. 8.

Dessa familjekonferenser utgick i sina perspektiv från de specifika konstitutionella och sociala förutsättningarna för de Nya Zeeländska urinvånarna Maorierna.¹⁴

Under denna första period (1980-talet) fick även de nordamerikanska urinvånarnas traditioner av s.k. healing circles stort inflytande.¹⁵ Dessa bygger på tankar om hela det sociala lokalsamhällets involvering i en konsensuslösning.¹⁶

Vidare kom man att inspireras av brottsofferrörelsens aktivitet och ideologi från 1970-talet fram till idag.¹⁷

Begreppet restorative justice formaliserade sig vid 1990-talets början som ett begrepp i kontrast till ren retributiv, bestraffande, rättvisa. I ett kombinerat arbete mellan aktivister, poliser, domare och rättsvetenskapsmän utvecklades den reparativa rättvisan till en social rörelse.¹⁸ Däremot är det inte så att det som idag benämns reparativ eller restorativ rättvisa i egentlig mening har ett startskott. Rörelsens rättvisebegrepp är en samling av olika tankelinjer från abolitionismen, den informella rättvisan, feministiska rättsteorier, skammens återintegrerande verkan, m.fl. som sammanstrålar under en beteckning.¹⁹

Under 1990-talet har utvecklingen av den reparativa rättvisan drivits på av olika personer på olika platser. Ytterligare en anledning till varför den reparativa rättvisan tagit så många steg fram under de senaste årtiondena är att det varit ett akademiskt studieområde, samtidigt som det funnits ett lokalt engagemang med olika program med olika inriktning. Dessutom har det funnits uppbackning från övertygade domare, poliser och det kritiker till det rättsliga systemet.²⁰

Vidare innebär rättsideologin en form av tredjepositionism mellan retribution och rehabilitering, där politiker över block- och ideologigränser kunnat komma till en gemensam uppskattning av den reparativa rättvisan. Om än med utgångspunkt i helt olika sidor av den rättsfilosofiska skolan. De liberala, feministiska och abolitionistiska krafterna har stött den reparativa rättvisan med utgångspunkt för dess mindre bestraffande drag och de familjeorienterade, kristdemokratiska och konservativa krafterna p.g.a. dess samhällskontextuella, moralfokuserade och familjeorienterade perspektiv.²¹

I Europa och USA har försöksverksamheter med reparativa förfaranden pågått sedan 1980-talet. I en del fall t.ex. i England har det skett utan direkt

¹⁴ Daly, Kathleen, 1998, s. 4.

¹⁵ Braithwaite, John., s. 8.

¹⁶ Daly, Kathleen, 1998, s. 5.

¹⁷ Daly, Kathleen, 1998, s. 4.

¹⁸ Braithwaite, John., s. 8.

¹⁹ Daly, Kathleen, 1998, s. 6.

²⁰ Braithwaite, John., s. 10-11.

²¹ Braithwaite, John., 10-11.

lagstadgad integration i rättssystemet. I andra fall som t.ex. i USA, Österrike och Norge utgör verksamheten ett alternativ till vanlig rättsprocess. I Tyskland och USA betraktas medling som en förmildrande omständighet i en vanlig rättsprocess.²²

1999 utfärdade Europarådet rekommendationer till medlemsstaterna att införa medling med anledning av brott.²³

I FN:s Sociala kommittés beslut 2000/14 om utveckling och genomförande av medling och reparativa åtgärder inom rättsväsendet meddelar FN att medlemsstaterna bör överväga vilken roll reparativa åtgärder bör ha inom rättsväsendet.²⁴

Sammanfattningsvis kan man säga att idén om den reparativa rättvisan utvecklar sig från en samling olika kritiska perspektiv på rättsväsendets brister, till en social rörelse som sprider sig inom den anglosaxiska rättsfamiljen. Verksamheten och idéerna bejakas av företrädare för rättssystemet och rättsvetenskapen som uttalar sitt stöd för den. De ger den legitimitet och engagerar sig i verksamheten. Efterhand institutionaliseras verksamheten och idéerna inkorporeras i rättsväsendet på olika vis. Slutligen når tankarna global spridning genom olika övernationella organ som rekommenderar sina medlemsstater att anta och inkorporera den reparativa rättvisan i sina rättsliga system. Ideologi blir praktik, som blir ideologi över gränserna.

Annan reparativ rättvisa

I Japan och Kina är skambestrafning och medlingsverksamhet vanligt i linje med den starka sociala kontrollen som bl.a. kan relateras till den hierarkiska samhällsorganisationen och den konfucianska traditionen. Denna flödar inte ur samma källa som den västerländska.²⁵ Detta ser förkämparna för den restorativa rättvisan som ett tecken på dess djupt allmänmänskliga natur.

2.3 Historiesyn

Delar av rörelsen för restorativ rättvisa ser inte bara ett potentiellt bättre juridiskt system i en övergång till ett återintegrerande och läkande system för bestraffning av brott. För dem är övergången till restorativ rättvisa ett återupprättande av något som gått förlorat. Dvs. det är inte en ny och unikt företeelse i mänsklighetens historia utan ett återupptäckande av ett sätt att tillfredställa människans verkliga rättskänsla.

Den historiska utvecklingen sammanfattas hypotetiskt i följande rättsliga epoker:

²² Prop. 2002/01:126, s. 19-20.

²³ Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters, 15 September 1999.

²⁴ ECOSOC 2000/14.

²⁵ Braithwaite, John., s. 18-19.

1. Ett förstadium där reparativ rättvisa och förvisning från gruppen är dominerande som rättsutövning.
2. En svag stat där kropps- och dödsstraff dominerar.
3. En stark stat där professionella polis- och fängelsesystem dominerar.
4. En Keynesianistisk välfärdsstat där terapeutiska yrken som socialarbeten koloniserar det som blir ett system dominerat av villkorlig frigivning, fängelse och förtida frigivning.
5. En ny föränderlig lagstiftning där samhället förändras till ett mer kollektivt och företagsbaserat rättsarbete. Med en återuppväckt reparativ rättvisa.²⁶

Det första stadiet beskrivs som ett tidigt samhällsbyggande där människan levde i släktbaserade och holistiska gemenskaper som fokuserade på gemensamt ansvar och gruppaltruism.²⁷

I dessa samhällsformer var överlevnadsbehovet av sådan art att de långvariga och uppsplitande konflikter som t.ex. den retributiva blodshämnds rättvisan innebar, utgjorde ett hot mot samhället i dess helhet. Följaktligen kom juridiken att formars utifrån behovet att enas och läka ut problemen för att snabbt kunna fokusera på överlevnadskampen.²⁸

Sammanfattningsvis säger man att de samhällen som kännetecknas av att befinna sig i stadium ett använde sig av reparativ rättvisa för att straffa illgärningsmän. Denna reparativa rättvisa var fokuserad på offret. Reparationen byggde återställandet av ett holistiskt samhällsperspektiv snarare än att straffa gärningsmännen.²⁹

Enligt denna historiesyn är idén om restoration av offret en historisk och allmänmänsklig sanning som förekommer i alla kulturer varhelst människan har existerat. Allt från romerskt, grekiskt, germanskt, hinduiskt och konfucianskt rättstänkande sägs utgå från detta.³⁰

En bestraffande, retributiv, rättvisa har alltid existerat som en integrerad del av det rättsliga systemet. Det som anses ha förändrat detta förhållande var att den romersk-katolska kyrkans kanoniska lag, och dess vilja att kväsa heresier, blev den dominerande inspirationskällan för den civila lagen i det tidigmoderna Europa. Detta motiverades med att klandervärda handlingar var ett brott mot kyrkan och inte mot offret.³¹

Den epok som fullbordade omvandlingen var dock inträdet av en statsmakt som hade behov av att markera sin suveränitet. Den använde som

²⁶ Braithwaite, John., s. 7.

²⁷ Sylvester Douglas J, The story of restorative justice, Utah law review, 2003: 471, s. 31.

²⁸ Sylvester, Douglas J, s. 31.

²⁹ Sylvester, Douglas J, s. 31.

³⁰ Braithwaite, John., s. 3.

³¹ Braithwaite, John., s. 5, 7.

motivering för sin rättsutövning att brottet var ett brott mot den frid som kungen befallt om.³²

Motsatsvis betyder det att de platser där den europeiska feodalismen inte fanns eller kungamakten var svag blev överlevnadsfickor för den reparativa rättvisan. T.ex. det skotska avtalsslutandet mellan familjegrupper i konflikt som gjorde ett bestraffande rättssystem överflödigt. I Afrika, Nordamerika och Asien levde den reparativa rättvisan ostört i olika former.³³

Kritik mot historiesynen

Denna typ av historisk motivering av juridiken har inte en självklar plats i vår postmoderna samhällsanalys. Den typen av rättsvetenskap hade sin höjdpunkt under den s.k. pandektenrechts (efter den romerskrättsliga rättssamlingen pandekterna) i Tyskland under 1800-talet. Där försökte man placera idealbilden för det juridiska systemet i en historisk era, vilken det var rättsvetenskaparnas uppgift att återuppväcka.³⁴

Ett rimligt motiv till detta historiesökande är, som historikern Peter Novick skriver, att ”*problem[et] för alla nya varseblivningsstrukturer är att legitimera sin kunskapsteoretiska grund [...] utan någon sådan myt saknar kognitiva strukturer fundament och auktoritet*” (Författarens översättning, se not för engelsk text).³⁵ Jag vill med detta citat inte anklaga den reparativa rättvisans advokater för historieförfälskning. Men reser ett frågetecken om det skett en övertolkning av de historiska data som de motiverar sina tankar med.

Rena antropologiska data talar för att det inte är ett allmänmänskligt drag att föredra reparation före retribution. Detta underminerar tanken på att den reparativa rättvisan skulle vara det dominerande systemet i något hypotetiskt historiskt rättsstadium ett. I de flesta kulturer snarast en stark känsla för hämnd, och kollektivt sanktionerad hämnd.³⁶ Vidare finns det i romersk rätt, mesopotamisk rätt, judisk rätt såväl som i germanska rätt mycket starka bestraffande inslag.³⁷

De som argumenterar för att detta reparativa rättstadium var en produkt av ett offerfokuserat rättstänkande verkar argumentera förbi sig själva. Är inte

³² Braithwaite, John., s. 5-7.

³³ Braithwaite, John., s. 5-6.

³⁴ Modéer, Kjell Å, Öppna gränser - rättshistoriska positioner och perspektiv, Lund, 2001, s. 23-26.

³⁵ Novick, Peter, That noble dream the “Objectivity Question” and the American Historical profession, Cambridge, 1988, s.194.

“A central problem for any new cognitive structure is to legitimize its epistemological foundation. . . . Without some such myth, cognitive structures lack grounding and authority.”

³⁶ Sylvester, Douglas J, s. 32-35.

³⁷ Sylvester, Douglas J, s. 41-45.

ett offerfokuserat rättstänkande i själva verket något som man rört sig bort från genom den reparativa rättvisan. Överlåtelsen av konflikten till samhällsintresset och åsidosättandet av sin hämndlystnad är inte nödvändigtvis uttryck för ett offerfokuserat tankesätt.³⁸

Antropologiska data talar också för att det i en del fall finns ett krav på en sanktionering från samhället innan en retributiv hämnd genomförs.³⁹

Vidare är det inte nödvändigtvis så att brottet i dessa retributiva system bestäms med utgångspunkt för offret, utan snarast med utgångspunkt för det relativa förhållandet mellan offer och gärningsman. Vilket i hög grad tar udden av påståendet att de förmoderna samhällenas rättvisa var offerfokuserad.⁴⁰ Snarast verkar de mer benägna att befästa samhällets sociala strukturer.

Det framstår som uppenbart att offret hade en mer central roll i det straffrättsliga systemet än vad som var fallet i de tidigmoderna samhällenas juridiska system. Främst eftersom det inte fanns någon juridisk överhöghet som kunde gripa in i konflikten. Offret var helt enkelt utlämnat till sin egen förmåga. Den reparativa rättvisan handlar dock inte bara om offrets inblandning i rättsprocessen, utan om processens fokus på att hela och återupprätta offret. De synnerligen retributiva straff som utmättes mot dem som inte kunde reparera sina offer genom böter eller motsvarande är en stark invändning mot definitionen av det förmoderna rättssamhället som en reparativ institution i den moderna betydelsen.⁴¹

Att tala om en reparativ huvudmodell med fokus på holism och återintegration blir dessutom mer mytiskt än vekligt när de förmoderna samhällens juridiska system pekar i en annan riktning. Det starka inslaget av fördrivning, kroppsstraff och dödsstraff är inte återintegrerande utan bestraffande.⁴²

Detta är på intet vis en kritik som kommer enbart från etablerade jurister utanför rörelsen, utan även inifrån rörelsen för reparativ rättvisa. Kathleen Daly, professor vid Griffith University, menar att det är en destruktiv myt att utmåla den reparativa rättvisan som den historiska och allmänmänskliga rättvisan. Det är närmast en rasistisk och nostalgisk tanke att vi skall återvinna vår naturliga rättvisa från de ädla barbarerna och vildarna som levtt kvar i en förmodern samhällstyp.⁴³

Sammanfattningsvis kan man dock säga att även om den historiesyn som redovisas ovan på många sätt är tveksam så finns det helt klart inslag i modern reparativ rättvisa som har tydliga drag från den förmoderna

³⁸ Sylvester, Douglas J, s. 35- 39..

³⁹ Sylvester, Douglas J, s. 35- 39.

⁴⁰ Sylvester, Douglas J, s. 35- 39.

⁴¹ Sylvester, Douglas J, s. 46-47.

⁴² Sylvester, Douglas J, s. 39-40.

⁴³ Daly, Kathleen, Restorative justice: the real story, Brisbane, 2000, s. 14-18.

rättvisans tankar. Idealiseringen verkar närmast vara den orealistiska bilden av människans natur.

Detta innebär också att kyrkans och statsmaktens bejakande av vissa handlingar som kränkande och bestraffningsvärda, lika gärna kan ha uppfattats som en befrielse för människorna som levde i skiftet mellan för- och tidigmoderna samhällsstrukturer. Att utmåla den kristna religionens maktambitioner, och statsmaktens formering som orsaken till allt ont i det moderna samhällets rättssystem är lika enögt som konspiratoriskt. Därvid tjänar inte argumentationen sitt syfte att filosofiskt och historiskt motivera ett reparativt paradig i straffrätten. Snarast är det frågan om någon form av kryptopropaganda.

2.4 Grundtankar

Både förespråkare och kritiker av den reparativa rättvisan har, och sprider missuppfattningar kring vad den reparativa rättvisan innebär. För att på ett enkelt sätt kunna fylla i mallens konturer, kommer jag inleda med att undanröja vissa myter kring den reparativa rättvisan. Avsnittet kommer att avslutas med en sammanfattning där ramar för en metodorienterad idealbild av den reparativa rättvisan kommer redovisas (se avsnitt 1.6.1).

2.4.1 Vad reparativa rättvisan inte är

Reparativa rättvisa är inte ett visst program med en idealbild av hur brottmålsprocessen skall bedrivas. Det drivs alltså inte med utgångspunkt för de reparativa verksamheter som bedrivits i historien. Istället är det de existerande kulturella förutsättningarna, behoven och experimentviljan som skall tillvaratas för att bygga ett eget program med en reparativ målsättning. Det är dessutom ett begrepp som används av många som har olika utgångspunkter och motiv till hur de vill förändra rättssystemet. Det är alltså snarare en idérorelse än en monoideologi⁴⁴

Vidare är det en missuppfattning att den reparativa rättvisan specifikt vänder sig mot småbrott, ungdomsbrottslingar och återfalls brott. Däremot har det i vissa rättssystem varit enklare att införa ett reparativt förfarande på dessa områden. Att det dessutom har visat sig vara en fungerande metod betyder inte att metoden inskränker sig till dessa områden.⁴⁵

Vidare handlar inte reparativ rättvisa uteslutande om medling och förlåtande. Dvs. syftet med processen är inte att få gärningsmannen att be om ursäkt och att få offret att förlåta gärningsmannen. Syftet är att ge offret möjligheten att möta gärningsmannen och få upprättelse, för att detta skall leda till en konsekvensinsikt hos gärningsmannen. Detta innebär att termen

⁴⁴ Zehr, Howard, *The little Book of restorative justice*, Intercourse, 2002, s. 10.

⁴⁵ Zehr, Howard, s. 9-11.

medling som implicerar att man skall nå en reell försoningslösning där offret tar på sig del av skulden inte är en bra beskrivning av reparativ rättvisa. Avsikten med reparativ rättvisa och medling kan även vara att få offret att ta sig förbi sina egna skuld känslor inför det som hände, och lägga det på gärningsmannen.⁴⁶

Den reparativa rättvisans förmåga att ersätta det ordinarie rättssystemet är en omdebatterad fråga inom skolan. Vissa forskare ser mycket positivt på möjligheten att kunna ersätta straffprocessen. Andra ser att det finns behov som den reparativa rättvisan har svårare att tillfredställa än vad det ordinarie rättssystemet har. De samhällseliga konsekvenserna av brott, såväl som det samhällseliga ansvaret för rättvisan, är rimligen lättare att tillgodose i en rättssal. Detta gör att det inte är ett fullvärdigt alternativ till fängelse och retributiva straff.⁴⁷

Å andra sidan menar en del av de ledande forskarna som stödjer den reparativa rättvisan att rättvisans brottsutredande och bestraffande aspekter visst kan tillgodoses i reparativa förfaranden.⁴⁸

2.4.2 Vad den reparativa rättvisan är

2.4.2.1 Synen på offret

För den reparativa rättvisan ligger fokus på offret och offrets kontext; dess sociala sammanhang. Utgångspunkten för den reparativa rättvisan är att det ordinarie rättsväsendet stjälar konflikten från dem som verkligen berörs av den. Teoretiserandet av en händelse till rättsfakta som skall möta rekvisit och täckas av uppsåt eller vårdslöshet efter mått som stadgats i lagstiftningen, leder till att det brott som gärningsmannen förövat är ett brott mot staten och inte mot individen. Det är rättsreglerna som blivit överträdna inte en person som gjorts till offer.⁴⁹

Den reparativa rättvisan har till syfte att sätta offret i fokus och tillfredställa de behov som offret har i förhållande till uppkärandet av ett brott.⁵⁰

Offret behöver information om varför brottet skedde. Vad föranledde brottet? Vad har hänt sedan dess? Offret behöver inte åklagarens gärningsbeskrivning eller spekulationer från åklagaren och försvarsadvokaten, eller domens konstaterande.⁵¹

Det finns ett terapeutiskt behov hos offret att återberätta sin upplevelse. Att få göra det offentligen, gärna direkt för gärningsmannen, och få erkännande för sin berättelse.⁵² Detta terapeutiska behov förbigås nästan helt av den

⁴⁶ Zehr, Howard, s. 8-9.

⁴⁷ Zehr, Howard, s. 12-13.

⁴⁸ Braithwaite, John., s. 25.

⁴⁹ Zehr, Howard, s. 13-15.

⁵⁰ Zehr, Howard, s. 14.

⁵¹ Zehr, Howard, s. 14.

⁵² Zehr, Howard, s. 14-15.

nuvarande rättsprocessen vilket kan leda till att händelseförloppet, som inleddes med brottet, aldrig avslutas. Detta får till följd att offrets känsla av att vara utsatt för brott och den osäkerhet som följer med denna känsla blir ett perdurerande sinnestillstånd.⁵³

Offret har ett behov av att bli myndiggjord på nytt genom att få inse att hotet han eller hon mött är borta.⁵⁴ Att bli myndiggjord innebär i motsats till den nuvarande rättsprocessen, att själv få vara i kontroll över processen och därigenom kunna få berätta sin historia och låta rätten grundas på den egna upplevelsen av brottet.⁵⁵ Detta borgar för att en rättvisekänsla skall infinna sig hos de inblandade parterna.⁵⁶

Slutligen har offret ett behov av att bli upprättad och få sin förlust tillgodosedd. Både som symbolisk och faktisk gottgörelse för det lidande som brottet inneburit.⁵⁷

Att få förlusten tillgodosedd, att bli reparerad för sitt lidande, är offrets behov. Detta skiljer sig från hämndperspektivet i den mån att det behov som offret har, aldrig får innebära ett oproportionerligt förtryck av förövaren. Det är alltså inte bara en ursäkt som krävs utan ett verkligt gottgörande av offrets skada.⁵⁸

Samtidigt har offret rätt att kräva av staten att den tar avstånd från gärningen och markerar offrets moraliska rätt i situationen.⁵⁹

Sammanfattningsvis kan vi alltså konstatera att offret har rätt att kräva en offentlig möjlighet att få förklara att han blivit kränkt, och på vilket sätt detta har skett. Offret har en rätt att få veta vad som föranledde övergreppet, samt att få sin förlust uppvägd både genom terapeutisk och materiell återställning.

2.4.2.2 Synen på gärningsmannen

Den klassiska synen på brottet inom det moderna samhället kan, lätt karikerad, beskrivas på två sätt. För det första en där gärningsmannens roll i brottsförloppet reduceras till ett handlande i strid mot ett lagbud, vilket skall rendera i straff i individualpreventivt och retributivt syfte.⁶⁰ För det andra som en förminskning av gärningsmannens eget ansvar till förmån för en

⁵³ Schiff, Mara, Satisfying the needs and interests of stakeholders, I: Handbook of restorative justice, red. Johnstone, Gerry, Devon, 2007, s. 228-231, 236-237.

⁵⁴ Zehr, Howard, s. 15.

⁵⁵ Braithwaite, John., s. 78-79.

⁵⁶ Braithwaite, John., s. 48.

⁵⁷ Zehr, Howard, s. 15.

⁵⁸ Bennett, Christopher, Handbook of restorative justice, I: Satisfying the needs and interests of stakeholders, red. Johnstone, Gerry, Devon, 2007, s. 261.

⁵⁹ Bennett, Christopher., s. 256-260.

⁶⁰ Häthén, Christian, Stat och straff, Studier i Europeisk, främst svensk konstitutionell- och straffrätts historia. Lund, 2003, s. 95-97, 136-139.

rehabiliterande syn på rättvisa där gärningsmannen skall botas från brott. Brottslighet beror på asocialitet till följd av en skadad samhällsmiljö.⁶¹

Den reparativa rättvisan kan schablonartat sägas handla om att verkligen hålla gärningsmän ansvariga för sina brott. Den enskilde brottslingen antas ofta genom psykologiska försvarsmekanismer fjärma sig från offrets lidande. Istället skyller man på samhället, domaren, åklagaren, polisen. Ett beteende som bara ökar genom rättsprocessens utformning.⁶²

Riktigt ansvar menar företrädarna för den reparativa rättvisan att en gärningsman bara tar när han verkligen möter och förstår konsekvenserna av sitt brott. Inte bara i rent juridisk mening. Utan själv erkänner sitt ansvar för offrets lidande.⁶³

Man argumenterar för att om gärningsmannen skall förändra sitt beteende, krävs det att domstolarna försöker tillvarata de behov gärningsmannen har.⁶⁴

När gärningsmannen hålls ansvarig för offrets lidande, syftar detta till att stimulera gärningsmannens empati och därigenom få gärningsmannen att känna skam inför sin handling. Därigenom skall en vilja till självförändring födas.⁶⁵

Det som distingerar den skam som den retributiva rättvisan eftersträvar att tillskapa hos gärningsmannen, är att den inte är stigmatiserande utan s.k. återintegrerande.⁶⁶

Den återintegrerande skammen är baserad på moraliskt fördömande av gärningsmannen, samtidigt som det inte är frågan om stigmatiserande av denne. Dvs. en moralism utan förvisning. Det som kännetecknar den skam som genereras av att få sitt handlande ifrågasatt moraliskt av, och/eller inför de som man själv bryr sig om.⁶⁷ Det sistnämnda innebär att skammens källa inte utgörs av den egna övertygelsen om handlingens felaktighet, utan utgår från social kontroll. Straffet blir en social, snarare än en etisk fråga.⁶⁸

Den stigmatiserande och obehandlade skammen som kan antas finnas hos gärningsmän av olika slag, innebär å andra sidan en förhöjd risk för att skammen leder till en neråtgående våldsspiral med våld-skamförhållandet som motor.⁶⁹

⁶¹ Häthén, Christian, s. 97-98,139-141.

