



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Kristin Lindgren

Medling – en straffrättslig anomali?

En studie av medlingsinstitutets
(o)förenlighet med det traditionella
bestraffningssystemet

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Per Ole Träskman

Ämnesområde
Straff- och processrätt

Ht 2007

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Presentation	7
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Metod och material	8
1.4 Avgränsningar	8
1.5 Forskningsläge	9
1.6 Disposition	9
2 BAKGRUND OCH UTGÅNGSPUNKT	10
2.1 Medlingsförfarandets utveckling i Sverige	10
2.2 Förutsättningar för medling	14
2.3 Straffrättsliga konsekvenser av medling	15
3 MEDLINGSINSTITUTETS SYFTEN OCH GRUNDLÄGGANDE PRINCIPER	17
3.1 Medlingens syften	17
3.1.1 Gärningsmannens insikt	17
3.1.2 Målsägandens möjlighet att bearbeta händelsen	18
3.2 Medlingsinstitutets ideologiska grund – Restorative Justice	18
3.3 Sammanfattning – medlingsinstitutets syften och grundläggande principer	21
4 BESTRAFFNINGSSYSTEMETS OCH STRAFFPROCESSENS SYFTEN OCH GRUNDLÄGGANDE PRINCIPER	23
4.1 Bestraffningssystemets syften och grundläggande principer	23
4.1.1 Brottsprevention	23

4.1.1.1	Allmänprevention	24
4.1.1.2	Individualprevention	25
4.1.2	Den nyklassiska straffrättsideologin	27
4.1.2.1	Proportionalitetsprincipen	27
4.1.3	Humanitet	30
4.2	Straffprocessens grundläggande principer	32
4.2.1	Rätt till en rättvis prövning	32
4.2.2	Rätt att presumeras oskyldig	34
4.3	Sammanfattning – bestraffningssystemets och straffprocessens syften och grundläggande principer	35
5	MEDLING OCH DET TRADITIONELLA BESTRAFFNINGSSYSTEMET	36
5.1	Straffrättsliga konsekvenser av medling	36
5.1.1	Rapporteftergift och åtalsunderlåtelse	36
5.1.2	Straff- och påföljdsval	37
5.1.2.1	Straffflindring	38
5.1.2.2	Medling som (del i) en påföljd	38
5.1.3	Konklusion – medlingens straffrättsliga konsekvenser	40
5.2	Processrättsliga konsekvenser av medling	41
5.2.1	Avsaknaden av en rättvis prövning	41
5.2.2	Åsidosättande av oskyldighetspresumtionen	43
5.2.3	Kränkning av rätten till tystnad - självinkriminering	43
5.2.4	Konklusion – medlingens processrättsliga konsekvenser	44
5.3	Medling/straff- och processrätt – en ideologisk jämförelse	45
5.3.1	Förfarandets syfte	46
5.3.2	Involverade aktörer	47
5.3.3	Konklusion – ideologisk jämförelse	47
5.4	Sammanfattning – medling och det traditionella bestraffningssystemet	48
6	AVSLUTANDE KOMMENTARER – MEDLINGENS (O)FÖRENLIGHET MED DET TRADITIONELLA BESTRAFFNINGSSYSTEMET	50
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	52
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	55

Summary

This thesis discusses mediation in criminal matters and its effects on the traditional criminal justice system. The aim of the paper is to determine whether mediation should be accepted as a component of criminal law. To fulfil this purpose it is examined to what extent the consequences of mediation comply with the basic principles of criminal law and criminal proceedings. Furthermore, the ideology underlying mediation is compared to that behind the criminal justice system and the differences between the two approaches on crime and punishment are demonstrated.