⁶² Zehr, Howard, s. 16.

⁶³ Zehr, Howard, s. 16.

⁶⁴ Zehr, Howard, s. 16-17.

⁶⁵ Zehr, Howard, s. 17.

⁶⁶ Braithwaite, John, s. 74.

⁶⁷ Braithwaite, John, s. 74-77.

⁶⁸ Braithwaite, John, s. 95-99.

⁶⁹ Braithwaite, John., s. 79-81.

Vidare menar den reparativa rättvisan att gärningsmän både för egen del och för offrets skull har ett behov av att symboliskt nedlägga en reparation för skadan. Dvs. att på något sätt erlægga en prestation som visar att man är villig att sona brottet. Om offret inte vill eller kan ta emot något, så åtminstone till samhället. Denna prestation skall på något sätt upplevas som ställd i relation till gärningen. Dvs. vara baserad på gärningen, inte på dess överträdelse av lagrum.⁷⁰

Den reparativa rättvisans uppfattning om gärningsmännens behov kan sammanfattas i följande schema. Gärningsmän behöver placeras i situationer där de: (1) möter den skada de orsakat och (2) uppmanas till medkännande med sina offer (3) på ett sådant sätt så att de inför sina offer och sina nära upplever en s.k. återintegrerande skam i förhållande till sitt brott. För att detta skall lyckas måste de uppmanas att bryta med sitt tidigare beteende och (4) gottgöra den skada de åsamkat sina offer, (5) bli behandlade för missbruks- och/eller andra personliga problem. Samt (6) få stöd till återintegration i samhället. Men för vissa även en (7) individualprevention genom fängelse.⁷¹

2.4.2.3 Samhällets del i brottet

Den reparativa rättvisan säger sig själv vara offercentrerad och pekar ut samhällets (här i inskränkt mening, se avsnitt 2.4.2.4) förmåga att kidnappa konflikten från de primärt berörda, som det stora problemet. Trots detta erkänner vissa av deras ideologer att samhället berörs av brotten som begås i samhället. T.o.m. på ett sådant sätt att man kan betrakta samhället som ett sekundärt offer i sammanhanget.⁷²

Samhällets grund är nämligen vår strukturella känsla av kollektiv tillhörighet; vilken undermineras av att brott begås. Vi upplever att samhället brister i sitt ansvar mot offer och gärningsmän om den inte ingriper mot brottet. Detta innebär i slutändan att samhället brister i sitt ansvar gentemot den psykologiska föreställning som håller det samman.⁷³

Samhället måste därför behandla sig självt som ett offer och bygga strukturer som möter de primärt inblandades behov av samhällets ingripande. Detta leder till ett stärkande av samhällsgemenskapen. Samhället skall inte i första hand tillgodose sin egen hämndlystnad för utförda delikt i och i andra hand möta offer och gärningsmans behov. Utan som förstahandsvilja att stärka samhällsgemenskapen genom att (i andra hand) tillgodose de behov som offer och gärningsman har av samhällets ingripande.⁷⁴

⁷⁰ Wright, Martin, The paradigm of restorative justice, VOMA Connections, summer, Minneapolis, 2002, s. 5-6.

⁷¹ Zehr, Howard, s. 17.

⁷² Zehr, Howard, s. 18.

⁷³ Zehr, Howard, s. 17-18

⁷⁴ Zehr, Howard, s. 18.

2.4.2.4 Andra aktörer i brottet

Den reparativa rättvisan erkänner andra aktörers roll i den återintegrerande processen. En del av teorierna som redovisats ovan (återintegrerande skam, etc.) utgår från en hög grad av inblandning av både offer och gärningsmans sociala nätverk.

I princip kan kretsen av berörda individer dock utvidgas till att omfatta många fler än bara offer och gärningsman. Alla som emotionellt eller strukturellt upplever sig ha en del i brottet och/eller dess lösning har någon del i det förfarande som är reaktionen på brottet. Här ingår tjänstemän i offentliga befattningar, sociala grupper, religiösa grupper i vilket offer och/eller gärningsman ingår. Deras förhållande till brottet är dock primärt ställföreträdande, och deras behov är generella och hänför sig till att processen i sig blir genomförd.⁷⁵

Förutom det starka behovet av att processen blir genomförd har samhället i denna vida mening ofta en mycket stark betydelse för den enskilda individen. En betydelse som får en normativ verkan på samma sätt som familjen anses ha.⁷⁶

2.4.2.5 Vad är brottet och vad är påföljden?

Rubriken har i viss utsträckning redan berörts ovan. Det som redan nämnts kommer inte att upprepas, men däremot kommer vissa delar förtydligas och utvidgas och andra tillfogas.

Inom den reparativa rättvisan är det primära brottet en kränkning av människors mellanpersonliga relationer. Detta bygger på uppfattningen att samhället går nerifrån och upp. Samhället är inte staten som sträcker sina tentakler neråt i ett lydnadsförhållande. Istället är det ett socialt nät av människor vilket byggs på ett fridsförhållande. I biblisk mening sammanfattas detta fridsförhållande med ordet shalom i betydelsen samhällsfred.⁷⁷

Kränkningen av samhällsfreden medför en skyldighet att ställa tillrätta kränkningen. Samtidigt är kränkningen av den mellanpersonliga freden både en konsekvens och en effekt av brottet. Följaktligen måste även denna helas.⁷⁸

Denna fokusering på vad som blivit skadat innebär, i motsats till det kontradiktoriska eller inkvisitoriska förfarandet, att det intressanta i processen inte är den materiella sanningsfrågan. Det intressanta är istället vad som upplevdes och hur detta har skadat de inblandade individerna.⁷⁹

⁷⁵ Mccold, Paul, Wachtel, Ted, In pursuit of paradigm: A Theory of Restorative Justice, New York, 2003, s. 2.

⁷⁶ Schiff, Mara, s. 235-236.

⁷⁷ Zehr, Howard, s. 19.

⁷⁸ Zehr, Howard, s. 19.

⁷⁹ Zehr, Howard, s. 22-23.

Rent konkret innebär detta att man kommit fram till att det inte är av intresse att gärningsbeskrivningen pekar ut en viss tidpunkt och plats där brottet skett. Det som är centralt är inte heller vad som hände där. Det intressanta är lidandet hos offret och vad som behövs för att läka detta. Där avgörs påföljd och brottets innehåll.⁸⁰ Detta innebär i egentlig mening en sågning av det moderna rättsväsendets hela syfte och ett potentiellt legitimerande av förbigåendet av rättssystemets krav på rättssäkerhet. Vem som gjorde vad är ju i bästa fall sekundärt intressant. Sanningssökandet skall genomföras på det sociala och moraliska planet.

2.4.2.6 Reparativa rättvisan och den moderna processen

Den reparatoriska rättvisans apologeter ser olika roller för sitt system inom ramen för den moderna processen. Helt klart är att de inte vill att det fokus som den moderna processen har ersätts, eller tror att det helt kan ersättas.⁸¹

De erkänner att den västerländska processens yttre ramar i mänskliga rättigheter, rättssäkerhet och det materiella sanningssökandet är värden som bör bejakas, och att den reparatoriska processen är ett dåligt alternativ på dessa områden.⁸² Vissa menar dock att den reparatoriska processen har potential på dessa områden.⁸³

Främst kan man se trenden att det handlar om att infoga ett reparatoriskt fokus i processen samtidigt som den sanningstronande och bestraffande sidan behålls. Men bara i de fall då ett erkännande inte kommer till stånd. I väntan på den dag då ett reparatoriskt förfarande klarar av att hantera samtliga fall.⁸⁴ Det sistnämnda får närmast betraktas som en utopisk dröm även bland denna rättsfilosofis försvarare.

I detta sammanhang kan det vara intressant att notera hur vissa rättsteoretiker argumenterar kring den reparatoriska rättvisans svaga förmåga att bejaka vissa fenomen, såsom den kontradiktoriska förfarandepincipen, och andra rättsprinciper som antas vara garantier för rättssäkerhet. Mot detta invänder man att det inte är de reparatoriska förfarandena som måste anta regler kring rättssäkerhet. Istället måste att domstolsprocessen anta en reparatorisk grundinställning.⁸⁵

⁸⁰ Zehr, Howard, s. 22-25.

⁸¹ Zehr, Howard, s. 59.

⁸² Zehr, Howard, s. 59-60.

⁸³ Braithwaite, John., s. 25

⁸⁴ Zehr, Howard, s. 59-61.

⁸⁵ Walgrave, Lode, Satisfying the needs and interests of stakeholders, I: Handbook of restorative justice, red. Johnstone, Gerry, Devon, 2007 s. 572-574.

2.4.2.7 Det retributiva straffet och den reparativa rättvisan

I princip alla som forskar kring reparativ rättvisa är eniga om att ett fullständigt avskaffande av det traditionella rättsliga förfarandet inte är möjligt. Detta innebär även att de erkänner att det behövs någon form av bestraffande inslag. Vissa inskränker detta bara till krav i förhållande till den reparation som offret skall tillhandahållas. Men andra anser att det även bör finnas ett bestraffande system för dem som inte kan ta till sig den reparativa processen.⁸⁶

En poäng som förs fram är att det som kallas reparation i realiteten lätt kan uppfattas som en form av straff. I vissa fall kan det antas att en reparation, om den skulle vara av faktisk natur, skulle vara mer ingripande än om den utsatte behövt utstå en bestraffning.⁸⁷

Detta måste såväl beaktas i de reparativa processerna såväl som i den vanliga brottmålsprocessen. Medvetandegörandet om att den sanktion, reparation eller retribution, som man påför gärningsmannen innebär ett medvetet påförande av lidande är nödvändigt. Annars riskerar den återintegrerande aspekten av sanktionen att bli undanknuffad till förmån för en ren ekonomisk kalkyl.⁸⁸

En del forskare menar att det grundläggande syftet med såväl en reparativ, som en retributiv sanktion, är densamma. Dvs. att utplåna oförrätten, s.a.s. kvittera missförhållandet mellan gärningsmannen och offret.⁸⁹ Den främsta invändningen för dessa forskare torde vara straffets brist på pedagogik i jämförelse med en reparation. Även om man argumenterar för att den reparativa processen är överlägsen straffet måste det finnas straff och brottprocesser när den reparativa processen inte får avsedd verkan. Exempelvis p.g.a. brottslingens eller brottets karaktär.

2.5 Sammanfattning och idealtyp

Den reparativa rättvisan är en av de grundläggande former av rättvisa som förekommer i människans historia. I lägre eller högre grad i fullständig samstämmighet med den ideologi som drivs av den sociala rörelsen för reparativ rättvisa.

Det är en förenkling av mytbildningskaraktär att påstå att det förmoderna samhället helt präglades av reparativa sanktionsmedel av holistisk karaktär. Snarast verkar de förmoderna rättskulturerna i hög grad varit en blandning mellan ett reparativt och retributivt förhållningssätt.

⁸⁶ Walgrave, Lode, s. 561-562.

⁸⁷ Walgrave, Lode, s. 565-567.

⁸⁸ Walgrave, Lode, s. 565-567.

⁸⁹ Zehr, Howard, s. 58-59.

Rörelsen för reparativ rättvisa spårar i vart fall sin historia tillbaka till mitten av 1900-talet, och de brottsoffer- och abolitionistiska rörelser som då formerades.

Howard Zehr*, av många uppfattad som grundaren till skolan om reparativ rättvisa, sammanfattar sin definition av reparativ rättvisa med orden:

”Restorative justice is a process to involve, to the extent possible, those who have taken a stake in a specific offence and too collectively identify and address harms, needs, and obligations, in order to heal and put things as right as possible.”⁹⁰

Det är uppenbart att den reparativa rättvisan vill uppfattas som offercentrerad, samtidigt som den vill bli betraktad som holistisk. Fråga är om detta är möjligt eller, om det bara är ett uttryck för rörelsens historiska bakgrund i ett flertal olika rörelser (t.ex. brottsofferrörelsen), med skiftande fokus och dessas självuppfattade historia (se avsnitt 2.3).

I förhållande till det straff- och processrättsliga systemet idag innebär det reparativa synsättet att:

1. Brottet är ett brott mot det interpersonella sociala nätverket vari offer och gärningsmän ingår, inte mot staten.
2. Brottet skapar skyldighet, inte skuld.
3. Konsekvensen av brottet skall vara att läka och återställa det som blivit förbrutet mot, inte att utmäta straff.⁹¹

Vidare innebär det helt andra frågeställningar i förhållande till brottet.

Frågan blir:

1. Vem har blivit skadad? Inte vilka lagar har brutits.
2. Vad behöver de inblandade? Inte vem gjorde vad.
3. Vems ansvar är det att ställa saker och ting tillrätta? Inte vad de skyldiga förtjänar.⁹²

Den idealtyp jag kommer att använda mig av som grund för undersökningen i min uppsats kommer vara att den reparativa rättvisan:

1. fokuserar på skadan och dess objekt.
2. handlar om materiell och social reparation för offret, men inte hämnd.

* Howard Zehr är professor vid Eastern Mennonite University i ämnena Sociology and restorative justice. Var den som 1974 använde termen Restorative justice. Känd för sitt pionjärbete inom området. Uppfattas i allmänhet som den kanske största tänkaren på området och ämnets grand old man.

⁹⁰ Zehr, Howard, s. 36-37.

⁹¹ Zehr, Howard, s. 21.

⁹² Zehr, Howard, s. 21.

3. har återintegrerande skam och ånger som primära verktyg för gärningsmannens återintegrering.
4. innebär att processen skall utgöra en terapi för offer och gärningsman.
5. ser samhället ur ett holistiskt perspektiv som ett mellanmänniskt nätverk.
6. bygger på deltagande från hela samhället i en maximalistisk och minimalistisk definition.
7. utesluter inte retributiva sanktioner och en sanningsutrönande sidoprocess.

2.6 Effektivitet

Frågan om effekten och effektiviteten i det straffrättsliga förfarandet är en viktig fråga där företrädarna för den reparativa rättvisan anser att de utgör en mer lyckad straffideologi än de som idag dominerar i straff- och processrätten. Bevisen för detta är inte entydiga och heller inte avgörande för denna uppsats eller för teorins hållbarhet. Det verkar finnas en högre grad av tillfredställelse för offren i ett reparativt system, än i ett vanligt förfarande. Men bara i de fall där det rör sig om våldsbrott finns det en lägre återfallsstatistik bland de gärningsmän som genomgått reparativa processer.⁹³

⁹³ Ashworth, Andrew, Sentencing and criminal justice, Cambridge, 2005, s. 88-90.

3 Ett reparativt perspektiv på den svenska rättens tidiga historia

Under avsnittet sker en löpande analys av underfrågeställning 2: *Innehåller den förmoderna svenska rätten reparativa element?*

Den tidigaste svenska rätten riskerar ofta att beskrivas slagordsmässigt, eller rättsideologiskt på det sätt som den reparativa rättvisans ideologer har kritiserats för ovan. Jag kommer därför att genomföra en studie på äldre västgöotalagen dvs. den äldsta svenska lagtexten, skriven i slutet av 1200-talet, med rötter längre tillbaka i hednisk tid.⁹⁴

Studien är uppbyggd på en indelning av lagstadgandena i tematik och delikt med utgångspunkt för deras retributiva eller reparativa karaktär. Studien är bifogad i bilaga B.

Den äldre svenska rätten kan beskrivas som ett uttryck för det samhällsskick som rådde i förmodern tid. Den trygghet man hade fanns inte i en yttre garant eller i den egna styrkan men i släktens, ättens styrka och anseende. Detta var ett förhållande som vaktades noga. En kränkning mot den egna personen innebar att man kunde tillkalla sina släktingars hjälp att hämnas oförrätten. Detta förhållande innebar dels att den egna säkerheten var beroende av att ätten faktiskt samlades och utkrävde sin rätt. Dels att den övrig omgivningen förhöll sig neutral till det egna utkrävandet av personlig rätt. I annat fall riskerade man att förlora all personlig rätt.⁹⁵

Man anser att detta förhållande snabbt var tvunget att förändras eftersom det innebar att ett veritabelt krigstillstånd snart infann sig varje gång någon kränkt en medlem av en annan ätt. Istället uppstod bot- och skamstraffen som syftade till kompensation, repression och återupprättelse. Detta skedde genom bot på tungen. Det finns dock anledning att anta att det åtminstone i tidig tid fanns en möjlighet att vägra detta och gripa till vapen för att söka sig blodshämnd.⁹⁶

Detta ledde till uppfattningen att brottet också var ett brott mot hela samhället. Detta föranledde att statsmakten fick anledning att kräva dels åttlydnad av boten, inskränkning av blodshämnden och nya reformerade straff.⁹⁷

⁹⁴ Holbäck, Åke, Wessén, Elias, Svenska landskapslagar – tolkade och förklarade, Stockholm, 1946, s. XXV-XXVI.

⁹⁵ Munktell, Henrik, Brotts och straff i svensk rättsutveckling, 1943, Uppsala, s. 5-7.

⁹⁶ Munktell, s. 5-7.

⁹⁷ Munktell, s. 5-7.

Detta straffrättsliga system har beskrivits som ett försoningssystem där offer och gärningsman var relevanta som en del i en social enhet: släkten. Den straffrättsliga regleringen ses som ett resultat av behovet av att gottgöra överträdelser mot släkten, och sona blodshämnden.⁹⁸

3.1 Äldre västgötalagen

3.1.1 Heder och ära

I lagen finns det flera uttryck för att ett av de skyddsvärda intressen som fanns vid tidpunkten var att behålla heder och ära. Detta visar sig bl.a. i urbotabalkens nidingsdåd, att stå på någons hals och våldföra sig på honom. Detta har antagits ha en ärekränkande innebörd.⁹⁹

Ytterligare ett uttryck för detta skyddsintresse är Slagsmålsbalkens första avsnitt. Om en man blev slagen skulle han kalla samman till möte på sjunde natten efter det inträffade, för att kalla åsynavittnen, vilka på tinget skulle styrka att ”*somi hans uar skærdær ok manhælghi hans brutit*”¹⁰⁰ dvs. hans heder blivit minskad och manhelgd bruten. Därefter skall det kallas till ting där böter blir påföljd. Om gärningsmannen inte betalade skulle han dömas till fredlöshet (Slagsmålsbalken 1). Det är alltså offrets heder och manlighet som blivit förringad i första hand.

Vidare är rättslösabalkens kasuistiska stadganden om ärekränkning genom förolämpning ett tydligt bevis på hur viktig den personliga helgden var i det dåtida Västergötland. Denna manhelgd och ära representerar uppenbarligen en social funktion, såsom ett socialt kapital. Vilket relaterar denna definition av kränkningen till de begrepp som den reparativa rättvisan använder. Även om kontexten skiljer sig fullständigt åt.

Denna fokus på den kränktes person, som även yttrar sig i t.ex. en graderad straffskala med utgångspunkt för offrets etnicitet (jfr. *om mandrån* 5), påvisar att det var offret som var intressant och i förlängningen tillgodogörandet av hans hämndbegär.

Ytterligare ett intressant reparativt stadgande finns. Om vi skall tolka den direkta hämnden på ett mord, som beskrivs i *Om mandrån* 6, som en hämnd som träder istället för böter. Den sista meningen: ”*se skola varken böta till konungen eller härader*”¹⁰¹ verkar mest rimligt om det redan var så att hämnden var böter nog. I sådant fall är böter och hämnd utbytbara begrepp i lagens mening.

⁹⁸ Anners, Erik, Svensk straffrätts historia – några huvudlinjer, Stockholm, 1977, Del 1, s. 5.

⁹⁹ Holbäck och Wessén., s. 71.

¹⁰⁰ Västgötalagen, Slagsmålsbalken, 1.

¹⁰¹ Holbäck och Wessén., s. 25.

3.1.2 Processen

Landskapslagens processregler bygger på edsgång. Genom att svaranden och kändanden samlade ihop edsgärningsmän som kunde intyga partens ed skulle saken dömas. Dessa behövde inte veta mer om det egentliga händelseförloppet än att de var villiga att gå ed på att kändandens eller svarandens uppfattning stämde.¹⁰²

Detta innebär att vad som egentligen mättes var parternas respekt och/eller inflytande i samhället. Hur många kunde de förmå att svära ed till deras fördel?

3.1.3 Reparativa straff

I en nutida bemärkelse rör det sig inte om böter annat än i vissa specifika fall. Istället rör det sig om skadestånd som varierar med offrets etnicitet (jfr *om mandrån* 5), kön (Urbotabalken 6 §) och sociala ställning (jfr *Om mandrån* 5:7 om drån på träl).

Dessa skadestånd måste ha uppfattats som förlikningar som dessutom var skyddade av Urbotabalkens dödsstraffskrav för nidingverk genom förbudet att "[bryta] *fred eller gjord förlikning*".¹⁰³

De reparativa skadeståndskraven täcker i princip in alla brottstyper. Räknet på varje enskilt brott så är 55 av sammanlagt 79 brott belagda med skadestånd. De sträcker sig från mord och misshandel till förolämpning, skambrott och egendomsbrott, med undantag för stöld.¹⁰⁴

3.1.4 Retributiva straff

De retributiva straffen saknas inte i äldre västgöotalagen. De är 24 till antalet och tematiskt rör det sig om brottstyper som att dräpa i kyrkan, inte betala böter, att träl eller frigiven sårar fri man, trolldom, ärelösa brott och fridsbrott.¹⁰⁵

De retributiva straffen i Äldre västgöotalagen är inte lika utstuderat grymma som det kunde förekomma att de var på kontinenten.¹⁰⁶ Något som skulle kunna bero på att syftet med straffen inte var allmänprevention, genom avskräckande effekt, utan egentligen en fråga om hämnd. Dvs. en typ av reparation. Jämför ex. Balken om sårsmål 6, 1 § om rätten att kräva böter istället för att genomföra våldsgärning på gärningsmannen.

¹⁰² Holbäck och Wessén., s. L-LI.

¹⁰³ Västgöotalagen, Urbotabalken 2 §.

¹⁰⁴ Se Bilaga 2.

¹⁰⁵ Se Bilaga 2.

¹⁰⁶ Holbäck och Wessén., s. 71.

Generellt verkar det som om den tematiska indelning av vilka brott som leder till de retributiva påföljderna följer brottens grovhet. Vilket knappast överraskar.

3.1.5 Sammanfattning och analys

För att analysera västgöotalagen med utgångspunkt från den ovan angivna idealtypen kan vi konstatera att: man tar sin utgångspunkt i vem som lidit skadan och vilken skada det är. Detta sker dock med stor tonvikt på nationalitet, heder, kön och rättstillstånd. Att slå en kvinna kostade 3 marker om det skedde i kyrkan eller på gästabud (vilket i realiteten nog mer berodde på kränkningen av gästabudet och kyrkan), den som sårade en träl betalade böter på en mark och den som högg lillfingret av en fri man betalade nio marker för såret och ett öre för lytet.

Det handlade ofta om materiell kompensation. Denna kan säkert också antas ha haft en hedersåterställande funktion. Jfr. slagsmålsbalken, men även Urbotabalkens straff för att ”*stå på annans huvud*”¹⁰⁷; som ytterst sett handlar om en ärekränkande handling. Samtidigt verkar det även till minst lika stor del ha varit en fråga om hämnd. Framförallt om det var något som ersatte blodshämnden som straffrättsligt institut. I avsnitt 2.5.1.1 kvalificerades reparationen som något som står i relation till offrets lidande. I detta fall relateras det till yttre, sociala, omständigheter. Detta gör att innebörden av kompensationen snarast är bestraffande.

Varken skam eller ånger nämns. Istället är det reparation och offrets sociala status som är avgörande. Det synsätt man bygger på är ett ättesamhälle med etnocentristiska ideal och rättsordningar. Men den bygger på en hög grad av samhällelig involvering i brottet.

Dessutom kan vi konstatera att de brott som bestraffades med döden var många. Samtidigt var spännvidden stor på den vikt vi skulle sätta på dem idag. Att döma till lagens hårdaste straff för stöld såväl som för härtåg mot det egna landet är ett kraftfullt retributivt system med drakoniska straff.

Å andra sidan kan vi konstatera att det faktiskt i dessa sammanhang var offren som stod för lagföringen. Överhetens inflytande var marginellt och i princip alla brott var försoning en påbjuden eller i vart fall erbjuden utväg.

Samtidigt som vi kan konstatera att 55 av 79 brott har bötesstraff, kan vi konstatera att samtliga straff verkar ha någon form av återupprättande reparativ funktion som syfte.¹⁰⁸

För att besvara hjälpfrågeställning 2, kan vi konstatera att partssuveräniteten, de reparativa straffen med fokus på offret och dess

¹⁰⁷ Holbäck och Wessén., s. 68.

¹⁰⁸ Bilaga 1.

lidande, kränkningen av dess sociala position och närheten till den sociala kontexten innebär klara reparativa element i den förmoderna svenska rätten. Men systemet kan i sig inte kännas igen som renodlat reparativt system.

Systemet handlar om hämnd, saknar uppenbart återintegrerande funktion och bygger inte helt tydligt på skam.

Vidare är det svårt att definiera några terapeutiska drag eller en holistisk samhällssyn.

Men samtidigt kan vi konstatera att systemet inte kan passas in på någon av de historiska rättsystem som reparativa rättsteoretiker beskrivit ovan. Det är varken ett förstadium till rättssystem där reparativ rättvisa och förvisning från gruppen dominerar som rättsliga former, eller en svag stat där kropps- och dödsstraff dominerar.

4 Medlingslagen

Medlingslagen trädde i kraft 2002 genom SFS 2002:445. Den anger att landets kommuner skall kunna erbjuda medling fr.o.m. 2008.

Brottsförebyggande rådet (BRÅ) har undersökt den försöksverksamhet som funnits i landet, och regeringen angav i propositionen att ansvaret för fördelningen av pengar till de lokala medlingsprojekten skall ligga på BRÅ.¹⁰⁹

I avsnittet sker en löpande analys av den deskriptiva delen av underfrågeställning 5: *Hur har medlingslagen integrerats i det svenska rättssystemet och finns det en konflikt med det rådande systemet?*

4.1 Bakgrund

Medling finns i många former. Allt från medling med anledning av begravningstvister till medling inom splittrade familjer i s.k. samarbetsamtal. Nyligen föreslog en kommunpolitiker i Nässjö att medling skulle införas vid grannfejder så att rättsväsendet slapp hantera sådana frågor.

Den svenska medlingsverksamheten med anledning av brott kom igång under 80- och början av 90-talet. Syftet var att låta unga lagöverträdare möta konsekvenserna av sina brott. Verksamheten växte fram underifrån utan initiativ från statsmakten. 1998 gavs BRÅ uppgiften att leda och utvärdera en del av denna verksamhet.¹¹⁰

Statsmakten valde att låta medlingsverksamheten utvecklas spontant, för att sedan lagstifta på området. De frågor som var avgörande för behovet att lagstifta var bl.a. *”att åklagare och domstolar redan i dag enligt det gällande regelverket kan beakta vad som skett under en medling vid beslut i åtalsfrågan samt vid straffmätning och val av påföljd.”*¹¹¹ Man såg behovet av att ta ställning bl.a. till initiativtagandet till medling, när det skulle tas in i processen, samt dess inverkan på åtalsfrågan och straffmätningen.¹¹²

Propositionen nämner att medling i korthet innebär att de som tvistar möts inför en opartisk medlare och försöker lösa konflikten.¹¹³

Medlingslagens utgångspunkter finns inom den ovan behandlade straffrättsliga skolan reparativ rättvisa. I propositionen skrivs det att

¹⁰⁹ Prop. 2001/02:126, s. 32.

¹¹⁰ Prop. 2001/02:126:126, s. 12.

¹¹¹ Prop. 2001/02:126:126, s. 13.

¹¹² Prop. 2001/02:126, s. 12-13.

¹¹³ Prop. 2001/02:126, s. 9-11.

”[r]eparativ rättvisa kan definieras som en process i vilken parter som berörs av ett brott samlas för att tillsammans lösa hur man skall hantera följderna av brottet och dess verkningar i framtiden.”¹¹⁴

Motiven som anges för införandet av medlingsverksamheten är den positiva effekt som man menar att medling har på brottsoffer och gärningsmäns upplevelse av processen, och den förmåga medling har att förebygga återfall. Ett av de syften som vidare anges är att medlingen kan komma att avlasta rättsväsendet.¹¹⁵

4.2 Hur hamnar ett fall i medlingsverksamhet?

4.2.1 Hänvisning till medling

Det finns inget lagrum som reglerar vilka ärenden som skall hänvisas till medling. Istället skall individuella bedömningar ske av varje fall och enskild situation.

I beredningens förslag fanns ett ändringsförslag av lagen (1964:167) med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare, där direkta propåer om medling skulle göras i varje enskilt fall och situationen utvärderas för att undersökas om det var lämpligt med ett medlingsförfarande.¹¹⁶

Motiven till att förändra betänkandets förslag anges inte, men man påpekar att det inte är polisen som oftast hänvisat fallen till medling, vilket är en ordning som antas vara att rekommendera. Det skall däremot meddelas socialnämnden om det skett en hänvisning till medlingsverksamhet.¹¹⁷

Betänkandet anger att behovet av rättslig reglering av medlingsverksamheten är en rättssäkerhetsfråga som bör lösas.¹¹⁸

I betänkandet sägs vidare att initieringen av medlingen bör kunna ske på alla nivåer och av alla inblandade under hela processen. Från polis och åklagare till socialnämnd och domstol.¹¹⁹ Däremot föreslås att ett tätt samarbete mellan dessa är lämpligt för att korrekt kunna bedöma om medling bör användas eller inte.¹²⁰ Vidare påpekar regeringen att det redan finns upparbetade kanaler vad avser ungdomsbrott, vilka bör utnyttjas.¹²¹

Mao. att ett fall hamnar i medlingsverksamheten är en produkt av att enskilda tjänstemän tar initiativ för att hänföra fallet dit.

¹¹⁴ Prop. 2001/02:126, s. 10.

¹¹⁵ Prop. 2001/02:126, s. 24-25.

¹¹⁶ Prop. 2001/02:126, s. 67-69.

¹¹⁷ Prop. 2001/02:126, s. 43.

¹¹⁸ Prop. 2001/02:126, s. 60.

¹¹⁹ Prop. 2001/02:126, s. 63.

¹²⁰ Prop. 2001/02:126, s. 45.

¹²¹ Prop. 2001/02:126, s. 52-53.

4.2.2 Vilka brott är aktuella för medling

För att det skall bli aktuellt med medling krävs enligt lagens 5 § ML att båda parterna accepterar det. Brottet skall vara anmält till polisen och gärningsmannen skall ha erkänt gärningen, eller delaktighet i denna. I övrigt skall det framstå som ett lämpligt alternativ.

Lämpligheten är en bedömning mot brottets art. Dvs. offerlösa brott som t.ex. rattfylla, narkotikabrott är olämpliga enligt propositionen. Av hänsyn till offret är medling även olämpligt vid sexualbrott och andra utsatta brottstyper.¹²² Som t.ex. brott mot anhöriga och kvinnor i en relation med gärningsmannen.¹²³

En bedömning om medling är lämpligt sker med utgångspunkt för 3 § ML. Dvs. att det är i båda parternas intresse, för att minska de negativa konsekvenserna av brottet, som ett sätt att ge gärningsmannen en ökad insikt om brottets konsekvenser och för offret att kunna behandla sina upplevelser. Det är alltså ingen rättighet för parterna att få till stånd ett medlingsförfarande.¹²⁴

Särskilt aktuella är de brott som är av s.k. strategisk art. Dvs. de som utgör inkörspport till tyngre kriminalitet, som tillgrepp av fortskaffningsmedel, rån och stöld.¹²⁵

Inte heller återfall utgör ett absolut hinder även om det ställer höga krav på gärningsmannen.¹²⁶

4.3 Medlingsverksamheten

4.3.1 Medlingsprocessen

När ett ärende blivit hänvisat till medling skall målsäganden och den misstänkte/tilltalade informeras om medlingen. Vad den innebär, hur den går till och vad den syftar till.¹²⁷ Därefter är det frivilligt att acceptera att delta i medling eller inte. De inblandade skall inte övertalas att delta för gärningsmannens skull.¹²⁸

Innan mötet kan ett eller flera förmöten med de båda inblandade förekomma. I dessa kan frågor kring händelsen och processen dryftas på ett

¹²² Prop. 2001/02:126, s. 55.

¹²³ Prop. 2001/02:126, s. 40-41.

¹²⁴ Prop. 2001/02:126, s. 55.

¹²⁵ Prop. 2001/02:126, s. 39..

¹²⁶ Prop. 2001/02:126, s. 41.

¹²⁷ Prop. 2001/02:126, s. 47.

¹²⁸ Prop. 2001/02:126, s. 36.

sätt som ökar möjligheten till en fungerande medling. Frågor om sekretess och konsekvenserna av medlingsförfarandet kan lyftas till diskussion för att öka gärningsmannens förståelse av de rättsliga konsekvenserna och processuella förhållandena.¹²⁹

Själva medlingsmötet är inte reglerat i lag utöver 9 § ML.

9 § Vid medlingsmötet skall målsäganden ges möjlighet att berätta om sin upplevelse av brottet och dess följder. Gärningsmannen skall få möjlighet att berätta varför gärningen kom att begås och ge sin syn på sin situation. Målsäganden kan också framställa önskemål om gottgörelse, och gärningsmannen kan framföra en ursäkt för sitt handlande.

Anledningen att regeringen väljer att inte mer noga göra klart vad som är förutsättningarna för medlingsverksamhetens yttre ram och medlingens former är att det inte finns någon standardmodell för hur medlingen bör genomföras. Regeringen menar att medlingen måste tillåta att utveckling sker i olika riktningar beroende på vad som är mest effektivt.¹³⁰

Detta innebär bl.a. att de familjer som är inblandade i konflikten och andra relevanta personer som kan vara av intresse för att reda ut situation kan tillåtas delta. Sammanfattningsvis kan det konstateras att medlingsförfarandet karakteriseras av avsevärt lösa former och en situationsanpassning för att förmedla konsekvensinsikt hos gärningsmannen och konsekvensbehandling hos offret.¹³¹

Det typiska medlingsförfarandet innebär dock att medlaren berättar om brottet, varpå parterna berättar om det som hänt. Detta följs av frågor riktade till varandra medan medlaren tar en passiv position. Förhoppningen är att en dialog kommer till stånd. Medlarens roll är att underlätta denna och säkerställa att de inblandade kommer till tals och att hela brottet blir belyst. De övriga närvarande får oftast inte tala innan gärningsman och offer talat färdigt. Därefter diskuterar man någon form av gottgörelse, och ett reparationsavtal kan skrivas för att formalisera detta. Sedan sammanfattar medlaren vad som diskuterats och vad man kommit fram till för att sedan bereda tillfälle till ursäkt och förlåtelse om det är önskvärt.¹³²

Om offret eller gärningsmannen vill kan alltså frågan om reparation framställas och i de fall då det finns anledning till det kan det bli tal om någon form av ursäkt.¹³³

¹²⁹ Prop. 2001/02:126, s. 47-49.

¹³⁰ Prop. 2001/02:126, s. 47- 48.

¹³¹ Prop. 2001/02:126, s. 47- 48.

¹³² Prop. 2001/02:126, s. 11.

¹³³ Prop. 2001/02:126, s. 47-49.

4.3.2 Syftet med medlingsverksamheten

Syftet med medlingsverksamheten är att på olika sätt förmedla insikt till offer och gärningsman och kunna behandla de negativa konsekvenserna av brottet.¹³⁴ Till detta kommer även behovet och möjligheten att avlasta rättsväsendet genom förfarandet.¹³⁵

Mer specifikt anger propositionen att syftet kan vara (och har varit i försöksverksamheten). att ”sätta stopp för en kriminell karriär, att lösa konflikter mellan parterna, att hjälpa brottsoffer, att stärka den sociala kontrollen eller att tillrättaföra ungdomar.”¹³⁶ Men dessutom anges att det främst är förmågan att undantränga återfall och minska lidande för brottsoffer som kommit att dominera i försöksverksamheten. Man konstaterar dock att det är svårt eller omöjligt att fastslå något med säkerhet kring återfallsstatistiken.¹³⁷

4.3.2.1 Offer

Medlingslagen avser att tillfredsställa offrets behov av att bearbeta kränkningen som brottet inneburit för honom eller henne. Man beaktar att utredningar visat att det är ett sätt att uppleva att man som offer återfår en del av den självkontroll, som man upplever att man förlorat. Samt att man tillfredställer behovet av information om varför brottet hänt.¹³⁸

De rapporter som utredningen till del bygger på meddelar att offren i hög utsträckning anser att medlingen varit positivt snarare än traumatiskt och jobbigt. De upplever att de fått ta stor del i processen och upplevt ett övertag i förhållande till gärningsmannen. I propositionen anges vidare att det ingår internationella studier som pekar på samma slutsats.¹³⁹

4.3.2.2 Gärningsmannen

För gärningsmannen anger regeringen att man vill uppnå konsekvensinsikt och möjligheten att minska återfall. Dessutom ser man att de gärningsmän som genomgår medling har en mindre fientlig inställning till sina tidigare offer, vilket skulle kunna bidra till att minska risken för återfall.¹⁴⁰ Detta beskrivs som ett rehabiliterande element i processen.¹⁴¹

Rent faktiskt innebär det en möjlighet för gärningsmannen att under ordnade former kunna få ta sitt ansvar inför offret, på ett sätt som gör att han inför

¹³⁴ Prop. 2001/03:126, s. 11.

¹³⁵ Prop. 2001/02:126, s. 25.

¹³⁶ Prop. 2001/02:126, s. 35.

¹³⁷ Prop. 2001/02:126, s. 35.

¹³⁸ Prop. 2001/02:126, s. 23.

¹³⁹ Prop. 2001/02:126, s. 24-25.

¹⁴⁰ Prop. 2001/02:126, s. 24.

¹⁴¹ Prop. 2001/02:126, s. 11.

offret, sig själv och de närvarande på ett synbart sätt kunnat gottgöra den skadelidande.¹⁴²

4.4 Medlarrollen

Den enda representant för det offentliga som med nödvändighet måste vara en del av varje medlingsförfarande är medlaren. Medlarens uppgift är att övervaka att medlingen går rätt till. Eftersom medlingen till sin natur är intimt förknippad med förmågan att på ett konstruktivt vis utöva social press på de inblandade är medlarrollen av intresse för att fullt ut kunna bedöma medlingens innebörd, med utgångspunkt för frågeställningarna. På vilken grund verkar medlaren och vilken är medlarrollen?

Medlarrollen beskrivs i 4 § ML. En medlare skall vara kompetent, rättrådig och opartisk. Innebörden kvalificeras inte direkt, men kan delvis utläsas ur propositionen.

4.4.1 Opertiskhet

Ordet opertiskhet används vid 18 tillfällen i propositionen. Det exakta innehållet är dock oklart. Opertiskhet anses inte betyda att medlingen skall vara neutral i avseende på skuldfrågan. Detta framgår i att gärningen eller delaktighet i handlandet skall vara erkänd enligt 5 § ML. I princip skall skulden inte ifrågasättas under medlingen.¹⁴³

JO invänder i sitt remissvar mot medlarens opertiskhet att medlaren inte kan företräda båda parternas intressen. Det bör istället krävas att medlaren skall iaktta objektivitet vid medlingen.¹⁴⁴

Opertiskheten skall ”*baseras på omständigheterna i ärendet och på parternas behov och önskningsar*”¹⁴⁵. Medlaren skall behandla offer och gärningsman värdigt och med upprätthållen respekt dem emellan.¹⁴⁶ Bådas syn på brottet skall behandlas jämlikt och utan dominansförhållanden. Skulden skall inte omprövas då detta ytterligare skulle kränka offret.¹⁴⁷ Förarbetena ser alltså opertiskhet som förståelse utan dömande av båda parternas handlande.

Regeringen föreslog att möjligheten till lekmannamedlare skulle kvarstå, eftersom myndighetspersonal skulle kunna uppfattas som partisk i förhållande till de berörda.¹⁴⁸ Det finns en inre motsättning i lagens förarbeten, där man å ena sidan talar om att skuldfrågan inte skall omprövas,

¹⁴² Prop. 2001/02:126, s. 11.

¹⁴³ Prop. 2001/02:126, s. 42-43,55.

¹⁴⁴ Prop. 2001/02:126, s. 46.

¹⁴⁵ Prop. 2001/02:126, s. 18.

¹⁴⁶ Prop. 2001/02:126, s. 18.

¹⁴⁷ Prop. 2001/02:126, s. 54-55.

¹⁴⁸ Prop. 2001/02:126, s. 46-47

och å andra sidan uppfattar företrädare för det offentliga som partiska. BRÅ rekommenderar att man inte väljer tjänstemannamedlare bland personer som ägnar sig åt myndighetsutövning. Man menar att myndighetsutövning komprometterar deras opartiskhet.¹⁴⁹ Medlarrollen står alltså i motsatsförhållande till myndighetsutövning.

I BRÅ:s Handbok för medling anges att: ”Medlaren ska även vara opartisk och se till att båda parter intressen tillgodoses. Ingen av parterna ska kunna dominera medlingsmötet, utan båda ska få komma till tals och ge sin syn på det inträffade. Speciellt viktigt är att medlaren uppmärksammar att brottsoffret inte utsätts för ytterligare kränkning.”¹⁵⁰ Problemet är att båda parternas intressen bara kan förekomma i det fall parternas intressen inte kan sägas stå emot varandra. 3 § ML ger sken av att så inte skulle vara fallet. Men två intressen måste inte vara direkt polära för att det skall finnas en konflikt mellan dem.

4.4.2 Kompetens och rättrådighet

Det finns inget entydigt semantiskt sätt att definiera ordet kompetent. Dess närmaste språkliga synonymer är duglig och skicklig. I propositionen är en kompetent medlare, en med rätt personliga egenskaper, erfarenhet och utbildning.¹⁵¹

Lagstiftarens avsikt med begreppet *rättrådig* är även den svår att närmare definiera. Häri tycks dock lämplighet för uppgiften ligga: förmåga att fullgöra medlingens syfte som anges i 3 § ML.¹⁵²

Regeringen framhåller att detta talar för valet av tjänstemannamedlare, då dessa har den utbildning, de kunskaper och erfarenheter som krävs. Ändå tar regeringen, i linje med utredningens förslag, ställning för att inte styra huvudmännen för medlingen i riktning mot vare sig lekmannamedlare eller tjänstemannamedlare. Så gör de eftersom tjänstemannamedlaren är resurskrävande, och han/hennes opartiskhet skulle kunna bli ifrågasatt. Man menar att det är svårt att hitta lekmän med de personliga egenskaper som är nödvändiga för verksamheten.¹⁵³

BRÅ menar att man vid bedömningen av en persons kompetens och rättrådighet, skall bedöma personliga egenskaper som förmågan att: ”*skapa förtroende, hantera konflikter, klara av upprörda känslor utan att själv dras med...tolka människors signaler och känslolägen.*”¹⁵⁴ Men även leta efter ”*en humanistisk grundsyn, empati samt personlig mognad och stabilitet*”.¹⁵⁵

¹⁴⁹ Odén, Niklas, Wahlin, Lottie, Lind, Eleonore, Carling, Eva, Medling vid brott – en handbok, Stockholm, 2007., s.61.

¹⁵⁰ Odén, Wahlin, Lind, Carling, s.85-86.

¹⁵¹ Prop. 2001/02:126, s. 54.

¹⁵² Prop. 2001/02:126, s. 54.

¹⁵³ Prop. 2001/02:126, s. 46-47

¹⁵⁴ Odén, Wahlin, Lind, Carling, s. 14.

¹⁵⁵ Odén, Wahlin, Lind, Carling, s. 62.

Vidare talar man om ”*speciella kompetenser mot medlingsfallens problematik och parter*”.¹⁵⁶ Man ser en möjlighet att söka en differentierad bakgrund i ålder, kön, kulturell bakgrund och språkkunskaper för att matcha medlingsfall med medlares specialkompetens.¹⁵⁷

Sammanfattningsvis uttrycks en medlares kompetens och rättrådighet så svävande eftersom medlingens framgång vilar på dess förmåga att väcka den sociala kontrollen i de inblandades närområde. Dvs. medlarnas sociala, inte juridiska, förmåga.

4.5 Rättsprocess, påföljd, terapi eller grund för åtalsunderlåtelse och strafflindring?

Medlingsverksamheten bedrivs med helt annan utgångspunkt än brottmålsprocessen. Den liknar därför inte fullt ut något element inom den juridiska rättvisa som vi känner igen. Samtidigt har medlingsverksamheten många gemensamma element med den juridiska rättvisan. Det gör den till något av en tulipanaros.

Det är en medling som kan ersätta eller följa på en process, den fungerar som en terapi, men innehåller samma moraliska fördömande som en dom. Samtidigt skall den inte ersätta skadeståndskravet för brott, men kan medföra att brottet inte handläggs vidare. Allt utan att res judicataeffekt uppstår.

Jämför beskrivningen av fabeldjuret Kimera, som ”*andades eld, hade ett lejons kropp och tre huvuden på olika delar av kroppen: ett främre som ett lejon, ett stort (vilt) gethuvud på ryggen och istället för svans stack det ut en orm med kluven tunga.*”¹⁵⁸ I övrigt utan annan likhet med Lag 2002:445 om medling med anledning av brottmål.

Denna mångfasetterade sammansättning är något som regeringen i någon mån tar fasta på i propositionen, men inte utreder på djupet. Detta då de skriver att processen både kan motsvara en behandling och rehabilitering, och ett komplement till rättsprocessen.¹⁵⁹

Jag kommer nedan att ange vissa av de likheter som medlingsprocessen har med de olika elementen i den ordinarie handläggningen av brottmål. Stora delar av avsnittet kommer att ta resonerande uttryck som en konsekvens av källmaterialets bristande systematik. Det finns helt enkelt inga utvecklade idealtyper och ingen skriven litteratur att utgå från.

¹⁵⁶ Odén, Wahlin, Lind, Carling, s. 61.

¹⁵⁷ Odén, Wahlin, Lind, Carling, s. 62.

¹⁵⁸ <http://sv.wikipedia.org/wiki/Chimaira>, Wikipedia, 2007-09-06, 11:56.

¹⁵⁹ Prop. 2001/02:126, s. 44.

4.5.1 Rättsprocess

Medlingsverksamheten är ett offentligt ingripande där ett brott avhandlas mellan offer och gärningsman inför en oberoende part.

Medlingen sker som en följd på ett anmält brott där gärningsmannen erkänt gärningen. I vissa fall kommer ärendet aldrig att gå längre än till en nedlagd förundersökning. I medlingen sker ett utbyte av information som används för att bedöma det moraliskt klandervärdiga i den utförda handlingen.

I propositionen betecknas det som en risk att medlingen kan få form av en rättegång om inte handlingen är erkänd. Mao. kan det bli frågan om att pröva skulden och i förlängningen, huruvida det skett en klandervärdig handling.¹⁶⁰ Detta strider helt mot den ovan beskrivna opartiskheten, och mot syftet med medlingsförfarandet. Med utgångspunkt för den sanningsutrönande delen av begreppet rättsprocess skiljer sig alltså medlingsverksamheten i viktiga bitar från den ordinarie rättsprocessen. Men lika sant som det är att medlingen inte är en sanningsutrönande rättsskipningsform, är det att medlingsförfarandet sysselsätter sig med att utröna hurdan skadan har varit. Dvs. hur offret påverkats och omfattningen för offrets lidande. Denna aspekt kan inte tas som intäkt för att medlingen bara rör sig på ett mellanmänniskt plan. I verkligheten efterstavar medlingen att hitta den moraliska sanningen och påföra gärningsmannen straff eller behandling med utgångspunkt för denna. Skillnaden är fokus på sanningsfrågan och kraven på bevisning. I ett medlingsförfarande genomför man ett emotionellt sanningsutrönande, i den ordinarie processen ett materiellt.