Mediation should, in this context, be understood as a meeting involving a juvenile delinquent and a victim, discussing the negative consequences of a specific crime, under the supervision of a mediator. The meeting normally takes place at the office for social services. The development of mediation in Sweden can be seen as a reaction against the failure of the criminal justice system in acknowledging the needs of victim restoration and in considering individual needs when determining punishment. Mediation in criminal matters has been used in other countries for some time and it is clear that international influences have inspired the Swedish model. The practice of mediation was unregulated until the 1st of July in 2002, when the Crime Mediation Act came into force. Mediation requires, according to this law, that a crime has been reported to the police and that the action that constitutes the crime has been admitted. Both parties (juvenile delinquent and victim) also need to voluntarily agree to take part in the meeting. The practice of mediation can be carried out both during and after the police investigation of the crime. It can also take place both before and after a court trial. At the meeting the mediator can participate in the process of reaching an agreement between the parties regarding the ways in which the juvenile delinquent can restore and repair the damages caused by the crime.

Mediation affects, in different ways, the legal handling of the crime. This paper highlights a number of, from criminal justice point of view, problematic consequences of mediation. The direct results being treated here are: withdrawal of police report, waiver of prosecution, reduction of punishment and choice of penalty. The first two constitute legal decisions for the police or the prosecutor whereas decisions regarding the reduction of punishment and the choice of penalty are for the court to determine. Indirectly mediation also affects the legal proceedings of the case. The consequences on the legal process discussed in this paper are: the absence of a court trial, the infringement of the presumption of innocence and the violation of the right to silence. These consequences all give rise to a discussion on the human right to a fair trial, as it is prescribed in the ECHR art. 6.

The ideology underlying the practice of mediation (Restorative Justice) differs from the ways in which the traditional criminal justice system looks

upon crime and punishment. For example, the criminal reaction on a person's failure to comply with the criminal law is seen as retribution, whereas advocates of Restorative Justice look upon the practice of mediation as restoration and recompense. Thus the criminal justice system deals with *retributive justice* while the mediation practice aim for *restorative or repairing justice*.

This thesis shows that the consequences of mediation can be seen as scarcely compatible to, for example, the principle of equal treatment, the wish for a foreseeable criminal justice system, the theory of fair and proportionate punishment and to the ban on inhumane sentencing. It also points out that mediation, in its current shape and according to its present regulation, runs the risk of violating the right to a fair trial. Furthermore, it illustrates that the philosophy behind the practice of mediation diverges from the criminal justice system approach to such a large extent that the two ideologies must be regarded as incompatible.

Sammanfattning

I denna uppsats behandlas medling i brottmål och detta instituts inverkan på det traditionella bestraffningssystemet. Syftet med framställningen är att utreda huruvida medling kan godtas som en straffrättslig företeelse. Härvid undersöks i vilken utsträckning de straff- och processrättsliga konsekvenser som kan följa av medling är förenliga med de grundläggande principer som kan anses utforma straff- och processrätten. Vidare görs en jämförelse mellan medlingsförfarandets och bestraffningssystemets ideologiska grund, varvid skillnader i sättet att betrakta brott och straff tydliggörs.

Med medling avses, i detta sammanhang, att en ung gärningsman och ett brottsoffer möts inför en medlare för att samtala om de negativa följderna av det begångna brottet. Mötet sker vanligtvis inom ramen för socialtjänstens verksamhet. Det svenska medlingsinstitutet har vuxit fram som en reaktion mot att det traditionella bestraffningssystemet, enligt medlingens förespråkare, inte tar hänsyn till offrets behov av upprättelse eller, i tillräcklig omfattning, beaktar individualpreventiva överväganden vid bestämningen av straff. Medling med anledning av brott har länge förekommit i andra länder och det är tydligt att det svenska synsättet har inspirerats av internationella influenser. Förfarandet var oregerlat fram till den 1 juli 2002, då Medlingslagen trädde i kraft. För att medling skall aktualiseras krävs det, enligt lagen, att ett polisanmält och erkänt brott är för handen. Dessutom skall båda parter (gärningsman och brottsoffer) vara villiga att delta. Medling kan äga rum såväl under förundersökningen som efter en avslutad sådan. Vidare kan medling ske både innan och efter en domstolsprövning av saken. Vid medlingsmötet kan parterna, genom medlarens medverkan, avtala om sätt för den unge gärningsmannen att gottgöra offret för de skador som uppkommit med anledning av brottet.