Samtidigt anges det i propositionen att medlingen är ”*ett komplement till den ordinarie rättsprocessen*”.¹⁶¹ Denna mening innebär två saker: dels att det är frågan om något som tillförs rättsprocessen, dels att brottmålsprocessen måste definieras som ordinär i förhållande till medlingsförfarandet. Mao. är medlingen en extraordinär rättsprocess i propositionens mening.

Vidare så är frågan vad ett komplement blir, om det man avser att komplettera försvinner och ersätts av medlingen. Detta problematiseras inte i propositionen.

I propositionen anges det även tydligt att offret inte bör få avgörande inflytande över om en medling skall ske. Detta med hänvisning till att ”*brottsoffret normalt inte har och inte heller bör ha något inflytande över rättsprocessen och att det alltjämt är det allmänna ensamt som svarar för samhällets reaktioner på brott*”.¹⁶² Kan vi konstatera att det är en process som utgör samhällelig reaktion på brott? Som har till syfte att producera en moralisk fördömelse och underordning av gärningsmannen? Där offrets

¹⁶⁰ Prop. 2001/02:126, s. 42.

¹⁶¹ Prop. 2001/02:126, s. 44.

¹⁶² Prop. 2001/02:126, s. 45.

kränkning blir tillgodosedd och reparerad? Vilket kan mynna ut i ett reparerande avtal? Då kan vi konstatera att det rör sig om en rättsprocess och en påföljd i en social eller samhällsvetenskaplig definition, om än inte nödvändigtvis i en juridisk legaldefinition.

Dessutom kan vi konstatera att frågan inte bara är av akademisk betydelse. Hur uppfattar gärningsmannen medlingsverksamheten? Om medlingsprocessen genomförs, moralisk fördömelse uttalas, gärningsmannen tar på sig skulden och lovar att gottgöra brottet genom en reparativ kompensation vilket får som konsekvens att förundersökningen läggs ner, under hot att återupptas igen om avtalet inte fullgörs.¹⁶³ Är inte det då bara en förenklad process för allmän- och specialprevention och reparation? Svaret är självklart ja.

Om man ser till konsekvenserna av medlingen för att definiera denna kan man konstatera att medlingens ursäkt och avtalsslutande är en form av straff. Det har en sanktionerad och allmänpreventiv funktion, som sker genom att gärningsmannen tillfogas skada genom skam och kompensationstvång. Detta är t.o.m. den subjektiva viljan bakom förfarandets införande. Vilket även i sak ofta blir gärningsmannens förståelse av händelseförloppet. Detta är en straffprocess.

Att syftet är att behandla innebär inte att det objektiva förhållandet tappar sin betydelse.¹⁶⁴ Se vidare avsnitt 5.4.1 för utläggningen kring Europadomstolens bedömning av målet *Welch mot Förenade kungadömet*.

4.5.2 Påföljd

I den sammanfattning av betänkandet som bifogats propositionen sägs det att det är olämpligt med medling som en särskild påföljd, eftersom den bygger på ett grundläggande antagandet om frivillighet från de inblandades sida.¹⁶⁵ Detta kan tyckas vara en intressant invändning eftersom det finns andra straff som kräver frivillighet från gärningsmannens sida.

Ändå anges det i propositionen att medling är att betrakta som en påföljd vilken träffas av förbudet mot retroaktiv lagstiftning i RB 2:10. Men eftersom det inte förvärrar omständigheterna och dessutom är frivilligt krävs inga övergångsbestämmelser.¹⁶⁶

Däremot ansåg riksåklagaren att ett genomfört medlingsförfarande redan innan lagens införande kunde ha ett inflytande på påföljdsvalet och straffmätningen.¹⁶⁷

¹⁶³ 22 § LUL, 20 kap. 7 b § RB, 10 § ML.

¹⁶⁴ Ashworth, Andrew, 2005, s. 90-91.

¹⁶⁵ Prop. 2001/02:126, s. 60.

¹⁶⁶ Prop. 2001/02:126, s. 53.

¹⁶⁷ Prop. 2001/02:126, s. 13.

En mer formaliserad påföljd kritiseras även eftersom man till så stor del överläter till gärningsmannen att bestämma den egna påföljden och påverka domarens påföljdsval. Regeringen beslutade att skjuta frågan om ett formaliserande av medlingsförfarandets roll i förhållande till påföljdsval och straffmätning på framtiden.¹⁶⁸

I realiteten innebär detta att medlingsverksamheten som följer efter en rättegång kan justera både andra påföljdsval och deras styrka. Samtidigt motsvarar de i någon mån en behandlande och resocialiserande del av straffrätten som redan tidigare funnits bl.a. i förändringarna av fängelsernas inriktning och art. Att det sedan inte formaliseras som påföljd hindrar knappast gärningsmannen eller allmänheten från att betrakta det som en sådan. Jämför exempelvis med verkställighetsformen fotboja, som i princip på de flesta sätt är en självständig påföljd utom till namnet.

I vart fall kan vi konstatera att medlingen ersätter, understödjer och utgör en del av samhällets ingripande mot begångna brott, på ett sätt som avser att verka preventivt i förhållande till fortsatt brottslighet. Om man inte anlägger ett perspektiv hämtat från begreppsjurisprudencen är det nödvändigt att konstatera att medlingsverksamheten utgör en påföljd i de flesta avseenden, utom att den faller utanför RB:s definition.

4.5.3 Terapi

Vissa föredrar att se rehabiliteringen av brottslingar som en behandling snarare än ett straff.¹⁶⁹ Hur det nu må vara teoretiskt kan vi konstatera att medlingsverksamheten som beskrivits ovan inte är en normal påföljd eller verkställighetsform. Sett till syftet med lagen, ställt i ljuset av den reparativa rättvisans doktrin och medlarnas särskilda kvalifikationer, så är detta helt klart att det rör sig om en behandling med återintegrerande syfte.

Ett exempel på detta är att medling sker med sekretess, och att medlingsprocessen inte kan åberopas som bevis i en efterföljande rättegång.¹⁷⁰

Å andra sidan påpekas det i utredningen att indirekt medling, dvs. medling med mellanhand, skulle minska mängden lidande som påförs gärningsmannen. Detta skulle vara mindre effektivt än ett direkt medlingsförfarande. Indirekt medling avfärdas därför av lagstiftaren.¹⁷¹ Frågan om utredarna uttryckt sig klumpigt är intressant. Med resonemanget kan man lika gärna anföra att dödsstraff är den mest effektiva formen av behandling; den utsatte begår aldrig ett brott igen. I vart fall innebär medlingsbehandlingen ett visst mått av lidande.

¹⁶⁸ Prop. 2001/02:126, s. 27-28.

¹⁶⁹ Prop. 2001/02:126, s. 12,44.

¹⁷⁰ Prop. 2001/02:126, s. 16.

¹⁷¹ SOU 2000:105, s. 157.

4.5.4 Sammanfattning och analys

Frågan om huruvida medlingen är en rättsprocess eller en påföljd kan eventuellt besvaras.

I propositionen beskrivs svårigheterna med att bestämma när i rättsprocessen man skall ingripa med medling. Det som avgör denna fråga är hur allvarliga och svårutredda fall det rör sig om. Ju lindrigare fall desto tidigare kan man hänvisa till medling. Men ökad komplexitet gör det lämpligare att förlägga medlingen till efter rättsprocessen.¹⁷²

I egentlig mening bör vi se medling som en brottmålsprocess om det ersätter rättsförfarande inför domstol, och som en påföljd eller behandling om det sker efter rättegången. Svårigheten att klassificera förfarandet uppstår när det befinner sig mittemellan dessa lägen. I dess fall kan brottet behandlas i domstol men innan dess har det varit i ett medlingsförfarande. En dubbel process kommer då att genomföras.

Medlingsförfarandet kan alltså i praktisk bemärkelse fungera som både påföljd och rättegång.

4.6 Andra rättsliga konsekvenser av genomförd medling

4.6.1 Åtalsunderlåtelse

Ett genomfört medlingsförfarande kan beaktas vid åtalsunderlåtelse enligt 20 kap. 7 § RB. Och enligt 17 § 3 st. LUL ”*skall åklagaren [...] särskilt beakta den unges vilja att ersätta målsäganden för skada som uppkommit genom brottet, att avhjälpa eller begränsa skadan, att på annat sätt gottgöra målsäganden eller att medverka till att medling kommer till stånd enligt lagen*”.

Åtalsunderlåtelser kan återkallas om gärningsmannen t.ex. bryter mot upprättade avtal från medlingstillfället, om gärningsmannen återfaller i brottslighet eller om andra särskilda omständigheter kräver det.¹⁷³

Detta kan medlaren upplysa den misstänkte om inför mötet vilket fungerar som en morot för att locka till deltagande i medling.¹⁷⁴

RÅ kritiserar däremot utredningens förslag om att inför medling som en villkorad grund för åtalsunderlåtelse. Detta eftersom det i avgörande

¹⁷² Prop. 2001/02:126, s. 44-45.

¹⁷³ Prop. 2001/02:126, s. 52.

¹⁷⁴ Prop. 2001/02:126, s. 48.

aspekter skulle innebära ett avsteg från legalitetsprincipens krav om förutsägbarhet, koherens och proportionalitet.¹⁷⁵

Det antas innebära en stor psykisk press för offret att vara så avgörande för vad påföljden blir för ett brott. Ett ansvar som kan leda till att antalet påtryckningar mot offret ökar. Vidare strider detta mot grundantagandet att det allmänna svarar för vedergällningen av brottet.¹⁷⁶

4.6.2 Avtalsslut

Som en konsekvens av medlingsmötet kan medlaren, enligt 10 § ML, hjälpa offren att upprätta ett avtal. Men bara i de fall som avtalet inte uppenbarligen är oskäligt. Om det visar sig att gärningsmannen inte fullgör avtalet skall åklagaren underrättas. Vilket innebär en underförstådd varning om att eventuellt beslut om åtalsunderlåtelse kan komma att återkallas.

I propositionen har JO främst två invändningar. Dels de juridiska konsekvenserna som ett avtal om skadestånd skulle kunna få för offrets framtida ersättningsmöjligheter. Detta anses vara svårt för den enskilda medlaren att bedöma. Och vidare invänder JO att avtal om annan materiell gottgörelse kan få karaktär av ett straff i jämförelse med 27 kap. 5 § 2 st. BrB.¹⁷⁷

ML 10 § II Om skada på egendom har uppkommit genom brottet och det bedöms vara ägnat att främja den dömdes anpassning i samhället, får rätten föreskriva att denne på tid och sätt som anges i domen skall biträda den skadelidande med visst arbete, som syftar till att avhjälpa eller begränsa skadan eller som annars i belysning av brottets och skadans art framstår som lämpligt. Sådan föreskrift får meddelas endast med den skadelidandes samtycke.

Regeringen menar dock att det finns så många fördelar med möjligheten att upprätta avtal om gottgörelse att möjligheten bör finnas. Lagstiftaren menar att avtalsslut lämpar sig bättre för enklare brott, och sämre för komplicerade fall. Man påpekar att avtalet kan komma att täcka skadeståndsskyldigheten mellan gärningsman och offer. Därför föreslår man att avtalet uttryckligen bör reglera denna fråga.¹⁷⁸

I det avtal som medtagits i BRÅ:s handbok för medling med anledning brott står det uttryckligen att avtalet är juridiskt bindande men att offret har rätt att ställa krav på ytterligare kompensation i domstol.¹⁷⁹ Detta innebär att avtalet täcker skadeståndsskyldigheten, men inte utgör en slutlig uppgörelse kring den.

¹⁷⁵ Prop. 2001/02:126, s. 27.

¹⁷⁶ Prop. 2001/02:126, s. 27.

¹⁷⁷ Prop. 2001/02:126, s. 49.

¹⁷⁸ Prop. 2001/02:126, s. 50-52.

¹⁷⁹ Odén, Wahlin, Lind, Carling, s. 86.

4.6.3 Sekretess

7 kap. 44 § Sekretesslagen anger att sekretess föreligger för de uppgifter om enskilds personliga förhållanden som kan innebära men för den enskilde eller dennes närstående.

Detta innebär att ekonomisk och integritetskränkande skada skall omöjliggöras genom tystnadsplikt för samtliga medlare.¹⁸⁰

Syftet med att införa sekretessregeln är att tystnadsplikten skall göra det lättare för gärningsman och offer att delta i medlingsförfaranden.¹⁸¹

Detta motsvarar den sekretess som finns för domstolar enligt 7 kap. 22 § Sekretesslagen.

22 § Sekretess gäller hos domstol i brottmål samt i annat mål eller ärende, i fråga om vilket bestämmelserna om förundersökning i brottmål är tillämpliga, för uppgift om enskilds hälsotillstånd eller andra personliga förhållanden som framkommer vid särskild personutredning, rättspsykiatrisk undersökning eller annan sådan utredning, om det av särskild anledning kan antas att den som uppgiften rör eller någon honom närstående lider men om uppgiften röjs.

Utan att närmare gå in på de fall som täcks av 7 kap. 22 § Sekretesslagen kan vi enkelt konstatera att detta medför att medlingen är omgärdad med en högre sekretessgrad än rättegången. Dessutom tillkommer att det inte finns någon allmän närvarorätt på det sätt som uttrycks i 5 kap. 1 § RB för rättegångsförfaranden.

Detta innebär ett avsteg från den gällande regeln om offentlig rättegång och rättsskipning. Detta är i sig kanske mer anmärkningsvärt än alarmerande då det markerar en annan inställning till medborgarnas rätt att få insyn i varje fall av rättsskipning. Samtidigt innebär det rimligen att det skyddsintresse som finns i offentligheten försvagas. Därigenom stärks de inblandades rätt till ett privatliv.

4.7 Sammanfattning

ML anger en praktisk process för försoning, återintegrering och reparation. Systemet är inriktat på praktisk verksamhet i medlingsförfarandet. De omkringgärdande reglerna och systematiken har lagstiftaren medvetet bortsett från. Detta innebär att frågor om medlingens plats i rättssystemet inte kommit att lösas utan skjutits på framtiden. Den terapeutiska sidan av medlingsverksamheten har i stora delar lämnats oreglerad, utöver ramverket

¹⁸⁰ Odén, Wahlin, Lind, Carling, s. 23.

¹⁸¹ Prop. 2001/02, s. 46-47.

som finns upptaget i lagen. Syftet är att dessa frågor skall formalisera sig under det vidare arbetet med medling i kommunal och statlig regi.

Medlaren agerar med utgångspunkt för en neutral position och medlarens främsta kompetens är den sociala, terapeutiska förmågan, vilken används för att förmedla insikt om brottets konsekvenser till gärningsmannen och för att ge offret en reparativ, terapeutisk upplevelse.

Medlingen utgör en blandning av rättssystemets olika funktioner. Verksamheten innehåller aspekter av allt från förundersökning till verkställighet. Detta innebär att medlingen i olika situationer utgör ersättning för olika aspekter av rättssystemet.

5 Den moderna straff- och processrätten

Inom rörelsen för reparativ rättvisa framställs det straff- och processrättsliga systemet som ett haltande maskineri utan humanistiska hänsynstaganden. Det vore fel att dra slutsatser om det straff- och processrättsliga systemet med utgångspunkt för motståndarsidans beskrivning. Avsikten är att här framställa en självständig grund och motivation för det moderna straffrättsliga systemet. Källmaterialet är till övervägande del anglosaxiskt vilket inte innebär något oöverkomligt hinder för att applicera slutsatserna på det svenska systemet.

Beskrivningen av det straff- och processrättsliga paradigmet vi befinner oss i, sker inte genom rättshistoriska böcker. Det sker genom att beskriva de oomkullrunneliga principer och rättspolitiska utgångspunkter som präglar våra rättssystem i västerlandet. Dvs. våra rättsteorier kring processrättsliga principer och våra straffrättsteorier. Detta innebär bl.a. att framställningen kan vila tungt på Europakonventionens kodifiering av ultrarättsliga ställningstaganden.

Under avsnittet sker en löpande analys av underfrågeställning 3: *Vilken är det straff- och processrättsliga systemets historiska bakgrund och ideologi?*

5.1 Straffprocessrättens historiska bakgrund

Det straffrättsliga systemet idag kan beskrivas som ett krackelerat modernt system. Det är krönet av den svenska rättshistorien, som har formats av de processer som förändrat vårt lands styrelseskick, från ättesamhälle i hednisk tid, över kungamakt i kristen tid, till parlamentsmakt i modern tid.

Dagens svenska straff- och processrättssystem har utvecklats från ett vedergällande och reparativt system i förmodern tid, där syftet var att förhindra blodshämnderna,¹⁸² via ett avskräckande och moraliserande system med arbiträr rättvisa, skriande brister i rättssäkerhet och legalitet.¹⁸³ Det senare systemets syfte var att hålla folket borta från brott och synd, men även bestraffa syndarna för deras överträdelser mot Guds lag.¹⁸⁴ Detta system utvecklades till ett allmänpreventivt straffsystem med en begynnande rättssäkerhet,¹⁸⁵ för att till sist landa i dagens behandlande och specialpreventiva system med sin resocialiserande ideologi.¹⁸⁶ Dagens

¹⁸² Anners, Erik, s. 5-8.

¹⁸³ Anners, Erik, s. 33.

¹⁸⁴ Anners, Erik, s. 16-17.

¹⁸⁵ Anners, Erik, s. 34-35.

¹⁸⁶ Wallén, Per-Edvin, Svensk straffrättshistoria – några huvudlinjer, Stockholm, 1976, Del 2, s. 31-36.

straffrättsprocess har tagit stort intryck av EKMR och agerar med hög rättssäkerhet och formella ordningar.

Idag ifrågasätts även detta system utifrån såväl bestraffnings-, allmänpreventiv-, ekonomisk- och nyttyosynpunkt. Vi har under de senaste årtiondena rört oss mot ett mer bestraffande system. Andra verkställighetsformer har tillkommit i en tillsynes mångfasetterad juridisk miljö, där olika ideologiska och politiska ställningstaganden pochar på uppmärksamhet och inflytande.¹⁸⁷

5.2 Målsättningen med rättsväsendet

Syftet med brottsbekämpningen i stort är mångskiftande. Sannolikt går det att lägga in både moraliska, ekonomiska, överlevnadsägnande, harmoniserande, m.fl. perspektiv på det processuella systemets funktion.

P.O Ekelöf ser i rättssystemet en funktionell hänvisning till den sociala kontrollen i människans urtid. Människorna skall få en undervisning i den rätta samhällsmoralen, så att de agerar utefter den. Dvs. en rent handlingsdirigerande ordning. Om brott begås mot denna handlingsdirigering skall den drabbade medborgaren kunna få reparation.¹⁸⁸

Andra menar att straffrätten syftar till att skydda samhället mot de kriminellas framfart och att se till så att statens lagar efterlevs. Lagar som skall främja rätt och stävja orätt.

Oavsett vilken omfattning man vill tillskriva det straff- och processrättsliga systemet kan vi konstatera att domaren skall värdera bevisning och tillämpa lagen. Åklagaren skall leda förundersökningar, ställa folk inför rätta för överträdelser av rättsordningen och, som det verkar, att lägga ner förundersökningar och åtal som inte kan leda till fällande dom. De senaste åren har dessutom allt större fokus börjat läggas på gärningsmannen och offrets situation.¹⁸⁹

Ekelöf ser vidare att rättsordningens legitimitet, dvs. statens sociala kontroll inte får stå i oproportionellt förhållande till medborgarnas moral. Då kommer de inte att respektera statens ingripande, utan förkasta det. Om medborgarna börjar uppleva lagen som ett naket tvång kommer den att förlora genomslagskraft och medborgarnas förtroende.¹⁹⁰

I en inskränkt och praktiskt orienterad beskrivning är det dock fullständigt uppenbart vad det straff- och processrättsliga systemet har som målsättning: att undersöka, döma och bestraffa brott och brottslingar. Så långt är alla eniga.

¹⁸⁷ Häthén, Christian, s. 149-150.

¹⁸⁸ Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, Rättegång I, Stockholm, 1990, s. 7-14.

¹⁸⁹ Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, s. 16.

¹⁹⁰ Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, s. 16-22.

5.3 De processrättsliga principerna

Även om idén med rättsliga principer i grunden kan synas vara en naturrättslig tanke, kan den fortfarande tänkas vara mer eller mindre utbredd i den positiva rätten.

De processrättsliga principerna är egentligen en fråga om värderingar vilka kan vägas emot varandra och uppfyllas mer eller mindre i en process. De kan i större eller mindre utsträckning betraktas som dominerande i det processrättsliga systemet. De utgör därför markörer på det ideologiska paradig som råder i vår processrätt. Processprinciperna bör skiljas från de allmängiltiga rättsprinciper som t.ex. principen att ingen skall tjäna på sitt eget brott.¹⁹¹

I detta sammanhang kommer de processrättsliga principerna presenteras utan utförliga hänvisningar till lagtext. Ett visst urval kommer att ske med utgångspunkt för vilka principer jag ser som viktigast för att svara på frågeställningarna. Eftersom de är intressanta som analysverktyg kommer inte de exakta gränserna för de olika principerna att klargöras. Dels då det inte är självklart, dels då det inte är nödvändigt att problematisera dessa begrepp för att kunna använda dem som analysverktyg.

5.3.1 Legalitetsprincipen

Det finns flera olika områden där legalitetsprincipen är av betydelse. Ett av de viktigaste uttrycken för legalitetsprincipen är satsen *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* - Inget brott, inget straff, utan tidigare lag. Mao. måste rättsväsendet kunna härleda sin dom till domskäl och lag som skall motsvara ett verkligt händelseförlopp. Mao. enbart det om vilket man lagstiftat skall utgöras relevant underlag för den rättsliga bedömningen av ett handlande (jfr. RB 30:3 och BrB 1:1).

Detta utgör den viktigaste delen av rättssäkerheten och skall verka som hinder mot skönsmässig rättstillämpning.¹⁹²

Den andra delen av legalitetsprincipen är att domstolsförfarandet måste utgå från vissa givna spelregler vilka inte får åsidosättas. Allt för att skapa förutsägbarhet i systemet.¹⁹³

Vidare finns det vissa regler som delegerats till parterna i målet där de har att ansvar för processen. De uttryck som finns för detta är en del av den s.k. *delegationsprincipen*.¹⁹⁴

¹⁹¹ Ekelöf, Per Olof, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper, Stockholm, 1956, s. 207-214.

¹⁹² Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, s. 40-41.

¹⁹³ Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, s. 49-51.

5.3.2 Den kontradiktoriska förfarandepincipen

Den kontradiktoriska förfarandepincipen står i motsatsförhållande till det *inkvisitoriska*, undersökande, förfarandet som var kutym på kontinenten fram t.o.m. 18-1900-talen. Frågan är i vad mån domstolen eller parterna står för undersökningen av fakta i målet. I den moderna processen leder domstolen processens ramar, står för bevisvärderingen, den rättsliga bedömningen i domslut och domskäl.¹⁹⁵ Samtidigt står åklagaren för den anklagande, *ackusatoriska*, delen av processen. Och gärningsmannens juridiska ombud för försvaret.¹⁹⁶

Den *kontradiktoriska förfarandepincipen* är knuten till *förhandlingsprincipen*, denna står i relation till *officialprincipen*. Dvs. hur mycket parterna själva styr över processen och hur mycket rätten leder den. Spelutrymmet mellan dessa två är i brottmålsprocessen kraftigt förskjutet till *officialprincipen*. Det anses vara orätt gentemot den åtalade att låta honom ensamt tillvarata sin rätt eftersom parten kan var oförmögen. Alternativt kan parten vara ytterst kompetent att försöka förstöra maskineriet på ett sådant sätt att processen fördröjs eller omöjliggörs.¹⁹⁷

Det är enligt Ekelöf att betrakta som ett utslag för ett inkvisitoriskt inslag i den svenska straffrätten när t.ex. rätten kan begära in bevisning. Dvs. att rätten för att stävja orätt inte låter parterna styra över målet utan själv undersöker de förhållanden som rätten finner intressanta.¹⁹⁸

Den risk som man står då är att processen får en oriktig utgång, eftersom en felaktig dom kan bli fallet, vilket kan leda till förakt för rättvisan och en generell misströstan mot samhället.¹⁹⁹

Ytterligare en viktig del i det kontradiktoriska förfarandet är att parterna skall delges och ha rätt att yttra sig över allt material som ingetts till domstol och ingått i förundersökningsmaterialet.²⁰⁰

5.3.3 Förhandlings- och dispositionsprincipen

Det är enkelt att framställa parternas inflytande över processen på ett sådant sätt att det verkar som om enbart rätten och åklagaren agerar i ett kontradiktoriskt förfarande. Så är inte fallet.