Medling kan på olika sätt påverka den rättsliga hanteringen av ett brott. I denna uppsats lyfts ett antal, för bestraffningssystemet problematiska, konsekvenser av medling fram. De direkta följderna som behandlas är: rapporteftergift, åtalsunderlåtelse, strafflindring och påföljdsval. De två förstnämnda utgör straffrättsliga beslut som polis respektive åklagare fattar medan det är domstolen som beslutar om strafflindring och som väljer påföljd. Indirekt kan medling också påverka den juridiska prövningen av ett brott. De processrättsliga konsekvenser av medling som diskuteras i denna uppsats är: avsaknaden av en rättvis prövning, åsidosättandet av oskyldighetspresumtionen och kränkningen av rätten till tystnad. Samtliga av dessa processrättsliga följder aktualiserar ett resonemang kring den mänskliga rättigheten, såsom den stadgas i EKMR art. 6, att få en anklagelse av brott mot sig prövad på ett rättvist och rättssäkert sätt.

Den ideologi som ligger bakom medlingsinstitutet, Restorative Justice, skiljer sig från det betraktelsesätt som får anses ligga till grund för det traditionella bestraffningssystemet. Exempelvis utgör den straffrättsliga

reaktionen på en överträdelse av ett straffbud en vedergällning, medan anhängare av Restorative Justice istället förespråkar ett synsätt där gärningsmannen skall gottgöra offret för den uppkomna skadan. Det traditionella bestraffningssystemet ägnar sig således åt *retributiv rättvisa* medan medlingsinstitutet syftar till att främja *reparativ rättvisa*.

I denna uppsats visas att medlingens straffrättsliga konsekvenser kan uppfattas som svårförenliga med exempelvis likabehandlingsprincipen, önskan om ett förutsebart bestraffningssystem, devisen om rättvis proportionalitet som straffbestämningsgrund och med förbudet mot en inhuman bestraffning. Vidare tydliggörs att medling, i dess nuvarande form och i enlighet med dess aktuella reglering, riskerar att kränka rätten till en rättvis rättegång. Det påvisas också att den filosofi som ligger till grund för medlingsinstitutet är så olik det synsätt som karakteriserar det traditionella bestraffningssystemet att de bakomliggande ideologierna måste anses som oförenliga.

Förord

Så till min sista ansträngning som student i Lund – förordet till examensarbetet. Med omsorg och uppriktighet skall jag försöka uttrycka min tacksamhet till alla och envar som bidragit till denna uppsats utarbetande och till att jag slutligen kan kalla mig juris kandidat Lindgren. Så här blev det...

Ett stort tack vill jag rikta till professor Per Ole Träskman för handledning vid författandet av denna uppsats men också för inspirerande föreläsningar under utbildningens gång samt för hans uppmuntrande av kritiskt juridiskt tänkande. Linnea Wegerstad förtjänar också min tacksamhet för mycket givande diskussioner kring straffrätt och medling samt för varierande synpunkter på denna uppsats framställande. Jag vill också uttrycka ett ödmjukt tack till samtliga på avdelning 1, Göta Hovrätt, för en utmanande och rolig sommarpraktik som också tjänade som motivation för slutförandet av min utbildning.

Jag vill också ta tillfälle i akt att tacka Mamma och Pappa...för allt...och för den betryggande vetskapen om att jag kommer att finna anledning att tacka Er igen. Tack också till mina syskon och deras familjer för...detsamma.

Tack, så klart, till mina fina vänner för att vi har skrattat, gråtit och ätit frukt tillsammans under utbildningen.

Slutligen, tack Rickard – som visat beundransvärd uthållighet när jag (gång efter annan) funnit intresse i att diskutera straffrätt och som varje dag får mig att inse att delad glädje är dubbel glädje.