¹⁹⁴ Ekelöf, Per Olof, s. 272-273, 280.

¹⁹⁵ Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, s. 60-67.

¹⁹⁶ Ekelöf, Per Olof, s. 234.

¹⁹⁷ Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, s. 60-67.

¹⁹⁸ Ekelöf, Per Olof, s. 238-240.

¹⁹⁹ Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, s. 60-67.

²⁰⁰ Danelius, Hans, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, tredje upplagan, Stockholm, 2007, s. 227.

Den tilltalade äger stor rätt att försvara sin sak och disponerar målet och den bevisning och de frågor som skall lyftas i processen. Dessutom leder parterna vittnesförhören. Detta gäller ju inte heller enbart för den tilltalade utan även det ställföreträdande offret, åklagaren. Denna skall visserligen för rättssäkerhetens skull vara objektiv i sin bedömning av skuldfrågan, men är fortfarande den som binder rätten vid sin gärningsbeskrivning och sin framlagda bevisning.²⁰¹ Även om det är möjligt att framställa åklagarens roll som ett ställföreträdande eller delegerat offer, så är det ändå viktig att ställa sig frågan om detta kommuniceras till offret, och om åklagarens och offrets utbyte och kommunikation är sådan att det upplevs så av offret.

5.3.4 Opartiskhetsprincipen

Rättegången och domstolen skall agera sakligt och opartiskt under lagarna och beakta allas likhet inför lagen enligt RF 1:9. I motsatsförhållande till detta står reglerna om jäv i 4 kap RB.

Mao. skall domstolarna döma efter lagen utan att beakta annat än den givna rätten.

5.3.5 Objektivitetsprincipen

Objektivitetsprincipen innebär att den anklagades sida skall tillvaratas av såväl åklagaren som rätten. T.o.m. under huvudförhandling. I många stadganden i den svenska processrätten skiner detta igenom. Bl.a. i sådan mån att rätten inte kan avvisa bevisning i brottmål, att straff aldrig kan förändras till det värre bara p.g.a. den åtalades överklagan (se RB 51:25), samt att den egna inkompetensen är resningsgrund (RB 58:2-3).²⁰²

5.3.6 Officialprincipen

Domstolen har vissa självständiga uppgifter som de ex officio skall utöva. Dessa har till syfte att tillgodose viss grundläggande rättvisepprinciper. Dvs. t.ex. att rätten har ansvar för att utredningen är fullständig (RB 46:4) och att erkännanden prövas, samt att rätten till ett försvar påpekas och understryks då det behövs.²⁰³ Inom ramen för officialprincipen ligger även principen om domstolarnas materiella processledning som sker genom frågor och påpekanden enligt 46:4 st1 RB och 35:6-7 RB.

I förlängningen är officialprincipen grunden till fördelningen mellan allmänt åtal och enskilt åtal. Vari den nuvarande fördelningen i svensk straffrätt

²⁰¹ Ekelöf, Per Olof, s. 262-267.

²⁰² Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, s. 60-67.

²⁰³ Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, s. 65-67.

enligt 45 och 47 kap RB innebär en stark ex officio förmåga och plikt för myndigheten att bestämma över åtalet.²⁰⁴

5.3.7 In dubio pro reo

Ett utslag av objektivitets- och officialprincipen är att åklagaren bär bevisbördan i rättegången och bär den fulla bevisbördan bortom rimliga tvivel.²⁰⁵ Detta yttrar sig även i straffmätning och påföljdsval genom BrB 30:4.

5.3.8 Orubblighetsprincipen

Orubblighetsprincipen, dvs. principen om *ne bis in idem* - aldrig två gånger i samma sak, innebär samma gärning aldrig får avdömas i två olika processer (såvida det inte är ett resultat av ett överklagande). Själva tanken är att den som en gång fått en lagakraftvunnen dom utfärdad skall kunna förlita sig på att den inte blir eftersökt för samma gärning en gång till (RB 30:9, 45:1 st 3).²⁰⁶ Detta såvida det inte är frågan om domvilla, grovt rättegångsfel och resning.

5.3.9 Rätten till överprövning

Rätten till överprövning i högre instans innebär rätten att överklaga till överinstans enligt 49:1 och 30:9. Denna princip innebär en motsvarighet till EKMR:s krav i art 2 tilläggsprotokoll nr 2 om överprövning i brottmål.

Detta handlar om rätten för den tilltalade att få sin skuldfråga bedömd av mer än en domare, vilket handlar om grundläggande rättstrygghet.²⁰⁷

5.3.10 Offentlighetsprincipen

I rättegångsbalkens 5 kap första paragraf anges att rättegången är offentlig. Förhandlingen får hållas bakom lyckta dörrar ”om det bedöms vara av synnerlig vikt att uppgiften inte röjs”. Enligt sekretesslagen finns bestämmelser om sekretess i flera fall där enskild riskerar lida skada av att personliga eller affärsmässiga förhållanden röjs. Eller om pågående rättsliga processer riskerar att bli lidande.

Offentlighetsprincipen är ett mycket starkt krav på offentlighet som genomsyrar processen och utgår från den historiska erfarenheten av hemliga

²⁰⁴ Ekelöf, Per Olof, s. 236-237.

²⁰⁵ Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, s. 65.

²⁰⁶ Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif, Edelstam, Henrik, Rättegång III, Stockholm, 2006, s. 240-242.

²⁰⁷ Welamson, Lars, Rättegång VI, Stockholm, 1998, s. 21-22.

domstolar. Syftet är att skapa och behålla en allmän legitimitet och legalitet i processen.²⁰⁸

5.3.11 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan man konstatera att den som är åtalad för brott inte skall behöva lita till sitt eget försvar, utan att åklagare och domare skall beakta det som talar för honom. Offrets rätt i processen delegeras inom ramen för ett ställföreträderskap till åklagaren. Den tilltalade skall dömas efter lagarna med utgångspunkt för en fullständig utredning om vad som hänt. Vid tvivel skall han frias och fälls han skall han ha rätt till överprövning. Om dom vinner laga kraft så skall han aldrig kunna åtalas för samma gärning igen om det inte sker genom ett resningsförfarande.

5.4 Straffrättsideologierna

Som jag angett ovan kan straffen användas i avskräckande (allmänpreventivt), skyddande, rehabiliterande eller reparerande syfte. Men en rad olika andra logiska förklaringsmekanismer används för att försvara ett högt straff ur ett rättsfilosofiskt perspektiv. De principer och modeller som styr straffrätten systematiseras på olika sätt av olika forskare. Jag kommer att använda mig av källmaterialet systematisering av straffrättsideologierna i prevention, proportionalitet och restoration. Från denna framställning bryter jag ut den rehabiliterande skolan och placerar den för sig själv eftersom den till sin natur är så avvikande från de andra.

Generellt kan man sägas välja mellan en fastslagen straffbestämelseprincip, ett flytande antal principer eller att ge en viss princip tolkningsföreträde och de andra sekundärstatus.²⁰⁹

I Sverige gäller sedan 1989 en proportionalitetsgrund (straffet skall stå i proportion till brottet) som den främsta av många grunder för ett visst påföljdsval, såväl som en viss straffmätning. Först i andra hand tillkommer andra skäl som t.ex. missbruk, sociala hänsyn, psykisk sjukdom, osv.²¹⁰

I Sverige såväl som i andra länder finns dock flera andra motiv till varför man vill ha ett visst straff utdömt.

5.4.1 Vad är ett straff?

Frågan vad som är ett straff har bäring på vad som är en straffprocess. Följaktligen utgör gränsen mellan en straffprocess och ett allmänt myndighetsutövande skiljelinje för vilka rättigheter som tillskrivs den utsatte. Utgör det en behandling saknar de som skall behandlas de

²⁰⁸ Danelius, Hans, s. 215-217.

²⁰⁹ Ashworth, Andrew, 2005, s. 73.

²¹⁰ Ashworth, Andrew, 2005, s. 73.

rättigheter som tillkommer en tilltalad enligt ex. Europakonventionen och andra processrättsliga rättigheter.

Här är det intressant att se att det finns en konflikt mellan det traditionella juridiska systemet och de postmoderna alternativen som t.ex. rehabilitering, social återintegrering och reparativ rättvisa. Företrädarna för dessa skolor hävdar ofta att de inte sysslar med bestraffning, utan med en form av terapi. Samtidigt kan denna behandling upplevas än mycket mer som ett straff än vissa av de straff som utdöms i domstolar och annorstädes. Problemet är om den subjektiva förståelsen av den verksamheten man bedriver faller under begreppet straff eller inte.

Europadomstolen, såväl som vissa straffteoretiker, menar att det är den objektiva frågan som avgör om en påföljd är ett straff eller inte. I fallet *Welch mot Förenade kungadömet* tog Europadomstolen ställning till frågan om huruvida konfiskation med anledning av brott utgjorde ett straff eller inte.

Konfiskationen beräknades från intäkter och inte vinst, vilket gjorde att den utsträckte sig utanför de gränser som en ren återställning av den ekonomiska situationen skulle ha inneburit. Dessutom tog man hänsyn till den utsattes skuld i händelseförloppet vid beräkningen.²¹¹

Domstolen slog fast att det rörde sig om ett straff eftersom syftet var att bestraffa, skydda samhället och reparera skadorna som den brottsliga verksamheten inneburit.²¹²

Detta torde innebära att det kan antas vara den objektiva avsiktens brottsstävande karaktär som gör straffet till ett straff. Mao. utgör de flesta former av reparativ rättvisan, så även medling, en form av straff och/eller straffprocess.²¹³

5.4.2 Den preventiva skolan

5.4.2.1 Avskräckning

Ett exempel på en sådan idé är den avskräckande skolan, som i princip anför att straffet är ett pris som betalas och bör sättas högre än vad människor är villiga att betala för brottet. Jfr. de svenska artbrotten.

I realiteten innebär detta att straffen bör öka för återfallsförbrytare för att de bevisligen inte hållit sig undan brottet vid de lägre straffsatserna.²¹⁴

²¹¹ Welch mot Förenade kungadömet.

²¹² Welch mot Förenade kungadömet.

²¹³ Ashworth, Andrew, 2005, s. 90-91.

²¹⁴ Ashworth, Andrew, 2005, s. 72-80.

Alternativet är att upptäcktsrisken är så hög att denna verkar avskräckande, eller att förhållandena i fängelset är sådana att brottslingarna inte vill återvända. I det sistnämnda fallet är det dock en redan existerande omständighet som inte förhindrar att en majoritet av fängelsekunderna återvänder.²¹⁵

I förlängningen kan tanken innebära en legitimering av drakoniska straff eller statuerande av exempel för att avskräcka från liknande brottslighet. Ett exempel skulle kunna vara Göteborgskravallernas osedvanligt hårda domar.²¹⁶

En första invändning mot tanken på avskräckning genom straff är att skolan bygger på tanken att brottslingen själv fattar ett rationellt och principiellt beslut att begå ett brott. Man bortser alltså från alla former av social och/eller psykologisk determination.²¹⁷

En annan av de viktiga invändningarna mot detta utilitaristiska perspektiv är att det inte finns någon objektiv skala för att fastställa den kostnad som verkligen avskräcker folk från brottet. Det förutsätter ju att brottslingarna verkligen har insikt i straffets allvar och att det är en kalkylerad risktagning som föregår brott.²¹⁸

En fråga som infinner sig är om straffet är det som främst verkar avskräckande. Kan man inte tänka sig att det är den sociala utsattheten i skammen som främst innebär det lidande som avskräcker från framtida brottslighet?

Oavsett hur man bedömer att det kausala förhållandet är mellan påföljdens hårdhet och kriminalitetens omfattning, så kan man konstatera att det inte finns någon direkt länk mellan dem.²¹⁹

5.4.2.2 Samhällsskydd

Idén om samhällsskydd går grundläggande ut på att rättsväsendet skall döma brottslingar till långa straff att de hålls undan från samhället. Därmed skyddas samhällsmedborgarna från brottsligheten. Om man kan bedöma den antisociala eller abnorma personligheten hos en brottsling skulle framtida brott kunna förhindras genom hårdare straff.²²⁰

Förutsättningarna för att denna typ av skyddande strategi skall fungera är att man bortser från proportionaliteten i förhållande till brottet som begåtts. Rätten fokuserar istället på hur farlig en brottsling är. Denna farlighetsgrad är svår att bedöma och i princip omöjlig att kontrollera i efterhand då

²¹⁵ Ashworth, Andrew, 2005, s. 72-80.

²¹⁶ Ashworth, Andrew, 2005, s. 72-80.

²¹⁷ Ashworth, Andrew, 2005, s. 72-80.

²¹⁸ Ashworth, Andrew, 2005, s. 72-80.

²¹⁹ Ashworth, Andrew, 2005, s. 80.

²²⁰ Ashworth, Andrew, 2005, s. 80-82.

brottslingarna kommer att sitta i fängelse. Vidare är det frågan om inte rättsväsendet skulle kunna bedöma farligheten på förhand, om man nu är så duktig på det i efterhand. Den straffrättsliga maximen skulle kunna vara *inget brott men hårda straff*.²²¹

Å andra sidan finns det rimligtvis fall där riskerna är så stora att visst åsidosättande av proportionalitetsprinciperna skulle kunna bedömas som befogade.²²²

5.4.2.3 Sociala teorier kring straff

En del forskare har invändningar mot den starka straffrättsliga fokusen på straff, eller behandling inom det straffrättsliga systemet. De menar att lösningen på hur vi bör behandla våra kriminella är att se till den samlade bilden av människan, snarare än till den begångna gärningen och dess straffvärde. Detta innebär att frågorna om utbildnings-, bostads- och jobbsituation, och den politik som bedrivs på dessa områden är mer intressanta än bara proportionaliteten i en gärning.²²³

I realiteten innebär detta att samhällsgemenskapen och den gemensamma välfärden är ett av de skyddsvärda intressen som rättsordningen skall ta hänsyn till i sina straff. Detta innebär att straffen bör inrikta sig på frågan om hur man återintegrerar de kriminella till samhället.²²⁴

Denna skola av teorier visar stora gemenskaper med den reparativa rättvisan. De värderingar de förfäktar tror jag har blivit bäst bevakade inom ramen för den reparativa rättvisan. Men det finns anledning att anta att det resocialiserande inslaget i en del domar är av viss betydelse.

5.4.3 Den rehabiliterande skolan

För den rehabiliterande skolan är inte huvudfrågan hur allvarligt straffet är i förhållande till brottet. Frågan är istället hur ingripande samhällets intervention behöver vara för att modifiera den enskilda individens beteende.²²⁵

Själva idén med rehabiliterande brottspåföljder har prövats på många håll under andra halvan av 1900-talet. För få verkligt bra studier av deras effektivitet har genomförts, för att man skall kunna veta om det verkligen fungerar med en rehabiliterande rättvisa. Förutsättningarna för att kunna påvisa detta är heller inte de bästa med utgångspunkt för svårigheten att utvärdera de individuella programmen.²²⁶

²²¹ Ashworth, Andrew, 2005, s. 80-82.

²²² Ashworth, Andrew, 2005, s. 80-82.

²²³ Ashworth, Andrew, 2005, s. 87-88.

²²⁴ Ashworth, Andrew, 2005, s. 87-88.

²²⁵ Ashworth, Andrew, 2005, s. 84-85.

²²⁶ Ashworth, Andrew, 2005, s. 84-85.

Är det t.ex. i procent eller i kvaliteten på de lyckade återintegreringarna som man bör mäta framgången i dessa program?²²⁷

En invändning mot den rehabiliterande skolan är att en skönsmässig bestämmanderätt riskerar att placeras i händerna på s.k. experter. En verkligt renodlad rehabiliterande rättvisa skulle ju egentligen placera makten att bestämma om en fånge skulle släppas eller inte helt i händerna på den rehabiliterande personalen.²²⁸

5.4.4 Den proportionella skolan

Den proportionella skolan handlar om att straffet skall stå i proportion till brottet. En av de ideologier som grundar sig på detta tänkande är desert-teorin. Den lyfts fram av Andrew von Hirsch som menar att de två främsta rättfärdiggörelserna av straff är den moralbildande och den avskräckande kvaliteten i lagen. Genom sin lydelse och domarnas utövande visar den i första hand för gärningsmannen, men även för offret och samhället, att brottet i sig är förkastligt. I det avseendet är det handlingsdirigeringen som är intressant.

I sig är det moraliska fördömandet av godo men p.g.a. människans natur krävs det ett straff som knyts till det. Annars riskerar vi få ett samhälle utan fredning för de moraliskt klandervärdiga.²²⁹

Denna idé innebär att proportionaliteten knyts nära inpå den straffrättsliga skolan, eftersom den moraliska kvaliteten i straffet skulle gå förlorad om drakoniska straff skulle knytas till det moraliska fördömandet. Detta förklarar även varför det är viktigt att bejaka mänskliga rättigheter och krav på rättssäkerhet.²³⁰

Grundläggande är uppfattningen att gärningsmän klarar av att svara på stimuli mot deras etiska jag. Dvs. att de förstår den moraliska kritiken av deras gärningar.²³¹

Proportionaliteten bestäms dels med utgångspunkt för brottets allvar i förhållande till straffskalan, och i relation till andra brott av samma slag.²³²

En invändning mot denna straffrättsteori är att den inte tar hänsyn till den bakgrundfakta som spelar in vid personens val att utföra en viss handling.

²²⁷ Ashworth, Andrew, 2005, s. 84-85.

²²⁸ Ashworth, Andrew, 2005, s. 84-85.

²²⁹ Ashworth, Andrew, 2005, s. 84-87.

²³⁰ Ashworth, Andrew, 2005, s. 84-87.

²³¹ Ashworth, Andrew, 2005, s. 84-87.

²³² Ashworth, Andrew, 2005, s. 84-87.

T.ex. samhällets utformning, såväl som dispositionen av samhällets tillgångar.²³³

Vidare kan man invända mot teorin att den ger en skenbart objektiv grund för straffet, när det i själva verket bara rör sig om en relativ skala på vilken man mer eller mindre arbiträrt, med utgångspunkt för det moraliskt förkastliga, fastställer straffets hårdhet.²³⁴

5.4.5 Reparativ rättvisa

Den reparatoriska rättvisan utgör ytterligare en straffrättslig teori vilken givits tillräckligt mycket utrymme i andra delar av denna uppsats, men det bör framhållas att den av många betraktas som en straffrättslig doktrin.²³⁵

5.5 Straffrättsprinciperna

Att påstå att det finns en eller flera grundläggande principer bakom den straffrättsfamilj i vilken vår egen rättsordning rör sig, är på vissa sätt ett djärvt ställningstagande. De principer som kommer att beskrivas här och som ligger till grund för vårt straffsystem är huggna i sten. Däremot så finns det anledning att anta att dessa är en del av det straffrättsliga paradigmet vårt system är ett utflöde av. Även om tonvikten som dessa principer har (inbördes och objektivt) är olika beroende på tiden vi lever i. Vissa av dessa är till sin karaktär sådana att det kan anses utgöra brott mot vår rättsordnings grundvalar att helt förbigå dem.

5.5.1 Respekt för mänskliga rättigheter

Mänskliga rättigheter, både i Europakonventionen och FN deklARATIONEN, utgör en del av den rättsordning och de rättskällor som lagar och myndighetsbeslut värderas utifrån.

Bl.a. finns förbud mot tortyr, dödsstraff, retroaktiv lagstiftning och straff, men även påbud om rätten till en rättvis rättegång.²³⁶ Deras betydelse som material för analysen kommer behandlas nedan.

5.5.2 Principen om effektivitet för pengarna

I de straffrättsliga bedömningarna finns en ekonomisk kalkyl. Utan tvekan finns det anledning att det rättsliga systemet hade sett annorlunda ut om det funnits obegränsade resurser till rättsystemets förfogande.²³⁷

²³³ Ashworth, Andrew, 2005, s. 84-87.

²³⁴ Ashworth, Andrew, 2005, s. 84-87.

²³⁵ Ashworth, Andrew, 2005, s. 88-89.

²³⁶ Ashworth, Andrew, 2005, s. 92-94.

5.5.3 Likhet inför lagen

Europakonventionen såväl som grundläggande rättsliga stadganden i svensk och internationell lag förbjuder olikhet inför lagen. Diskriminering p.g.a. kön, ras, osv. är inte tillåten utan konstituerar ett brott mot rättsordningen. Vidare innebär detta även att alla skall drabbas lika av straff. T.ex. genom dagsböter.²³⁸

5.5.4 Principen om återhållsamhet med tvång och minsta möjliga ingripande

I hela rättsprocessen finns det ett grundläggande antagande att rättsprocessen skall verka för att göra minsta möjliga skada på gärningsmannen, och att den skall innebära minsta möjliga ingripande i dennes liv. Straffet och tvånget skall bedömas med utgångspunkt för vad som måste göras inte vad som skulle kunna vara befogat eller nyttigt. Detta hänger samman med bl.a. legalitetsprincipen och den kontradiktoriska förfarandepincipen som redovisats ovan.²³⁹

24 kap RB om häktning, men även stadgandet i 30:4 BrB att "[v]id val av påföljd skall rätten fösta särskilt avseende vid omständigheter som talar för en lindrigare påföljd än fängelse" är exempel på principen.

5.6 Europakonventionens krav på straffprocessrätten

Enligt art 3 EKMR är såväl tortyr som förnedrande bestraffning förbjudet. Protokoll nr 6 innehåller ett avskaffande av dödsstraff. Dessa straffrättsliga juridiska principer är fundamentala i straffrättsordningen, men inte relevanta för arbetets frågeställning.

5.6.1 Tolkningen av EKMR

31 och 32 art Wienkonventionen slår fast att ett internationellt avtal skall tolkas med utgångspunkt för dess semantiska lydelse sett till dess sammanhang och syfte.²⁴⁰

Därutöver tillämpas Europakonventionen autonomt i förhållande till de nationella lagarna. Detta betyder att man uttryckligen tar avstånd från begreppsjurisprudencen och att exempelvis ett nationellt

²³⁷ Ashworth, Andrew, 2005, s. 94-97.

²³⁸ Ashworth, Andrew, 2005, s. 92-94.

²³⁹ Ashworth, Andrew, 2005, s. 92-94.

²⁴⁰ 1969 års Wienkonventionen om traktaträtten, artikel 31-32.

förvaltningsrättsligt beslut inom en nation kan betraktas som fattat i strid mot artikel 6 om rätten till en rättvis rättegång.²⁴¹

5.6.2 Art 6: Rätten till en rättvis rättegång

Art 6

*”Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig rättegång inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol som upprättats enligt lag.”*²⁴²

Rätten till en rättvis rättegång är en fundamentalrättighet i EKMR. Den har utvecklats och förändrats genom praxis och tilläggsprotokoll. Här kan ingen heltäckande bild av artikeln ges utan endast de mest relevanta brottstycken som krävs för att gå till botten med frågeställningen kommer att tas upp.

I en rättvis rättegång skall domaren och domstolen inte fungera som åklagare. Domstolen skall beakta gärningsmannens rätt att försvara sig. Detta innebär bl.a. den i 6.3 upptagna rätten till offentlig försvarare och kallande av vittne.

De krav som finns angående vittnesmål är att dessa skall syfta till att belysa rättegången och frågorna som behandlas där,²⁴³

Det finns inget problem med presumptionsregler för brott, men dessa måste åtföljas av rättssäkerhetsregler som garanterar prövning av sakomständigheterna.²⁴⁴

Den bevisning som hålls emot den åtalade skall kunna angripas och ifrågasättas, vittnen skall kunna kallas för att stärka den egna argumentationen.²⁴⁵

I 6.2 krav att *”[v] ar och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts.”*

Detta innebär enligt domen *Österrike mot Italien* att domstolen inte från början är övertygad om den åtalades skuld. Vidare kan en domstols dom vara en kränkning av 6.2 i det fall en bekännelse framtvingats genom våld.²⁴⁶

²⁴¹ Danelius, Hans, s. 47-48.