Jag lämnar nu studentlivet och den juridiska fakulteten i Lund efter fem och ett halvt års studier (och annat). Tiden här har förberett mig väl inför mitt livs nästa kapitel och det är nu med stor tillförsikt som jag kan betrakta den ännu oskrivna framtiden.

*Kristin Lindgren
Lund, den 28 November 2007*

Förkortningar

bet.	(Riksdagens) betänkande
BrB	Brottsbalken (Lag 1962:700)
BRÅ	Brottsförebyggande Rådet
ECHR	European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FN	Förenta Nationerna
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
LUL	Lag (1964:167) med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare
Medlingslagen	Lag (2002:445) om medling med anledning av brott
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Polislag	Polislag (1984:387)
Prop.	Regeringens proposition
RB	Rättegångsbalken (Lag 1942:740)
RF	Regeringsformen (SFS 1974:152)
RÅ	Riksåklagaren
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
UDHR	United declaration of human rights (FN's allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna)

1 Inledning

1.1 Presentation

Sedan den 1 juli 2002 kan medling mellan gärningsman och brottsoffer utgöra en samhällelig reaktion på brott, framförallt begångna av unga. Utvecklingen av medlingsinstitutet har motiverats av en vilja att bemöta unga lagöverträdare med andra medel än de som det traditionella bestraffningssystemet erbjuder och karaktäriseras således av ett tydligt brottspreventivt inslag. Förfarandet har vidare starkt influerats av internationella tongångar (Restorative Justice) och av idéer om brottoffrets upprättelse.

Idag, fem år efter införandet av lagen och endast någon månad innan förfarandet görs obligatoriskt i samtliga kommuner, kan medling dock endast med svårighet placeras in i det svenska bestraffningssystemet. Medlingsinstitutets och straffrättens skilda ändamål och ideologiska grund medför att problematiken kring medlingens roll inom straffrätten kvarstår.

Medlingsförfarandets påverkan på den rättsliga behandlingen av en kriminell handling består såväl i konsekvenser för det straffrättsliga beslutsfattandet som för domstolsprövningen. Då medlingsinstitutet på detta sätt trampar in på straff- och processrättslig mark bör det också, i min mening, rimligen överensstämma med den ideologi och de syften som ligger till grund för den svenska rättsskipningen. I denna uppsats redogör jag för medlingsinstitutets framväxt i Sverige, för de motiv och principer som ligger till grund för medlingen respektive straff- och straffprocessrätten. Jag redovisar också en konklusion om huruvida medlingsinstitutet, enligt min uppfattning, är förenligt med det traditionella svenska bestraffningssystemet.

1.2 Syfte och frågeställning

Det övergripande syftet med denna framställning är att utreda huruvida medlingsinstitutet bör betraktas som en straff- och processrättslig företeelse. Jag finner det härvid lämpligt att utreda huruvida de straff- och processrättsliga konsekvenserna av medling, med beaktande av de grundläggande principerna som utgör ramarna för traditionell rättsskipning, är godtagbara i det svenska bestraffningssystemet. Jag har vidare, i syfte att uppnå ändamålet med uppsatsen, valt att göra en ideologisk jämförelse mellan medlingsinstitutet och den traditionella straff- och processrätten.

1.3 Metod och material

Jag har vid framställandet av denna uppsats använt mig av en traditionell juridisk metod varvid jag således främst studerat källor i enlighet med rättskälleläran¹. Jag har, i huvudsak, studerat svensk lagtext, förarbeten till ändringar i Brottbalken och till Medlingslagen, rättsfall från Europadomstolen och från inhemsk domstol samt straff- och processrättslig doktrin. Medlingsinstitutet utvecklades inledningsvis under stark påverkan av internationella influenser samt utan en alltför stor statlig inverkan och kan därför inte alltid anses ha följt den traditionellt svenska lagstiftningsmodellen. Denna omständighet medför att materialet som använts för att redovisa medlingens ideologiska grund främst består av nationell och internationell doktrin och inte av lagförarbeten.