²⁴² Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, art 6.1.

²⁴³ Danelius, Hans, s. 290.

²⁴⁴ Phillips mot Förenade Kungariket.

²⁴⁵ Danelius, Hans, s. 232-233.

²⁴⁶ Danelius, Hans, s. 269-270.

Det finns en problematik i medlingsförfarandets fokus på den interpersonella upplevelsen av ett händelseförlopp. Det leder till en skuldpresumtion som i vissa fall inte kommer att möta kravet på en rättvis rättegång.

Om åklagarens uppfattning att ett brott lämpar sig för medling, offrets godkännande och den tilltalades erkännande är grund för medlingsförfarande finns det två risker. Dels riskerar man att gärningsmannen är omedveten om sin oskuld till följd av ex. nödvärn, nöd eller excess, men ändå blir behandlad som en skyldig. Dels risken att gärningsmannen går med på medlingsförfarande för att nå en åtalsunderlåtelse. Är detta jämförbart med domstolens uttalande om framtvingade erkännanden i avgörandet *Österrike mot Italien* är det fråga om konventionsbrott. Om tvånget på gärningsmannen är tillräckligt stort finns det anledning att anta att så är fallet.

Hur ofta detta skulle vara fallet är svårt att bedöma. Eventuellt inte särskilt ofta. Men kravet i EKMR är absolut och i ML saknas det verkliga rättssäkerhetsgarantier.

Vidare finns det ett problem med gränserna för medlingsförfarandet. Varken vittnen eller försvare kan åberopas oinskränkt. Detta sker med den förmenta utgångspunkten att skuldfrågan är klarlagd. Men min uppfattning är att den moraliska skulden som medlingsförfarandet syftar till att framställa och integrera i gärningsmannen i sig är ett fastställande av skuld. Detta betyder att det finns en presumtion för skuld både i objektivt och moraliskt hänseende. Något som inte får en reell prövning.

5.6.2.1 Domstolsförfarande

Med ledning i ovan nämnda tolkningsregler kan vi konstatera att den semantiska lydelsen av 6 art innefattar medlingsförfarandet. Det finns en tilltalad och en anklagelse för brott. Det enda sättet att argumentera förbi detta är om det rör sig om en påföljd (ex. en terapiform) och att den rättsliga prövningen är åklagarens eventuella åtalsunderlåtelse eller eventuellt bilagt domstolsförfarande.

Vad gäller åtalsunderlåtelser kan vi konstatera att det finns en möjlighet att godkänna åtalsnedläggning, straffpåläggande och liknande utan domstolsbeslut. Detta har dock en begränsad räckvidd som inte träffar alla fall av brott.²⁴⁷

I många fall av medling skulle det alltså innebära ett brott mot artikel 6 om det gick att konstatera att medlingsförfarandet bara var en påföljd, och ingen rättslig process.

²⁴⁷ Danelius, Hans, s. 178-179.

I rättsfallen *Martinie mot Frankrike, Le Compte, Van Leuven och de Meyer mot Belgien*, m.fl. har det konstaterats att domstolsförfarandets yttre form inte krävs för att en förhandling skall omfattas av artikel 6. I domen *Mihailov mot Bulgarien* konstaterades att en medicinsk nämnd var en de facto domstol. Nämnden hade brutit mot artikel 6 eftersom den varit i en beroendeställning till staten, saknade tydlig reglering och inte hade offentliga förhandlingar.²⁴⁸

Om vissa rättsliga instanser saknar en bindande förmåga gentemot domstolar och förvaltningsmyndigheter har man vidare konstaterat att det svårligen kan röra sig om ett domstolsförfarande. Jfr. *Van de Hurk mot Nederländerna*.²⁴⁹

Vid en autonom tolkning av medlingsförfarandet skulle Europadomstolen sannolikt konstatera att medling enligt ML är ett förenklat domstolsförfarande. Vilket gör hela artikel 6 tillämplig.

5.6.2.2 Oavhängighet och opartiskhet

För att kunna nå upp till de högt ställda krav på opartiskhet och oavhängighet som gäller enligt EKMR gäller att det i domstolen att det inte finns någon vilja eller benägenhet att förfördela en part.²⁵⁰

Opartiskheten och oavhängigheten mäts både i subjektiv, dvs. faktisk oavhängighet, och objektiv opartiskhet. Den förstnämnda är ytterst svår att bevisa, den sistnämnda bygger på idén om legitima tvivel på domstolens opartiskhet. Dvs. hyser medborgarna en misstanke att domstolen inte dömer opartiskt?²⁵¹

Är en institution är för avhängig på staten anses det inte vara ett domstolsförfarande. Se domen *Van de Hurk mot Nederländerna*.

I brottmål kan man i någon mån bortse från kraven på ojäviga domare, i de fall som den tilltalade accepterar detta, genom ett klart och tydligt avsärande av sin rätt.²⁵² Detta betyder dock inte att hela processen kan vara opartisk.²⁵³

Dessa frågor är brännande för frågan om medlingsförfarandets rättsliga status. Här kan man argumentera för att påståendet att man agerar opartiskt med utgångspunkt för en återintegrerande modell, skulle vara nog för att påvisa subjektiv opartiskhet. Men frågan hur offer och gärningsmän uppfattar ett medlingsförfarande gör att det objektiva opartiskhetskravet inte nödvändigtvis blir uppfyllt. Att den stora graden av inflytande över

²⁴⁸ Danelius, Hans, s. 180-181.

²⁴⁹ Danelius, Hans, s.182-183.

²⁵⁰ Danelius, Hans, s.182-183.

²⁵¹ Danelius, Hans, s.182-183.

²⁵² Pfeiffer och Plank Mot Österrike.

²⁵³ Danelius, Hans, s. 196.

processen som gärningsman, tilltalad, medlare och deras familjer delar på kan föranleda en uppfattning om bristande opartiskhet är uppenbart.

Även om ett medlingsförfarande kan innebära en korrekt, objektiv behandling av den tilltalade och målsäganden, kan andra problem föreligga. Den brottspresumtion som man använder sig av i medlingsförfarandet kan innebära en partiskhet som strider mot art 6.2 om oskyldighetspresumtionen. Däremot är det rimligt att tänka sig att de fall där det inte föreligger en överväldigande bevisning, inte hänvisas till medling innan skuldfrågan avgjorts i domstol. Detta innebär den strukturella möjligheten till brott mot oskyldighetspresumtionen inte nödvändigtvis innebär ett de facto brott mot konventionen i varje givet fall. Men trots denna förhoppning finns det en risk för brott mot konventionen som lagen är skriven.

Vidare kan vi konstatera att medlingsförfarandet syftar till att skambelägga gärningsmannen och rehabilitera offret. Den skuld som fastställs, dvs. den moraliska skulden, har inget att göra med eventuella domstolsprövningar av skuld och skadeståndsansvar, eller tillbakatagna åtalsunderlåtelse. Medlingsförfarandet är alltså fullständigt autonomt i förhållande till sitt verkliga intresse och kompetensområde. *Van de Hurk mot Nederländerna* saknar alltså tillämplighet på medlingsförfarandet.

Vad gäller domarjäv och medlare är *Pfeifer och Plank mot Österrike* inte tillämplig eftersom opartiskheten är ett objektivt och strukturellt problem.

Vidare innebär lekmanamedlarna och det sociala samhällets inflytande över processen ett problem. Sannolikheten att de som skall tillföra processen mjuka, sociala värderingar antingen blir för accepterande, eller för fördömande verkar vara en uppenbar problematik, vilken uppenbarligen åsidosätter delar av den rättvisa rättegången. Det finns helt enkelt inga garantier för opartiskheten i yttre normer (såsom lagtext) som medlaren skall följa i sin dömande verksamhet.

5.6.2.3 Offentlighet

Enligt art 6.1 skall domen avkunnas och domstolsförfarandet var offentligt, om den allmänna moralen, den nationella säkerheten, minderårigas intressen, rätten till ett privatliv kräver lyckta dörrar. Eller om offentligheten skulle skada rättvisans intresse.

I fallet *Martinie mot Frankrike* konstaterar Europadomstolen att det rör sig om en risk att förtroendet för domstolarnas oavhängighet skulle kunna rubbas vid inskränkt offentlighet. Däremot accepteras att delar av domen hålls hemlig.²⁵⁴

Medlingsförfarandet sker utan insyn och närvarorätt. Domen avkunnas inte offentligt i strikt mening. Utan riktigt vägledande praxis är det svårt att se

²⁵⁴ Danelius, Hans, s. 215-217.

om inte rätten till privatliv, såväl som en motivering med grund i rättvisans intresse skulle kunna vara nog för att frångå huvudregeln om offentlighet.

5.6.3 Art 7: Inget straff utan rätt

Art 7

1. Ingen får fällas till ansvar för någon gärning eller underlåtenhet som vid den tidpunkt då den begicks inte utgjorde ett brott enligt nationell eller internationell rätt. Inte heller får ett strängare straff utmätas än som var tillämpligt vid den tidpunkt då brottet begicks.

2. Denna artikel skall inte hindra lagföring och bestraffning av den som gjort sig skyldig till en handling eller underlåtenhet som vid den tidpunkt då den begicks var brottslig enligt de allmänna rättsprinciper som erkänns av civiliserade stater.²⁵⁵

Begreppet brott är autonomt beskrivet med utgångspunkt för hur gärningen karaktäriseras i nationell rätt, gärningens art och påföljden som kan följa på brottet. Begreppet straff tolkas även detta autonomt med utgångspunkt för dess funktion i samhället och konsekvens för den enskilde.²⁵⁶

Medlingsförfarandet har till syfte att skapa en återintegrerande skam hos brottslingen som en reaktion från samhället. Att de inblandade känner att det finns ett straffande inslag i verksamheten kan presumeras. Följaktligen utgör medlingsverksamheten en del i en bestraffande process.

En komplicerad fråga är vad som egentligen bedöms som en straffbar handling i medlingsförfarandet. Är det gärningen i sig t.ex. ett misshandelsfall eller motiven bakom, dvs. gärningsmannens moraliska kvalitet? Vad skall den tilltalade känna skam för?

Om den handling gärningsmannen får ta ansvar för i ett medlingsförfarande inte är straffbelagd innebär det ett brott mot art 7. Det finns en stor risk att gärningsmannen får ta ansvar för handlingar, eller aspekter av handlingar, som inte är kriminaliserade. Skamstraffet appliceras då utan hänsyn till legalitetsprincipen i art 7.

Invändningen mot att detta skulle strida mot artikel 7 är att det även i den ordinarie processen finns utrymme för att gärningsmannen skulle känna skam för sina moraliska bevekelsegrunder (som ju bara i vissa fall innebär påverkan på straffet).

Skillnaden är att skammen i detta fall utgör straffet. I den ordinarie processen är skam en biprodukt.

²⁵⁵ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, art 7.

²⁵⁶ Danelius, Hans, s. 294-295.

5.6.4 Protokoll nr 7

5.6.4.1 Art 2: Rätt till överklagande vid brottmål

Art 2

1. Var och en som dömts av domstol för brottslig gärning skall ha rätt att få skuldfrågan eller påföljden omprövad av högre domstol. Utövandet av denna rätt, inbegripet grunderna för dess utövande, skall regleras i lag.

2. Undantag från denna rätt får göras i fråga om mindre grova gärningar, enligt föreskrift i lag, eller i de fall då vederbörande har dömts i första instans av den högsta domstolen eller har dömts efter det att en frikännande dom har överklagats.²⁵⁷

Definitionen av ett mindre grovt brott (art 2.2) är svår att göra. I *Greco mot Rumänien* gällde frågan huruvida ett brott där en begränsning av straffet till ett lågt fängelsestraff inte innebar att brottet ansågs vara mindre grovt.²⁵⁸

Medlingslagen utesluter inte någon grovhet i brottet. Detta innebär att det med säkerhet finns ärenden som avgörs i medlingsförfaranden där det enligt EKMR finns en rätt att överklaga skuldfrågan eller påföljden. Detta betyder inte att det alltid är så, men i vissa fall definitivt. Eftersom medlingen är en straffprocess måste det beslut som sker däri kunna överklagas.

Invändningen mot det skulle vara att man inte kommer till beslut/dom om inte båda parterna vill det. Detta utesluter dock inte att man i efterhand upplever sig ha blivit felaktigt behandlad, tvingad att erkänna eller pressad på annat sätt så att man vill ha påföljden, medlingen och/eller medlingsavtalet upphävt. I detta fall kan det inte vara i överensstämmelse med EKMR att behöva vända sig till tingsrätten med en stämningsansökan angående ogiltigförklarande av avtal.

5.6.4.2 Art 4: Rätt att inte bli lagförd två gånger

Art 4

” 1. Ingen får lagföras eller straffas på nytt i en brottmålsrättegång i samma stat för ett brott för vilket han redan blivit slutligt frikänd eller dömd i enlighet med lagen och rättegångsordningen i denna stat.

2. Bestämmelserna i föregående punkt skall inte utgöra hinder för att målet tas upp på nytt i enlighet med lagen och rättegångsordningen i den berörda staten, om det föreligger bevis om nya eller nyuppdagade omständigheter eller om ett grovt fel begåtts i det tidigare rättegångsförfarandet, vilket kan ha påverkat utgången i målet.

²⁵⁷ Protokoll nr 7 till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, art 2,

²⁵⁸ Danelius, Hans, s. 513.

3. Avvikelse får inte ske från denna artikel med stöd av artikel 15 i konventionen.²⁵⁹

Regeln om *ne bis in idem* ansågs tidigare vara ett utflöde av 6 art EKMR men iom. sjunde tilläggsprotokollet har man även infört en självständig reglering av denna.

I domarna *Nilsson mot Sverige* och *Maszni mot Rumänien* slog Europadomstolen fast att det inte finns ett brott mot art 4 om man dels dömer för trafikbrott, och sedan som en separat händelse drar in körkortet.

I fallet *Franz Fischer mot Österrike*, där Fischer först blev dömd till ett administrativt straff för rattonykterhet, och dessutom därefter för vållande till annans död, fälldes Österrike för brott mot 4 art. Detta skedde då rattonykterheten legat till grund för en straffskärpning i förhållande till domen för vållande till annans död. I detta fall uttalade Europadomstolen att deras tidigare praxis (se nedan) i någon utsträckning varit motsägelsefull.

Mot detta står fallet *Oliveira mot Schweiz* där den tilltalade dömts för fortkörning och för vållande till kroppsskada i två olika rättegångar, men för samma handling.

I fallet *Gradinger mot Österrike* blev den tilltalade åtalad för att ha vållat annans död under rattonykterhet. Han friades för rattonykterheten i rättegången, men dömdes av en förvaltningsmyndighet för att ha framfört bil under påverkan.

I ett medlingsförfarande prövas den tilltalades ansvar för en handling, och de facto ådöms han ett straff. Som jag tidigare analyserat är det en moralisk eller social kvalitet som bedöms, utreds och bestraffas. Detta torde i vissa fall ansluta tätt till det subjektiva ansvarsrequisitet i uppsåtet till handlingen. Men det är samma handling som bedöms materiellt-juridiskt i en ordinär straffprocess.

Antag att ett medlingsförfarande genomförs. Antag vidare att en straffprocess redan har genomförts eller senare kommer att genomföras. Eventuellt p.g.a. en uppriven åtalsunderlåtelse.

I exemplet är det inte ett annat händelseförlopp eller en annan handling som prövas, men olika aspekter av den, men det är fortfarande samma händelseförlopp. Följaktligen kommer det att ske två processer i samma ärende. Om vi kan se hela rättsprocessen som en helhet, med ett huvudsakligt förfarande i domstol, och ett sidoförfarande i medlingen undviker vi en del av problematiken. Denna tolkning stämmer väl överens med hur det verkligen förhåller sig såväl som med existerande res judicata regler.

²⁵⁹ Protokoll nr 7 till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, art 4.

Detta innebär inte att kritiken mot en uppriven åtalsunderlåtelse efter genomförd medling försvinner. Dessa fall är eventuellt ett brott mot EKMR:s regler om ne bis in idem. Den tilltalade har ju då haft anledning att anta att brottet redan var sonat i en straffprocess (genom medlingsförfarandet).

6 Reparativ rättvisa i rättsliga system

6.1 Europarådets Ministerkommittés rekommendation No. (99) 19, Concerning mediation in penal matters.

Europarådets ministerkommitté utfärdade 1999 en rekommendation (No. R (99) 19) Concerning mediation in penal matters. Den bild ML:s förarbeten ger av innehållet i rekommendationen, står till synes i överstämmelse med 2002 års lag. Den meddelar bl.a. nödvändigheten att följa EKMR vid införandet av medlingsförfaranden.²⁶⁰ Rekommendationen lämnar dock ytterligare påpekanden som berörs i propositionen, men beaktas i varierande grad.

Rekommendationen beskriver medling som ett *“flexible, comprehensive, problem-solving, participatory option complementary or alternative to traditional criminal proceedings”*²⁶¹

Man påpekar att det finns en befogad rätt för brottsoffret att få ta aktiv del i sin straffprocess. Samt att det finns ett behov att få möjligheten att kommunicera med gärningsmannen, få ta emot en bön om förlåtelse och eventuell reparation. Men även att det är viktigt att uppmuntra brottslingens möjlighet att gottgöra sitt offer, och att det kan påverka samhället i en mindre repressiv riktning om medling blir en vanligare sedvänja.²⁶²

Vidare påpekar man behovet av att följa Europakonventionen i utövande av medlingsverksamheten.²⁶³

Bland de grundläggande principer som man anger som bas för medlingsverksamheten sägs det att medlingen skall vara frivillig, sekretessbelagd, generellt tillgänglig, tillgänglig i alla delar av rättsprocessen och att den måste fungera autonomt i förhållande till den straffprocessrättsliga verksamheten.²⁶⁴

Man slår fast att medlingen skall gälla med riktlinje i lag. Främst gällande hänvisningen av fall till medling. Vidare slår man fast att det måste finnas rättssäkerhetsgarantier i verksamheten, såsom t.ex. rätten till en offentlig försvarare, tolkning och målsmans närvaro.

²⁶⁰ Prop. 2001/02:126, s. 16-17.

²⁶¹ Bilaga 1, s. 1.

²⁶² Bilaga 1, s. 1.

²⁶³ Bilaga 1, s. 1.

²⁶⁴ Bilaga 1, s. 2.

Man anger att beslutet att hänvisa ett fall till medling skall ligga hos rättsväsendet. Parterna skall informeras om sina rättigheter och vad som kan bli konsekvenserna av medlingen, och ingen av dem skall på något vis tvingas till medling.²⁶⁵

Det måste finnas en grundläggande samsyn i uppfattningen av händelseförloppet, men den samsynen skall inte räknas som ett erkännande i kommande rättsprocesser. Personlig lämplighet slås fast som en nödvändighet för deltagande i medlingsprocessen.²⁶⁶

Avvisningar av ett ärende som baserar sig på medlingsförfarandens överenskommelser skall ha samma betydelse som en dom avseende frågan om res judicata. Om ett fall hänvisas tillbaka till rättsväsendet, utan genomförd medling eller ett avtalsslut i medlingsförfarandet, skall rättsväsendet skyndsamt besluta om fallets framtid.²⁶⁷

Man slår fast att medlingsverksamheten måste vara autonom, men styras av erkända standarder för medling, vilkas efterlevnad skall bevakas av ett kompetent organ. Medlaren skall representera samhället och dess kulturer. Medlaren skall ha gott omdöme och en god social, interpersonell förmåga. Vidare skall medlaren utbildas för sin uppgift.²⁶⁸

Medlaren skall ha tillgång till fakta i fallet och genomföra medlingen på ett opartiskt vis, med utgångspunkt för fakta och parternas önskan. Medlaren är garant för att medlingen genomförs utan kränkning av någondera parten. Medling skall ske i en trygg omgivning där respekt visas för parternas svagheter. Medlingen skall ske inför motparten.²⁶⁹

Avtalssluten i medlingen skall ske med utgångspunkt för frivillighet och bara inkludera rimliga och proportionella krav. De skall meddelas rättsväsendet utan omdömen om parternas beteende under processen.²⁷⁰

Om den vidare utvecklingen av medlingsverksamheten sägs det att det måste finnas en samsyn mellan medlingsverksamheten och rättsväsendet. Man påpekar att medlemsstaterna rekommenderas att forska på och utvärdera resultaten av medling med anledning av brott.²⁷¹

Jag beskriver innehållet så detaljerat eftersom ML i så hög grad överensstämmer med rekommendationen. Flera av dessa frågor lyfts fram i utredningen som ligger bakom lagförslaget²⁷² och de flesta av dessa förslag diskuteras i vart fall i positiva termer i propositionen. Det som saknas är dock frågorna om legalitet, förhållandet till rättssystemet,

²⁶⁵ Bilaga 1, s. 2-3.

²⁶⁶ Bilaga 1, s. 2-3.

²⁶⁷ Bilaga 1, s. 2-3.

²⁶⁸ Bilaga 1, s. 2-3.

²⁶⁹ Bilaga 1, s. 2-3.

²⁷⁰ Bilaga 1, s. 2-3.

²⁷¹ Bilaga 1, s. 2-3.

²⁷² SOU 2000:105, s. 93-94.

orubblighetsprincipen, osv. I korthet det som relateras till det straffprocessuella inslaget i medlingsförfarandet och relationen mellan rättssystemet och medlingsverksamheten.

Med hänsyn till ML:s vaghet i vissa av de avgörande frågorna är det inte konstigt att detta inte lyfts i propositionen. Istället så menar man att formerna för detta skall utvecklas efter hand.²⁷³ Som jag nämnt ovan är det mest anmärkningsvärda att rekommendationen till skillnad från propositionen tar hänsyn till behovet av rättslig reglering, och interaktionen med rättsväsendet på allvar.

6.2 Doktrинens syn på svårigheter att integrera systemen

Andrew Ashworth,^{*} som använts som källa till delar av denna uppsats avsnitt om vårt moderna straffrättsliga system, uttrycker en stark kritik mot den reparativa rättvisan. Han gör det med grund i de förtjänster som det moderna straffrättsystemet har.

Han ser en risk med de reparativa förfarandenas utveckling. Grundläggande handlar det om rättvisa och rättssäkerhet. Det moderna straffprocessrättsliga systemets rättssäkerhetsgarantier och starka krav på objektivitet och legalitet är garanten för en likabehandling av statens medborgare.²⁷⁴

Ashworth anför att vi genom EKMR 6 art garanteras en fri, opartisk och rättvis rättegång. Kan det verkligen sägas vara frågan om en rättvis rättegång då sociala hänsyn som grundas i offer, såväl som gärningsman, är de fundament reparationen bygger på? Opartiskhet torde stå i motsatsförhållande till sociala strukturers inflytande över rättsprocessen.²⁷⁵

Den fokus som det reparativa tänkandet har innebär är en risk för att legaliteten sätts åt sidan. Att offret är involverat i processen och att den reparativa ideologin i princip går ut på att tänka utanför lådan, kan resultera i att både processen och straffet kommer att baseras på ideologi och principer som inte utgår från lagen.²⁷⁶

Det är inte bara ett legalitetsproblem inom ex. ett medlingsförfarande. Om olika principer används för att möta olika brott, beroende på om offret är välvilligt både i förhållande till den reparativa rättvisan, och i förhållande till

*Andrew Ashworth är Vinerian Professor of English Law, Fellow of All Souls College, University of Oxford, och betraktas som en av de främsta straffrättsteoretikerna i den anglosaxiska världen (http://en.wikipedia.org/wiki/Andrew_Ashworth, Wikipedia, 2007-09-13).

²⁷³ Prop. 2001/02:126, s. 27.

²⁷⁴ Ashworth, Andrew, "Responsibilities, rights and restorative justice", I: A restorative justice reader, red. Johnstone Gerry, 2003, Devon, s. 428-429.

²⁷⁵ Ashworth, Andrew, 2003, s. 428-429.

²⁷⁶ Ashworth, Andrew, 2003, s. 428-429.

gärningsmannen, så kommer den likabehandlingsprincip som legalitetsprincipen bygger på att kunna sättas åt sidan. Detta innebär ett åsidosättande av den moderna rättsstatens mest grundläggande fundament.²⁷⁷

För att kunna utvidga ett reparativt perspektiv på rättvisan måste dessa rättsäkerhetsproblem passeras. Ett förslag i denna riktningen har varit att införa ackreditering för medlare.²⁷⁸

Detta har dock kritiserats för att kunna leda till västerländsk kulturimperialism, genom minskad öppenhet inför andra kulturers reparativa förfaranden. Samtidigt som standardisering av ett förfarande som idag inte är färdigutvecklat skulle kunna leda till att den reparativa rättvisan drabbas av kräftgång, och slutligen havererar. Vad man söker efter är möjligheten att tillgodose de rättsäkerhetsrättigheter som de mänskliga rättigheterna innehåller. Men att samtidigt kunna bejaka de mänskliga rättigheter som man anser att det straffprocessrättsliga systemet inte tar hänsyn till idag.²⁷⁹

Man anser att det finns tre systemmöjligheter. A. En civilisering av den straffprocessrättsliga ordningen så att detta omfattar reparativa värden och sätter de båda parterna främst och i fokus. B. Två parallella och oberoende system. C. Två parallella och beroende system. I det sistnämnda av dessa tre system är staten garanten för den rättssäkra processen och för uppföljning av systemet. Kritiken mot det sistnämnda systemet är att detta skulle bli beroende och dominerat av staten, vilket slutligen riskerar att destruera hela tanken på rättvisa och rätt från samhället.²⁸⁰

En del av reparativa rättvisan som rättsideologi är att det spränger gränserna för vad man tidigare uppfattat som en rättvis process. Nya värden och värderingar kan bejakas som även dessa utgör fundamentala mänskliga rättigheter, som borde beaktas som en del i en rättvis straffprocess. Ett system som är upphängt på den ordinarie processen kommer antagligen i mindre utsträckning upptäcka, utveckla och bejaka dessa värden som ett resultat av deras appendixerade funktionsinriktning inom ramen för ett existerande system.²⁸¹

I Sverige har Helen Örnemark Hansen kritiserat ML:s införande. Hansen anför att den bristande ideologiska diskussionen vid införandet av medlingslagen lett till en dålig integration av lagen. För det första har ML kritiserats för bristande ideologisk reflektion. För det andra har kritik lyfts mot att ML innebär en förvandling av den reparativa rättvisan till en påföljd. I strid mot ideologins grund.²⁸²

²⁷⁷ Ashworth, Andrew, 2003, s. 428-429.

²⁷⁸ Skelton, Anne, Sekhonyane, Makubetse, Human rights and restorative justice, I: Handbook of restorative justice, red. Johnstone Gerry, Devon, 2007, s. 588.

²⁷⁹ Skelton och Sekhonyane, s. 588.

²⁸⁰ Skelton och Sekhonyane, s. 588.

²⁸¹ Skelton och Sekhonyane, s. 588-593.

²⁸² Örnemark Hansen, Helén, Varför får hämnden inte vara ljuv?, I: Vänbok till Josef Zila, 2007, s 345-346.

Vidare finns det en kritik av det reparativa kompensationsavtalet som innebär en sammanblandning av civilrättsliga och straffrättsliga system och krav. Det civilrättsliga skadeståndet används som en påföljd i återintegrerande syfte. Samtidigt kan avtalet utesluta ett skadeståndsansvar i en retributiv process. Skadestånden konkurrerar med varandra i olika situationer utan att gränserna mellan dem är klarlagda.²⁸³

Att detta, i sig, strider mot den reparativa ideologin som ligger bakom ML är uppenbart eftersom den reparation (skadestånd) som där talas om inte skall ha en påföljdskaraktär. ML har alltså genom bristande ideologisk reflektion distanserat sig både från den reparativ rättvisan och det retributiva systemet på ett vis som skapar nya frågor (skadeståndsansvar för underåriga utan straffansvar som deltar i medlingsförfarande) och konflikter (vad är skadestånd för brott och var avgörs det processuellt).²⁸⁴

²⁸³ Örnemark Hansen, Helén, s 345-346.

²⁸⁴ Örnemark Hansen, Helén, s 345-346.

7 Analys

7.1 Den reparativa rättvisan och det straff- och processrättsliga systemet

Hur harmonierar eller konfronterar medlingslagen och den reparativa rättvisan med det straff- och processrättsliga systemet?

Den reparativa rättvisan är en ideologi som uppkommit som en reaktion på det rådande systemets brister. Bland dessa brister redovisas samhällets kidnappande av konflikten, bristande offerfokusering, bristande återintegrering av offer och gärningsmän, och bristande kontakt med de inblandades sociala kontext.

Det moderna straffprocessrättsliga systemets intresse för rättssäkerhetsregler, materiellt sanningsutrönande och dess straffrättsideologier, är något som den reparativa rättvisan angriper som felaktiga.

Detta har emellertid redan analyserats i avsnitt 2 och 5.

Även om t.ex. proportionalitetsprincipen som straffrättsideologi inte saknar legitimitet i ett reparativt förfarande, så innebär en reparativ process att offrets personliga upplevelse av en händelse, skall vara den måttstock utifrån vilken straffet skall bestämmas. Det torde inte heller vara överraskande att det förhåller sig så.

I vilken mån är då de två olika rättssynerna förenliga? Detta avgörs på vilka blandformer dessa två ideologier kan förenas i, och hur dessa blandformer bör definieras.

Av de tre former av framtidsutsikter för den reparativa rättvisan som ovan diskuterats i avsnitt 6 utgör bara en, en direkt konfliktsituation. Sannolikheten att ett eventuellt genomslag för reparativ rättvisa snarast kommer att innebära en samexistens, torde vara desto större.

Vad avser ideologiernas förmåga att harmoniera med varandra kan man även konstatera att det rådande systemet snarast är ett konglomerat av olika ideologier. Inte minst våra straffrättsideologier visar på detta. Vidare ser vi enkelt att vår process inte utgör en ideologisk skola. Detta är ett resultat av förändringar och olika ideologiers inflytande över den historiska processen fram t.o.m. idag.

Med dessa givna historiska data kan vi konstatera att det idag finns skillnader. Samtidigt kan vi också konstatera att det inte utgör ett hinder för att vi i framtiden kan se en blandform med stora inslag av en återintegrerande, offerfokuserad, reparativ rättvisa i vår straffprocess.

Frågan är bara vilket mått av renlärighet som förespråkarna av reparativ rättvisa kan genomdriva eller kräva. Något fundamentalt hinder för att blanda rättsideologierna finns inte.

Vilka konflikter finns i den reparativa rättvisans implementering och integration i det rådande rättssystemet?

Syftet med straffprocessrätten (jfr avsnitt 5.2), såväl som med den reparativa rättvisan är uppenbarligen att tjänstgöra som samhällets normativa sida. Systemet verkar moralbildande, och att utgöra en reaktion på orätt. Både den reparativa rättvisan och det nuvarande straffprocessrättsliga perspektivet har detta samhällsnyttoperspektiv. Vad de inte delar är sättet att uppnå samhällsnytta. Det är synen på vad den enskilda människan söker efter i rättsväsendet som skiljer dem åt. Dvs. fundamentalt sett ideologiernas människosyn.

De uppenbara problemen med integrationen av reparativ rättvisa i det straffprocessrättsliga systemet är om de grundläggande rättssäkerhetsnormerna i vårt system måste åsidosättas.

Att artikel 6 EKMR utgör en fundamental norm, att avsteg från den i egentlig mening kan sägas hota hela vår uppfattning om rättvisa, är de flesta eniga om.

Med de existerande reparativa förfarandena går det inte att utesluta att opartiskhet och legalitet sätt åt sidan. Att överlåta bestraffningen av klandervärdiga handlingar, till den sociala sfären innebär en direkt konflikt med den grundprincip som propositionen till ML uttrycker så kärnfullt.

*Att ”brottsoffret normalt inte har och inte heller bör ha något inflytande över rättsprocessen och att det alljämt är det allmänna ensamt som svarar för samhällets reaktioner på brott”.*²⁸⁵

I sammanhanget kan brottsoffer bytas ut mot den privata sfären, familjen, etc.

Konflikten bygger på i vilken mån som ett reparativt förfarande kan uppfylla 6 art EKMR genom opartiskhet och legalitet. För att inte föregripa vad som sägs nedan, om medlinglagen och den specifika processen där, kan vi koncentrera oss på den idealtyp som skisserades i avsnitt 2.5 ovan. I.o.m den reparativa rättvisans fokus på social reparation (social återupprättelse) kan den straffade gärningen falla utanför de legala ramarna. Man straffar primärt det socialt klandervärdiga i handlandet, dvs. uppsåtet och kringomständigheterna. Inte det kriminaliserade handlandet i ett visst delikt.

²⁸⁵ Prop. 2001/02:126, s. 45.

När samhället och dess sociala kontrollmekanismer dessutom är både offer, dömande och straffande instans, finns en risk att de kan komma att uppfattas som partiska. En domare som är part i målet enligt sin egen rättsuppfattning riskerar att bli partisk till någon av de båda huvudintressenterna. Att detta står i strid med art 6 EKMR är uppenbart.

Om man vill undvika att vara djävulens advokat kan vi ta fasta på citatet av Howard Zehr, i avsnitt 2.5: att reparativ rättvisa syftar till att involvera de inblandade i ett brott till så hög grad som möjligt. Denna distinktion är en nedtoning på renlighetskravet som krävs för att kunna integrera ett reparativt förfarande med en fullständigt rättssäkerhet process.

7.2 Medlingslagen och det straff- och processrättsliga systemet?

Ovan har frågan om huruvida ML och det ordinarie straffprocessrättsliga systemet befinner sig i harmoni eller konflikt, delvis besvarats fullt ut. Härnedan kommer dock frågeställningen belysas, igen med utgångspunkt för underfrågeställningarna 4, 5, 6 och 8.

7.2.1 Kan medlingslagen anses vara ett uttryck för reparativ rättvisa?

Med utgångspunkt för den idealbild av den reparativa rättvisan som framlades i avsnitt 2.5 kan vi konstatera att:

Medlingsverksamheten *fokuserar på skadan och dess objekt*, den är intresserad av de inblandades upplevelser. Den är inte intresserad av att undersöka vem som gjorde vad, utan hur brottet upplevdes och vad det fick för konsekvenser (j.fr. 9 § ML, avsnitt 4.3.2).

Medlingsverksamheten *handlar om materiell och social reparation för offret*. Detta visar sig i propositionens kärnfulla uttalande, att medlingen syftar till att: ”sätta stopp för en kriminell karriär, att lösa konflikter mellan parterna, att hjälpa brottsoffer, att stärka den sociala kontrollen eller att tillrättaföra ungdomar.”²⁸⁶ Avtalsslutets symboliska, moraliska och faktiska reparation av ett offer, är lika mycket en del i denna reparation. Att det inte rör sig om *hämnad* visar sig i lika mån i propositionens uttalande att brottsoffret inte bör ha inflytande över processen, och medlarens opartiskhet.

Vad gäller begreppet *återintegrerande skam* uttrycks inte detta i propositionen eller lagen. Begreppet syftar dock till viljan att väcka skuld känslor hos gärningsmannen över hans handling, men utan att för den

²⁸⁶ Prop. 2001/02:126, s. 35.

sakens skull stigmatisera honom. Att en gärningsman med familj, inför sitt offer och offrets familj får höra om konsekvenserna av hans agerande, be om ursäkt och försöka gottgöra handlandet, syftar dock uppenbarligen till just detta.

Att medlingslagen utgör en *terapiform* i någon mån är också klart. Den syftar till något av en quick fix. Medlingen skall ställa saker och ting tillrätta hos gärningsmannen genom att chocka honom med innebörden av det egna agerandet. Offrets del i terapin är att behandlas mot den kränkning som brottet inneburit för honom. I avsnitt 4.5.3 behandlas förhållandet mellan terapi och straff. Att dessa två inte är motsatsförhållanden innebär inte att det inte utgör en terapi att delta i ett medlingsförfarande. Ytterligare ett bevis för detta är den utökade sekretessen i medlingsärenden.

Medlingslagen ger inget egentligt intryck av att *se samhället ur ett holistiskt perspektiv som ett mellanmänniskt nätverk*. Men i jämförelse med domstolens verksamhet kan vi i vart fall konstatera att den i högre grad än domstolen tar hänsyn till de inblandades sociala kontexter, och låter dem komma till tals i processen.

Detta är ett uttryck för att medlingslagen *bygger på deltagande från hela samhället*. I vart fall i en inskränkt betydelse. Man accepterar familjernas inblandning. Detta betyder inte att inblandningen är påbjudet, men den är heller inte förbjudet.

Som ovan konstaterats *utesluter inte medlingsverksamheten retributiva sanktioner och en sanningsutrönande sidoprocess*.

Sammanfattningsvis kan jag konstatera att medlingslagen uppfyller kraven som den reparativa ideologin ställer på ett reparativt förfarande, så när som på den samhälleliga inblandningen. På denna punkt tiger lagen i viss mån, och gör det till en bedömningsfråga som bör avgöras med utgångspunkt för den praktiska verkligheten.

7.2.2 Hur har medlingslagen integrerats i det svenska rättssystemet, och finns det en konflikt med det rådande systemet?

ML syftar fundamentalt till samma lagföring av brott som rättsväsendet gör. Den skillnad som finns är med vilka metoder som detta sker.

7.2.2.1 Allmänintegration i rättssystemet

Medlingslagen har i princip integrerats så lite som möjligt i det svenska rättssystemet. Utöver medlingslagen nämns medlingen mycket sparsamt i RB, sekretesslagen och LUL.

Man har accepterat att den utgör en anomali i rättssystemet, med flera olika funktioner och lösa former.

Detta leder till att medling inte alltid blir aktuell för lika fall. Medlingen kan beaktas vid åtalsunderlåtelse, påföljdsval, straffmätning och verkställighet. Men rättsväsendet måste inte göra det och ett genomgången medlingsförfarande får ingen res judicataeffekt.

Detta innebär att lika fall inte bedöms lika, utan beroende på enskilda personers inställning till medlingen. Men även vilken dignitet som tillskrivs medlingen av de inblandade myndighetspersonerna.

Detta leder också till att medlingen juridiskt kan ersätta, kort sagt, varje förfarande i rättssystemet. Men utan att handlägga dessa med samma grundinställning som den ordinarie processen hade gjort. Man utreder inte om brott skett, och straffar detta. Istället straffar man en gärnings moraliska kränkning av ett offer. Detta är två olika processer, med två olika straff och två, delvis, olika syften. Eventuellt kan man se det som två parallella processer. Eller som en huvud- och en sidoprocess för en och samma gärning.

På ytan råder det stiltje, men i verkligheten innebär medlingsförfarandets otydliga rollfördelning i förhållande till straffprocessrätten, att likheten inför lagen för de inblandade i ett medlingsförfarande kan ifrågasättas. Både inbördes och i förhållande till den ordinarie processen.

Man kan med fog ställa sig frågan om medlingslagen blivit annat än skönsmässigt integrerad i rättssystemet.

7.2.2.2 Specialintegration I rättssystemet

Vad gäller de allmänna processrättsliga principerna så framgår det tydligt att medlingslagen lämnar en hel del att önska.

Vad gäller legalitetsprincipen kan vi konstatera att de legala ramarna kring medlingsprocessen är begränsade. Detta motverkar den grundläggande idén att det skall finnas förutsägbarhet i rättssystemet. Vad gäller den straffrättsliga sidan av legalitetsprincipen så har jag ovan diskuterat i vilken mån ML:s bestraffande riskerar att falla utanför de kriminaliserade delikten. Om ovidkommande, icke lagstadgade, hänsyn tas i medlingförfaranden på ett sätt som påverkar straffet, utgör det en konflikt med rättssystemets fundamentalkrav på legalitet.

Vad gäller den *kontradiktoriska* och *akusatoriska förfarandepincipen*, *förhandlingsprincipen* och *officialprincipen* så innebär ML en omdisponering av balansen mellan dessa. Konkret placeras större del av processen hos de inblandade parterna. Detta förhållande är inte ett problem om inte en allt för stor börda läggs på parterna. I sådant fall kan domstolen,

som PO Ekelöf ovan anför, främja orätt eftersom endera part p.g.a. sitt sinnestillstånd inte kan tillvarata sin rätt.

Vad gäller *opartiskhetsprincipen* och *objektivitetsprincipen* finns det svårigheter att garantera dessa i en process som är så beroende av parterna. Framförallt när brottet utgörs av ett brott mot deras sociala sfär, och de själva avgör hur grovt brottet som begåtts är. Framförallt när de dessutom skall komma överens om ett straff i samråd med medlaren och driva processen. Att medlaren är objektiv och försöker klarlägga alla aspekter av händelseförloppet är inte med nödvändighet en garant för att dessa principer möts.

Frågan om *orubblighetsprincipen/rätten till överprövning* är brännande. Det finns inget formellt hinder för att ett medlingsärende omprövas i domstol. Detta sker dock bara med det allmännas (åklagarens) vilja. Vidare är frågan om ett medlingsförfarande till följd av ett återfall i brott mot offret, inskränker sig till de händelser som inträffat efter föregående medlingsförfarande, eller om det skulle behandla båda brotten på ett sätt som åsidosätter orubblighetsprincipen.

Oskyldighetspresumtion finns inte i ML. Snarast en skuldpresumtion. Befinner man sig i ett medlingsförfarande har man erkänt sig skyldig till en brottslig handling och detta prövas i princip inte materiellt. Det betyder inte att brott mot oskyldighetspresumtionen alltid måste ske se avsnitt 5.6.2.2.

Vad gäller straffrättsideologiernas förhållande till ML kan vi konstatera att medlingen utgör ett påförande av straff. Straffet har allmänpreventivt syfte. Detta skiljer sig inte principiellt från ett straff i RB:s och BrB:s definition. I sitt tänkande visar medlingslagen (och den reparativa rättvisan) stor överensstämmelse med de straffrättsideologier som präglar vårt rättsväsende idag. Men även stor disharmoni.

ML och dess reparativa rättvisa innebär ett bestraffande av brott, som har mycket gemensamt med de preventiva och rehabiliterande straffrättsideologierna, samt med desert-teorin. Det är i princip bara den samhällsskyddande skolan som den tar avstånd från.

Man avser att straffa gärningsmannen för att avhålla honom och andra (special- och allmänprevention) från brott. Detta gör man genom ett reparativt förfarande som fungerar rehabiliterande genom sina resocialiserande drag. För att uppnå detta bestraffar rättsväsendet, men bara som ett led i en reparation av offret och ett moraliskt fördömande av gärningsmannens handling. I verksamheten och teorin uppmuntras dessutom till en involvering och stärkande av det sociala närområdet och den sociala kontrollen.

Vad gäller de straffrättsliga principerna, så skall det åtminstone i teorin finnas en *respekt för mänskliga rättigheter och likhet inför lagen*. Vad som anförs i övrigt i analysen har dock lika tillämpning här. Kanske främst dock

vad gäller risken för bott mot rätten till rättvis rättegång.

Vad gäller principen om *effektivitet för pengarna* så verkar det uppenbart att en av de främsta bevekelsegrunderna för införandet av medlingslagen är förmågan att avlasta rättsväsendet (avsnitt 4.1). Vilket indirekt är en monetär fråga.

Principen om minsta möjliga ingripande tillgodoses i den mån att ett medlingsförfarande uppenbarligen måste bedömas som ett mindre ingripande, än en vanlig rättsprocess. Samtidigt är det mer ingripande än en slentrianmässig bot. Följaktligen differentieras påföljdssystemet vilket leder till ökad förmåga att göra ingripandet i privatlivet så litet som möjligt.

Sammanfattningsvis kan man konstatera att den reparativa rättvisan i ML konfronterar de processuella reglerna om rättssäkerhet. Men ML är kompatibel med de straffrättsliga ideologierna, och i idealfallet är ett reparativt förfarande kanske t.o.m. mer uppfyllande vad avser de straffrättsprinciper som rättsutövningen bygger på än någon av de andra straffrättsskolorna.

7.2.2.3 Problem med integration i rättssystemet

I detta sammanhang kan man ställa sig frågan på vilket sätt integrationen av medlingslagen utgör ett problem. De tre former för förverkligande av den reparativa rättvisan som diskuterats ovan i avsnitt 6, verkar inte passa in på medlingslagen. Delvis finns det en obegränsad frihet att utforma förfarandet, och delvis är andra förfarandepprinciper olösta, tex. hänvisning och res judicata frågan. Detta innebär att medlingsverksamheten är helt beroende av rättsväsendets professionella godtycke för hänvisning av fall, rättssäkerhet, m.m.

Detta innebär att det inte finns en tillräcklig autonomi utan ett starkt beroendeförhållande mellan medlingen och rättsväsendet. Här finns ett olöst problem. I första hand släpper man efter med tyglarna och låter verksamheten utvecklas fritt. I andra hand så håller man i tyglarna efter eget skön på det metaprocessuella planet för rättsliga konsekvenser av medlingen. Det är som att gasa och bromsa på samma gång. Detta är i sig en problematisk situation och konflikt, eftersom medlingsverksamheten de facto agerar med, och kräver, ett större svängrum för autonomi eller tydligare ramar för ett rent beroende.

7.2.3 Hur förhåller sig medlingen till kraven på straffprocessen i EKMR?

Medlingen är de facto en straffprocess och en påföljd. I alla dessa avseenden är EKMR tillämplig. Det mest uttryckliga beviset för detta är Ministerrådets rekommendations uttryck att "*Fundamental procedural safeguards should be*

applied to mediation".²⁸⁷ Mao. gäller de rättsäkerhetsregler som finns upptagna i EKMR i princip oinskränkt för dessa fall. Det är viktigt att komma ihåg att det inte är svensk lag som reglerar detta förhållande. Istället är det en fråga om tolkning med utgångspunkt för 31 och 32 artikeln Wienkonventionen. Dvs. en semantisk tolkning av konventionen, i dess sammanhang och ändamål gäller.

Hur EKMR blir applicerbar på ML är redan påvisad i avsnitt 5.6. Detta förtjänar dock att aktualiseras igen i vissa delar. Detta kan inte bli fullständigt med hänvisning till den nivå av deskription som krävs för att återge analysen korrekt.

Det grundläggande problemet i förhållandet mellan EKMR, ML och andra medlingsförfaranden är medlingsförfarandets funktion och syfte. Medlingslagen är enligt EKMR:s definition en rättsprocess. Syftet med konventionen skulle förfelas om man inte lät denna typ av medling upptas under 6 art krav. Följaktligen träffas den av kraven däri. Att den yttre formen är annorlunda spelar ingen roll.

Vore det inte så skulle hela medlingsverksamheten vara att betrakta som stridande mot art 6, eftersom man påför ett straff utan rättegång.

Ett av de bisyften som ML ger uttryck för är att ersätta en straffprocess. För att denna rättsprocess skall betraktas som opartisk och oavhängig krävs att det inte finns objektiva skäl som gör det befogat att misstänka att medlingen är opartisk.

Oskyldighetspresumtionen

I en medling bedöms inte skuldfrågan. Istället utgår man från att gärningsmannen är skyldig i sak. Detta innebär en skuldpresumtion vilket är ett brott mot EKMR.

Man riskerar att gärningsmannen går med på medlingsförfarande för att nå en åtalsunderlåtelse (innebär detta ett framtvingat erkännande i jämförelse med Europadomstolens avgörande *Österrike mot Italien?*), och att gärningsmannen är omedveten om sin oskuld till följd av t ex. nödvärn, nød eller excess, men ändå blir straffad.

EKMR:s krav på sakprövning möts inte av ML som saknar verkliga rättssäkerhetsgarantier.

Rätten till biträde och att kalla vittnen

Det finns ingen rätt att kalla vittnen eller ha biträde i medlingsprocessen. Detta strider mot EKMR. Att mot detta invända att skuldfrågan är klar är delvis fel. Den moraliska skuldfrågan är den som kommer under prövning i ett medlingsförfarande. Någon prövning av skuldfördelningen finns inte här.