1.4 Avgränsningar

Jag har valt att avgränsa denna framställning till att avse endast det svenska medlingsförfarandet samt det svenska bestraffningssystemet. Jag inser dock att det är svårt att isolera ett rättssystem från andra och är också medveten om att särskilt medlingsförfarandet har präglats av internationella tongångar. Jag fann det, av denna anledning, omöjligt att helt bortse från internationella influenser vid redogörelsen av medlingens ideologiska grund. Uppsatsen skall emellertid förstås som att behandla endast det svenska medlingsinstitutet i förhållande till det svenska rättssystemet.

Vidare har jag begränsat uppsatsen till att fokusera på medlingens inverkan på den rättsliga behandlingen av endast unga lagöverträdare. I Medlingslagen görs inte någon sådan avgränsning. Dock framgår det tydligt ur förarbetena till lagen att det är just unga lagöverträdare som åsyftas, varför jag finner denna avgränsning vara naturlig.

För att den ideologiska jämförelsen mellan medlingsinstitutet och bestraffningssystemet skall bli meningsfull har jag vidare funnit det vara lämpligt att endast lyfta fram de straffrättsliga överväganden som görs på tillämpningsnivån/domstolsnivån. Härvid lämnar jag således överväganden som behandlar kriminaliserings- och verkställighetsnivån utanför uppsatsens ramar.

Avslutningsvis vill jag påpeka att uppsatsen är en teoretisk framställning baserad på ett teoretiskt underlag. Kunskapen är således skapad på en grund som skiljer sig från ett praktiskt betraktelsesätt av medlingsverksamheten. Frågor om medlingens eventuella brottspreventiva effekter och tänkbara positiva påverkan på brottsoffer är måhända intressanta men kommer således inte att besvaras i denna uppsats.

¹ Beträffande begreppet juridisk metod se Sandgren, Claes: Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – ämne, material, metod och argumentation. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006, s. 37-38.

1.5 Forskningsläge

Medling i Sverige är en relativt ny företeelse. Även om försöksverksamhet har pågått sedan slutet av 1990-talet har denna varit småskalig och dessutom inte föremål för någon närmare långvarig granskning. De större utredningar som gjorts har vidare varit inriktade på effekterna för gärningsman och brottsoffer av medling.² Sammanställd statistik kring medlingens påverkan på straffrättsliga beslut saknas, varför det är svårt att dra några slutsatser om vilken betydelse medlingsinstitutet idag egentligen har för straffrättsliga överväganden. Internationell forskning kring medling har pågått under en längre period och kan således, i många fall, anses säkerställd och tillförlitlig. Emellertid förefaller också denna forskning vara centrerad främst kring medlingens effekter för återfall i brott samt dess påverkan på brottsoffrets möjligheter att bearbeta händelsen, vilket alltså inte är av intresse för denna framställning. Medlingsförfarandets roll inom – och förenlighet med – det straffrättsliga systemet får således betraktas som ännu inte helt fastslagen, något som naturligtvis inte gör ämnet mindre angeläget.

1.6 Disposition

Inledningsvis görs en presentation av medlingens utveckling i Sverige samt en redogörelse för de förutsättningar som krävs för att medling skall bli aktualiserad. I samma kapitel redovisas också på vilket sätt medling kan påverka de straffrättsliga reaktionerna mot en illegal gärning. Därefter beskrivs medlingsinstitutets motiv och bakomliggande ideologi. Kapitel fyra behandlar sedan de syften och överväganden som ligger till grund för det traditionella bestraffningssystemet. Vidare omfattar kapitlet en redogörelse för de principer som får anses sätta ramarna för en rättssäker straffprocess. I kapitel fem sker den huvudsakliga analysen, varvid medlingsinstitutets roll i det straffrättsliga systemet diskuteras. Uppsatsen avslutas med ett par kommentarer kring min syn på medlingsinstitutets (o)förenlighet med det traditionella bestraffningssystemet.

² Se t.ex. BRÅ-rapport 1999:12 "Medling vid brott – gärningsmännen berättar" och BRÅ-rapport 2000:2 "Medling vid brott – brottsoffren berättar".

2 Bakgrund och utgångspunkt

Den första juli 2002 trädde Medlingslagen i kraft i Sverige. Lagen är av ramlagskaraktär och infördes som ett resultat av flera års diskussioner kring en särskild lagföring av unga lagöverträdare. Det huvudsakliga syftet med regleringen av medlingsförfarandet anfördes vara att tillgodose kraven på rättssäkerhet vid medling med anledning av brott.³ Detta kapitel avser dels att tydliggöra medlingsförfarandets utveckling inom svensk kriminalpolitik och dels att presentera de villkor som skall vara uppfyllda för att medling skall aktualiseras. Då medlingens straffrättsliga och straffprocessrättsliga följder är av synnerlig relevans för utredningen av medlingsförfarandets roll i det straffrättsliga systemet, presenteras dessa avslutningsvis i korthet.

2.1 Medlingsförfarandets utveckling i Sverige

Idén om att unga lagöverträdare snabbt skall konfronteras med konsekvenserna av sina gärningar och ges en möjlighet att gottgöra offret för uppkomna skador, motiveras av individualpreventiva skäl och konkretiserades genom införandet av nya bestämmelser i LUL redan år 1988. Bestämmelserna härom återfinns idag i 13 och 17 §§ och innebär i huvudsak att polis och åklagare, i den mån det är motiverat av gärningsmannens inställning till brottet, skall främja naturagottgörelser. Polisen gavs genom lagändringen en uttrycklig rätt att anmoda en ung lagöverträdare att vidta åtgärder för att avhjälpa eller begränsa en, av brott uppkommen, skada på egendom. Vidare gavs åklagaren möjlighet att, vid bedömningen om huruvida åtal skulle väckas eller inte, beakta den underåriges vilja att ersätta skadan. Införandet av dessa bestämmelser kan anses vara medlingsförfarandets vagna och det är således en god utgångspunkt för en redogörelse av detta slag.⁴ Dylika tankegångar fortsatte att prägla utvecklingen av en särskilt reglering för unga lagöverträdare. I Ungdomsbrottskommitténs betänkande från 1994 föreslogs att åklagaren skulle tillämpa bestämmelsen om åtalsunderlåtelse även i situationer där gärningsmannen visat sig vilja gottgöra målsäganden på andra sätt, exempelvis genom oavlönat arbete, deltagande i brottsofferkonfrontation eller om den unge bett målsäganden om ursäkt.⁵ Frågan om medling som en brottspåföljd berördes kort varefter regeringen, i det lagförslag som slutligen lades, endast konstaterade att ytterligare underlag för fortsatta överväganden beträffande medlingsförfarandet som ett permanent inslag i sanktionsreglerna var önskvärt.⁶

Under senare delen av 1990-talet påbörjades medling som försöksverksamhet på nationell nivå i Sverige. På uppdrag av regeringen

³ Prop. 2001/02:126 Medling med anledning av brott, s. 1.

⁴ Prop. 1987/88:135 Om åtgärder för unga lagöverträdare, s. 25-31.

⁵ SOU 1993:35 Reaktion mot ungdomsbrott, Del A, s. 327.

⁶ Prop. 1994/95:12 Handläggning av ungdomsmål, s 33.

fick BRÅ ansvaret för att samordna och stödja projektet i dess verksamhet och i dess kontakter med berörda myndigheter och organisationer. Vid slutet av den knappt tvååriga försöksperioden hade 32 grupper i landet genomfört 414 medlingar. Överlägset flest medlingar avsåg brottet snatteri men även medlingar med anledning av skadegörelse, stöld, misshandel, biltillgrepp, olaga hot, rån och inbrott förekom. BRÅ var positivt inställda till den medlingsverksamhet som bedrivits. Emellertid framhölls att utvecklingen lämnade en rad frågor obesvarade. Exempelvis anfördes att det var oklart vilken instans i samhället som bäst lämpade sig för att bedriva medlingsverksamhet och vidare att förtydliganden beträffande det tillvägagångssätt, enligt vilket medlingsförfarandet borde utformas, krävdes. BRÅ uttryckte också att det behövdes en ökad kunskap beträffande förutsättningarna för ett uppnående av medlingens syften.⁷