²⁸⁷ Bilaga 1, s.1.

Detta innebär dessutom en dubbel skuldpresumtion både juridiskt, och i den social-moraliska kvaliteten av ett brott.

Opartiskhet

Det är en intressant fråga huruvida ett medlingsförfarande uppfattas som opartiskt eller inte. Vidare är frågan om rättsvetenskapen borde uppfatta medlingen som opartiskt. Den stora grad av inflytande över processen som gärningsman, tilltalad, medlare och anhöriga delar på, kan föranleda att medlingen uppfattas som partisk. Eller i vart fall att den borde göra det.

Det är viktigt att framhålla att denna partiskhet inte skall bedömas från de lyckade fallen. Det är de misslyckade medlingsfallen och de inblandade i dessa vars rättigheter skall tillvaratas. En objektiv opartiskhet i dessa processer gör att hela medlingsförfarandet är opartiskt.

På en grundläggande nivå räcker en bristande oskyldighetspresumtion, en bristande sakprövning eller att medlarnas eller de deltagandes ickerättsliga normkällor används som en del i det moraliska fördömandet, eller förlåtandet av gärningsmannen, som grund för att ifrågasätta opartiskheten. Ju närmare ett förfarande läggs den egna sociala kontexten, desto större risk för att ett förfarande skall framstå som opartiskt.

Offentlighetsprincipen

Frågan om offentlighet är även denna intressant ur EKMR:s perspektiv. Med utgångspunkt för huvudregeln att en straffprocess skall vara offentlig, är det inte alls säkert att syftet med EKMR:s stadgande blir tillgodosett: att bevara förtroendet för domstolarnas legitimitet.

Utan riktig vägledande praxis är det svårt att se om inte rätten till privatliv, såväl som en motivering med grund i rättvisans intresse, skulle kunna vara nog för att frånga huvudregeln om offentlighet.

Legalitetsprincipen

Som tidigare berört finns det även en legalitetsfråga i den brottsbedömning som man gör i ett medlingsförfarande. Straffar man för utförandet av en kriminaliserad handling, eller för det moraliskt förkastliga i handlingen, dvs för uppsåten, eller den moraliska kvaliteten? Frågan är svår att bedöma, men att rättsprövning sker utan att domskäl redovisas, och utan andra bedömningsgrunder än den intersubjektiva kränkningen, är minst sagt, problematiskt ur ett legalitetsperspektiv.

Min uppfattning är att medlingen, inte minst, p.g.a. sin icke-juridiska karaktär riskerar att gå utöver lagens lydelse, och bryta mot EKMR:s krav på legalitet.

Överprövning

Medlingsförfarandet saknar möjlighet till överprövning, vilket förutsätts existera enligt EKMR. Emellertid finns det ingen sådan regel. Bara det att man kan få medlingsavtalet upphävt, är inte nog för att anse rätten till

överprövning uppfylld. En sådan upphävningsprocess skulle ju vara ett civilrättsligt mål som fungerar som en helt ny process.

Res judicataeffekt

Medlingsförfarandet saknar res judicataeffekt. Trots att det är samma handling, om än en moralisk eller social kvalitet i den, som behandlas i en ordinarie process. Det finns ingen rätt till säkerhet på domens orubblighet. Problemet är inte lika stort när en åtalsunderlåtelse inte rivs upp, eftersom den tilltalade då inte haft direkt anledning att förlita sig på att brottet redan var sonat i en straffprocess.

En omprövning av medlingsförfarande i rättegång, framförallt när det inneburit ett upprivande av en åtalsunderlåtelse, är med övervägande sannolikhet ett brott mot EKMR:s regler om ne bis in idem. Särskilt med tolkningshjälp i ministrådets rekommendation art V punkten 17, som särskilt förskriver en sådan ne bis in idemeffekt. Mer om detta nedan.

Bristen på res judicataeffekt kan accepteras om man ser hela rättsystemets behandling av brottet som en helhet. Det är då två processer som dömer över olika delar av brottet. Detta är rimligt samtidigt som det inte tar udden av kritiken mot en uppriven åtalsunderlåtelse efter genomförd medling.

7.2.4 Hur förhåller sig Medlingslagen till Ministerkommitténs rekommendation?

Syftet med ML och ministerkommitténs rekommendation är harmonierande. Motiven till varför medling skall bedrivas är desamma.

Den fundamentala skillnaden är att ministerkommitténs förslag och rekommendation för medlingsverksamheten på många punkter är mycket mer precis än vad ML och dess förarbeten är. Detta gäller de områden som ovan kritiserats, dvs. förhållandet till EKMR och rättssäkerheten. Ett område där förarbetena till lagen överhuvudtaget inte reflekterar kring rekommendationens frågeställningar, påpekanden och invändningar.

Ministerkommittén påpekar att medlingsförfarande är en "*flexible, comprehensive, problem-solving, participatory option complementary or alternative to traditional criminal proceedings*"²⁸⁸ Mao. är man tydlig med att det finns flera dimensioner av det straffrättsliga systemet som berörs och tas upp av medlingslagen. Detta innebär bl.a. att man uttryckligen erkänner medling som en rättsprocess.

Man påpekar att det finns en befogad rätt för brottsoffret att få ta aktiv del i sin straffprocess. Samt att det finns ett behov att få möjlighet att kommunicera med gärningsmannen, få ta emot en bön om förlåtelse och reparation. Men även att det är viktigt att uppmuntra brottslingens möjlighet

²⁸⁸ Bilaga 1, s. 1.

att gottgöra sitt offer. Förhoppningen är att detta skall leda till ett mindre repressivt samhälle. I dessa avseenden är ML en ren blåkopia på rekommendationen.

Rekommendationens uppfattning att medlingsverksamheten skall vara autonom, men styras av erkända standarder och övervakas av ett kompetent organ, har inte heller fullt ut bejakats. Med reservation för de offentliga ombudsmännen, så finns det inget juridiskt och professionellt kompetent organ som kan anses fylla denna övervakande funktion.

Rekommendationen påpekar behovet av grundläggande rättssäkerhetsregler. Däribland regler om *ne bis in idem*, tolkning, fasta regler för hänvisning, och rätten till försvar i processen.

Dessa rekommendationer har inte följts i den svenska lagstiftningen. Rekommendationen har i dessa avseenden sin största tyngd eftersom ministerkommittén hör till samma organisation som Europadomstolen. Ministerrådets bedömning av medlingsverksamhetens karaktär och EKMR:s applicerbarhet torde ha stort tolkningsvärde för bedömningen av konventionens krav på medlingsförfarandet.

Vad gäller kraven på sekretess i medlingsförfarandet kan inte rekommendationens uppfattning att sekretess är befogat tas som intäkt för att ML är korrekt i relation till EKMR. Men även om det är så, kan man ifrågasätta det för domstolarnas legitimitets skull.

Det är beklämmande, upprörande eller bara irriterande att lagstiftaren i propositionen enbart nämner den största inspirationskällan för ML i förbifarten. Det är vidare upplagt för invändningar när man struntat i att ens kommentera varför detta har skett. Och varför man har valt att strunta i de viktiga rättssäkerhetsfrågor som Ministerkommitténs rekommendation på ett helt annat sätt än ML kommit att lösa.

8 Avslutande kommentar

Den främsta skiljelinjen mellan det system som vi lämnar och det system som vi är på väg in i, tror jag är synen på staten: nedbrytandet av medborgarnas bild av staten som en benefactor. Skillnaden mellan det nuvarande straffprocessrättsliga systemet och de tankar som står bakom medlingslagen är främst den personliga autonomin.

I ett medlingsförfarande överläts till den enskilda individen att själv driva sin process och redogöra för sitt lidande. Statens roll i sammanhanget är minimal. Detta är en skillnad från den teokratiska (och demokratiska?) synen på brottet som riktat mot den högre ordningen i världen.

Detta individualistiska ställningstagande leder till en uppbyggnad av de sfärer som ligger nära individen som t.ex. familjen. Ytterst sett utgör denna förändring en maktförskjutning från det allmänna till dessa sfärer.

Om detta är en generell trend eller inte, kan jag inte påvisa. Men jag hyser en trosåskådning, som jag grundar i den förändring av rättssystemet som identifierats i mitt arbete. Jag tror att vi i spillrorna av en sönderfallande välfärdsstat, där staten varit garant för vår rätt, kommer att se en mer individualistisk rörelse inom rätten. Individens behov, rätt och autonomi kommer användas som argument för att bända loss rättsområden och rättsfunktioner från staten, och placera dessa hos individerna.

Den enskilda människans förmåga eller oförmåga att förvalta denna rätt är sedan avgörande för vad detta leder till. Antingen neokollektivism och familjeideologi, eller den atomiserade personen som grund för individens handlande och rättsvärn. Skillnaden däremellan är huruvida förändringen utgör en sänkt reaktion eller långsam revolution i välfärdsstaten.

Personligen lutar jag åt det förstnämnda.

Bilaga 1

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS

Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters

(Adopted by the Committee of Ministers on 15 September 1999
at the 679th meeting of the Ministers' Deputies)

The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

Noting the developments in member States in the use of mediation in penal matters as a flexible, comprehensive, problem-solving, participatory option complementary or alternative to traditional criminal proceedings;

Considering the need to enhance active personal participation in criminal proceedings of the victim and the offender and others who may be affected as parties as well as the involvement of the community;

Recognising the legitimate interest of victims to have a stronger voice in dealing with the consequences of their victimisation, to communicate with the offender and to obtain apology and reparation;

Considering the importance of encouraging the offenders' sense of responsibility and offering them practical opportunities to make amends, which may further their reintegration and rehabilitation;

Recognising that mediation may increase awareness of the important role of the individual and the community in preventing and handling crime and resolving its associated conflicts, thus encouraging more constructive and less repressive criminal justice outcomes;

Recognising that mediation requires specific skills and calls for codes of practice and accredited training;

Considering the potentially substantial contribution to be made by non-governmental organisations and local communities in the field of mediation in penal matters and the need to combine and to co-ordinate the efforts of public and private initiatives;

Having regard to the requirements of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms;

Bearing in mind the European Convention on the Exercise of Children's Rights as well as Recommendations No. R (85) 11 on the position of the victim in the

framework of criminal law and procedure, No. R (87) 18 concerning the simplification of criminal justice, No. R (87) 21 on assistance to victims and the prevention of victimisation, No. R (87) 20 on social reactions to juvenile delinquency, No. R (88) 6 on social reactions to juvenile delinquency among young people coming from migrant families, No. R (92) 16 on the European Rules on community sanctions and measures, No. R (95) 12 on the management of criminal justice and No. R (98) 1 on family mediation;

Recommends that the governments of member States consider the principles set out in the appendix to this Recommendation when developing mediation in penal matters, and give the widest possible circulation to this text.

Appendix to Recommendation No. R (99) 19

I. Definition

These guidelines apply to any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator).

II. General principles

1. Mediation in penal matters should only take place if the parties freely consent. The parties should be able to withdraw such consent at any time during the mediation.
2. Discussions in mediation are confidential and may not be used subsequently, except with the agreement of the parties.
3. Mediation in penal matters should be a generally available service.
4. Mediation in penal matters should be available at all stages of the criminal justice process.
5. Mediation services should be given sufficient autonomy within the criminal justice system.

III. Legal basis

6. Legislation should facilitate mediation in penal matters.
7. There should be guidelines defining the use of mediation in penal matters. Such guidelines should in particular address the conditions for the referral of cases to the mediation service and the handling of cases following mediation.
8. Fundamental procedural safeguards should be applied to mediation; in particular, the parties should have the right to legal assistance and, where necessary, to translation/interpretation. Minors should, in addition, have the right to parental assistance.

IV. The operation of criminal justice in relation to mediation

9. A decision to refer a criminal case to mediation, as well as the assessment of the outcome of a mediation procedure, should be reserved to the criminal justice authorities.
10. Before agreeing to mediation, the parties should be fully informed of their rights, the nature of the mediation process and the possible consequences of their decision.
11. Neither the victim nor the offender should be induced by unfair means to accept mediation.
12. Special regulations and legal safeguards governing minors' participation in legal proceedings should also be applied to their participation in mediation in penal matters.
13. Mediation should not proceed if any of the main parties involved is not capable of understanding the meaning of the process.
14. The basic facts of a case should normally be acknowledged by both parties as a basis for mediation. Participation in mediation should not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings.
15. Obvious disparities with respect to factors such as the parties' age, maturity or intellectual capacity should be taken into consideration before a case is referred to mediation.
16. A decision to refer a criminal case to mediation should be accompanied by a reasonable time-limit within which the competent criminal justice authorities should be informed of the state of the mediation procedure.
17. Discharges based on mediated agreements should have the same status as judicial decisions or judgments and should preclude prosecution in respect of the same facts (ne bis in idem).
18. When a case is referred back to the criminal justice authorities without an agreement between the parties or after failure to implement such an agreement, the decision as to how to proceed should be taken without delay.

V. The operation of mediation services

V.1. Standards

19. Mediation services should be governed by recognised standards.
20. Mediation services should have sufficient autonomy in performing their duties. Standards of competence and ethical rules, as well as procedures for the selection, training and assessment of mediators should be developed.
21. Mediation services should be monitored by a competent body.

V.2. Qualifications and training of mediators

22. Mediators should be recruited from all sections of society and should generally possess good understanding of local cultures and communities.

23. Mediators should be able to demonstrate sound judgment and interpersonal skills necessary to mediation.

24. Mediators should receive initial training before taking up mediation duties as well as in-service training. Their training should aim at providing for a high level of competence, taking into account conflict resolution skills, the specific requirements of working with victims and offenders and basic knowledge of the criminal justice system.

V.3. Handling of individual cases

25. Before mediation starts, the mediator should be informed of all relevant facts of the case and be provided with the necessary documents by the competent criminal justice authorities.

26. Mediation should be performed in an impartial manner, based on the facts of the case and on the needs and wishes of the parties. The mediator should always respect the dignity of the parties and ensure that the parties act with respect towards each other.

27. The mediator should be responsible for providing a safe and comfortable environment for the mediation. The mediator should be sensitive to the vulnerability of the parties.

28. Mediation should be carried out efficiently, but at a pace that is manageable for the parties.

29. Mediation should be performed in camera.

30. Notwithstanding the principle of confidentiality, the mediator should convey any information about imminent serious crimes, which may come to light in the course of mediation, to the appropriate authorities or to the persons concerned.

V.4. Outcome of mediation

31. Agreements should be arrived at voluntarily by the parties. They should contain only reasonable and proportionate obligations.

32. The mediator should report to the criminal justice authorities on the steps taken and on the outcome of the mediation. The mediator's report should not reveal the contents of mediation sessions, nor express any judgment on the parties' behaviour during mediation.

VI. Continuing development of mediation

33. There should be regular consultation between criminal justice authorities and mediation services to develop common understanding.

34. Member States should promote research on, and evaluation of, mediation in penal matters.

Bilaga 2

1. Deliktindelning

| Retributiva straff | Reparativa straff |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none">- Dräpa i Kyrkan- Inte betala böter- Träl eller frigiven sårar fri man- Trolldom- Ärelösa brott (Dråp på ting, Hugga av händerna, Dräpa en sovande, Binda någon vid träd i skogen, Dräpa i bad, etc., Sticka ut ögonen, skära ut tungan, Hugga av fötterna, Dräpa kvinna, Dräpa husbonde, Hugga ned annans boskap, Förnedra genom att stå på huvudet)- Fridsbrott (Bryta fred och förlikning, Anfälla landet, Sjöroveri) | <ul style="list-style-type: none">- Stjäla i kyrkan- Våldsdåd i kyrkan- Dråp- Vådasår- Stöld av djur- Skambrott (Hor, Lömskaläge, Bortrövande av fästekvinna, Incest, Styggelseverk).- Förolämpning- Handrån- Nekande av återbetalning- Åverkan på annans egendom (Skada på annans boskap och mark, olovligt brukande av annans dragdjur, skog och virke, Skadegörelse på åker, olovligt brukande av annans husdjur eller redskap, skadegörelse på åker, skadegörelse på gårdsgård, Kreaturs skadegörelse på åker eller äng, Skadegörelse på växande träd, Skadegörelse genom eld)- Jordbrott (Ansvar för uppställning av gårdsgårdar, Rätt till bete, Ansvar för annans kreatur, Fördelning av bin Jakt)- Ansvar för |

| | |
|--|---------------------|
| | tjänstehjon. |
|--|---------------------|

2. Avsnittsindelning

| | Retributiva straff | Reparativa straff |
|--------------------------|--|---|
| Kyrkobalk | Dråp i kyrka 3 Inte betala böter | Stöld i kyrka 7 Våldsdåd I kyrkan 12 |
| Om mandrån | Inte betala böter | Dråp på fri man 1:4, 5, 5:1 Dråp på ättledd man 2 Dråp av träl 4 Dråp av kvinna 5:2 Dråp av galen man 7 Dråp på svensk man 5 Dråp på Dansk/norsk man 5:3 Dråp i ölstuga 13 pr Våda dråp 12,15 Dulgadrån 14 |
| Balken om sårsmål | Frigiven eller träl sårar fri man 6:1 Inte betala böter | Åtal för sår 1 “ “ “ på svensk man 3 “ “ “ på dansk eller norsk man 3:1 “ “ “ på tysk eller engelsk man 5 “ “ “ på frigiven träl 5 “ “ “ på träl 6 |
| Om vådamål | Inte betala böter | Olika slags vådasår 1 Kvinna och barns sår 2 Träls sår och lyte 3 Sårad av husdjur 5 |
| Slagsmålsbalken | Kvinna för förgörelse 8 Inte betala böter | Rättegång och böter för slag 1 Den slagne är utlänning 2 Den slagne är frigiven eller träl 2:1 Slår man oförmögen man 3 Bonde slår hustru i kyrka eller på gästbud. 4 Vådaslag 5 |

| | | |
|-------------------------|--|--|
| Urbotamål | <p>Dråp på ting 1 Bryta fred och förlikning 2 Hugga av händerna 3 Dräpa en sovande 3 Anfalla landet 4 Binda någon vid träd i skogen 5 Dräpa i bad, etc. 6 Sticka ut ögonen, skära ut tungan 6 Hugga av fötterna 6 Dräpa kvinna 6 Dräpa husbonde 7 Hugga ned annans boskap 9 Sjöröveri 10 Förnedra genom att stå på huvudet 10</p> | |
| Tjuvbalken | Stöld 3 | <p>Stöld av djur 1 Stöld av djur 8-15 Stöld av träl 16</p> |
| Ärvidabalken | Mörda styvbarn 15 | |
| Giftermålsbalken | | <p>Hor 5 Lömskaläge 6 Bortrövande av fästekvinna 3 Incest 8 Stygelseverk 8</p> |
| Rättslösabalken | | <p>Förolämpning 5 Handrån 6 Nekande av återbetalning 7 Skada på annans boskap 8,9</p> |
| Förnärmesaker | | <p>Olovligt brukande av annans dragdjur 1 Olovligt brukande av annans skog och virke 2 Olovligt brukande av annans husdjur eller redskap 3 Skadegörelse på åker Skadegörelse på gårdsgård 5 Kreaturs skadegörelse på åker eller äng 6</p> |
| Förnämesbalken | | <p>Ansvar för uppställning av gårdsgårdar 1 Rätt till bete 3, 4:1 Skadegörelse på åker 2,4 Ansvar för annans kreatur 6 Fördelning av bin 7, 7:2 Jakt 7:1, 3 Skadegörelse på växande</p> |

| | | |
|--|-----------|---|
| | | träd 8 Skadegörelse genom eld 9 Ansvar för tjänstehjon 11 |
| | 24 | 55 |

Käll- och litteraturförteckning

Internationella dokument

ECOSOC 2000/14.

Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters, 15 September 1999.

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

1969 års Wienkonvention.

Offentligt tryck

Prop. 2002/01:126.

SOU 2000:105

Internet

<http://sv.wikipedia.org/wiki/Chimaira>, Wikipedia, 2007-09-06, 11:56.

<http://www.emporia.edu/socsci/philos/chp11.htm>, 2007-09-18, 16:55.

Doktrin

Anners, Erik, Svensk straffrättshistoria – några huvudlinjer, Del 1, Stockholm, 1977.

Ashworth, Andrew, Sentencing and criminal justice, Cambridge, 2005.

Ashworth, Andrew, Responsibilities, rights and restorative justice, I: A restorative justice reader, red. Johnstone Gerry, Devon, 2003.

Bennett, Christopher, Handbook of restorative justice, I: Satisfying the needs and interests of stakeholders, red. Johnstone, Gerry, Devon, 2007.

Braithwaite, John, Restorative justice & responsive regulation, Oxford, 2002.

Daly, Kathleen, Restorative Justice: Moving Past the Caricatures, Brisbane, 1998.

Daly, Kathleen, Restorative justice: the real story, Brisbane, 2000.

- Danelius, Hans, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, tredje upplagan, Stockholm, 2007.
- Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, Rättegång I, Stockholm, 1990.
- Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif, Edelstam, Henrik, Rättegång III, Stockholm, 2006.
- Ekelöf, Per Olof, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper, Stockholm, 1956.
- Holbäck, Åke, Wessén, Elias, Svenska landskapslagar – tolkade och förklarade, Stockholm, 1946.
- Häthén, Christian, Stat och straff, Studier i Europeisk, främst svensk konstitutionell- och straffrättshistoria. Lund, 2003.
- Mccold, Paul, Wachtel, Ted, in pursuit of paradigm: A Theory of Restorative Justice, New York, 2003.
- Modéer, Kjell Å, Öppna gränser - rättshistoriska positioner och perspektiv, Lund, 2001.
- Munktell, Henrik, Brott och straff i svensk rättsutveckling, 1943, Uppsala.
- Novick, Peter, That noble dream the “Objectivity Question” and the American Historical profession, Cambridge, 1988.
- Odén, Niklas, Wahlin, Lottie, Lind, Eleonore, Carling, Eva, Medling vid brott – en handbok, Stockholm, 2007.
- Schiff, Mara, Satisfying the needs and interests of stakeholders, I: Handbook of restorative justice, red. Johnstone, Gerry, Devon, 2007.
- Skelton, Anne, Sekhonyane, Makubetse, Human rights and restorative justice, I: Handbook of restorative justice, red. Johnstone Gerry, Devon, 2007.
- Strömberg, Tore, Inledningen till den allmänna rättsläran, Lund, 1980.
- Walgrave, Lode, Satisfying the needs and interests of stakeholders, I: Handbook of restorative justice, red., Johnstone, Gerry, Devon, 2007.
- Wallén, Per-Edvin, Svensk straffrättshistoria – några huvudlinjer, Del 2, Stockholm, 1976.
- Welamson, Lars, Rättegång VI, Stockholm, 1998.
- Zehr, Howard, The little Book of restorative justice, Intercourse, 2002.

Örnemark Hansen, Helén, Varför får hämnden inte vara ljuv?, I: Vänbok till Josef Zila, red. Petter Asp, Uppsala, 2007.

Tidskrifter

Sylvester Douglas J, The story of restorative justice, Utah law review, 2003: 471.

Wright Martin, The paradigm of restorative justice, summer, VOMA Connections, Minneapolis, 2002.

Rättsfallsförteckning

Franz Fischer mot Österrike (37950/97)

Greco mot Rumänien (75101/01)

Gradinger mot Österrike (15963/90)

Le Compte, Van Leuven och de Meyer mot Belgien (6878/75;7238/75)

Martinie mot Frankrike (58675/00)

Maszni mot Rumänien

<http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/portalhbkm.asp?sessionId=2139704&skin=hudoc-en&action=request&poll=359892/00>

Mihailov mot Bulgarien (52367/99)

Nilsson mot Sverige (73661/01)

Oliveira mot Schweiz (25711/94)

Phillips mot Förenade kungadömet (41087/98)

Pfeifer och Plankl mot Österrike (10802/84)

Van de Hurk mot Nederländerna (16034/90)

Welch mot Förenade kungadömet, 1995, (17440/90)

Österrike mot Italien (788/60)