Den 16 april 1998 tillsattes, efter beslut av regeringen, en utredning i syfte att bl.a. analysera frågan om medlingen roll i rättssystemet. Drygt två senare överlämnades det färdiga betänkandet till justitiedepartementet. I utredningen anfördes att medling var att anse som en lämplig åtgärd vid ungdomsbrott och att förfarandet således, vid handläggning av mål av den karaktären, borde användas i större utsträckning. Vidare framlyftes de två centrala syftena, att gärningsmannen skall få ökad insikt om brottets konsekvenser samt att brottsoffret skall få möjlighet att bearbeta sina upplevelser av brottet.⁸ Beträffande frågan om medling som påföljd framfördes ett flertal omständigheter däremot. Offrets vilja eller ovilja att delta i en medlingsprocess skulle, i utredningen mening, få en alltför stor inverkan på påföljden. Dessutom anfördes det inkonsekventa i att tillämpa medling både som en behandlingsåtgärd för icke straffmyndiga och som en påföljd i det straffrättsliga systemet. Utredningen påtalade också att medling kunde medföra brister i förutsebarhet och tillämpningen av proportionalitet och därför kunde anses oförenligt med det traditionella straffsystemet.⁹ Utredningen ställde sig positiv till att låta medling utgöra en grund för åtalsunderlåtelse men var mer tveksam till ett införande av villkorade åtalsunderlåtelser¹⁰. Det anfördes att möjligheten till villkorad åtalsunderlåtelse, för den brottsmisstänkte, kunde innebära att han eller hon har att välja mellan att acceptera skuldpåståendet eller låta åtal väckas, vilket enligt utredningen framställdes kunna utgöra ett icke godtagbart tvångsläge¹¹. Dessutom föreslogs att medling skulle kunna utgöra en sådan omständighet som rätten i enlighet med BrB 29 kap. 5 § kan beakta vid straffmätningen, att medling skulle kunna ingå som ett moment i påföljden överlämnande till vård inom socialtjänsten enligt dåvarande¹² BrB 31 kap. 1

⁷ BRÅ ”Medling vid brott – slutrapport från en försöksverksamhet. Rapport 2000:8, s. 47-49.

⁸ SOU 2000:105, Medling vid ungdomsbrott, s. 149.

⁹ Ibid. s. 156-157.

¹⁰ Med villkorade åtalsunderlåtelser skall förstås ett system där medling görs till en förutsättning för åtalsunderlåtelser och där beslutet om åtalsunderlåtelse kan återkallas för det fallet att medling inte kommer till stånd.

¹¹ SOU 2000:105 s. 157 och 162.

¹² Nu att jämföra med BrB 32 kap. 1 §, Ungdomsvård.

§, st.1 samt att medlingsavtal skulle kunna beaktas vid överväganden om en föreskrift om oavlönat arbete i enlighet med bestämmelsens femte stycke.¹³ Polis, åklagare och socialtjänst anfördes som lämpliga initiativtagare till medling. Även domstolen ansågs, med fördel, kunna initiera medling i samband med inhämtandet av ett yttrande från socialnämnden. Slutligen kan nämnas att utredningen betonade vikten av att medlingsförfarandet sker skyndsamt men att det samtidigt inte uteslöts att medling skulle kunna äga rum också efter en rättslig process. Utredningen uteslöt inga brott från medlingsförfarandet men anförde emellertid att det beträffande de s.k. brottsofferlösa brotten och sexualbrotten inte var att anse som lämpligt att använda sig av medling.¹⁴

Betänkandet resulterade sedermera i ett lagförslag som lämnades till riksdagen den 14 mars 2002. I denna proposition anslöt sig regeringen till utredningens uppfattning beträffande medling som en lämplig åtgärd vid ungdomsbrott. Regeringen anförde att det, särskilt avseende unga lagöverträdare, fanns ett stort behov av att finna alternativ till de traditionella reaktionerna på brott och underströk att det var regeringens ambition att låta medling kunna påverka såväl beslut om åtal som om påföljdsval. En viss oro över att medlingsförfarandet inte tillgodosåg kraven på likformighet, förutsebarhet och proportionalitet uttrycktes, varefter det föreslogs att regleringen av medlingsverksamheten skulle vara av ramlagskaraktär. Denna ramlag skulle, i regeringens mening, utan att detaljreglera förfarandet kunna tillgodose de grundläggande kraven på rättssäkerhet.¹⁵ Vidare framhölls att deltagande i medling med nödvändighet skulle präglas av frivillighet och föranledas av en reell möjlighet att avstå, att parterna skulle ges möjlighet att avtala om såväl ekonomisk som annan gottgörelse samt att lagen om medling inte skulle begränsas till att omfatta endast unga lagöverträdare. Vid återfallsbrottslighet borde medling, enligt regeringen, användas med restriktivitet.¹⁶ Regeringen föreslog vidare att sekretess skulle råda vid förfarandet och att en särskild regel därom skulle införas i sekretesslagen. Regeringens lagförslag tillstyrktes av Justitiekommittén genom betänkande 2001/02:JuU26 och som tidigare nämnts trädde lagen om medling i kraft den 1 juli 2002.

Utvecklingen av det svenska medlingsinstitutet upphörde inte i och med införandet av lagen. Särskilt frågan om medlingens ställning i det straffrättsliga systemet har fortsatt att bearbetas genom lagändringar. I den större utredning om ingripande mot unga lagöverträdare som slutfördes 2004 föreslogs att redan den brottsmisstänktes vilja att delta i medling skulle beaktas som grund för åtalsunderlåtelse.¹⁷ På detta sätt ansågs frågan om åtalsunderlåtelse göras oberoende av brottsoffrets vilja, vilket var

¹³ SOU 2000:105 s. 164-16.

¹⁴ Ibid. s. 174-177.

¹⁵ Prop. 2001/02:126 s. 29.

¹⁶ Ibid. s. 36-41.

¹⁷ SOU 2004:122 Ingripanden mot unga lagöverträdare, s. 432.

eftersträvansvärt mot bakgrund av önskan om ett förutsebart bestraffningssystem. Av utredningen framgick vidare att det inte ansågs behövt att införa ett särskilt stadgande om medling som grund för straff lindring eftersom domstolen redan, i enlighet med den gällande bestämmelsen i BrB 29 kap. 5 §, hade möjlighet att beakta den omständigheten att medling har ägt rum vid straffmätningen.¹⁸ Utredningen föreslog dessutom en utvidgning av målsägandebegreppet i lagen, i syfte att ytterligare frigöra de straffrättsliga konsekvenserna från brottsoffrets bestämmande.¹⁹

I den senaste propositionen beträffande ingripanden mot unga lagöverträdare föreslog regeringen att medling skulle göras obligatoriskt för samtliga kommuner i landet. Detta förslag grundades främst på argumentet om att olikheter, i fråga om möjligheter till medling i olika kommuner, riskerade medföra att unga lagöverträdare behandlades olika beroende på var i landet de var bosatta. Denna omständighet ansågs vara oförenlig med kravet på likhet inför lagen samt principen om förutsebarhet och utgjorde således ett oacceptabelt inslag i den svenska straffrätten.²⁰ Regeringen ansåg också, liksom utredningen, att redan viljan hos den brottsmisstänkte att delta i medling skulle beaktas som grund för åtalsunderlåtelse.²¹ Vad gällde diskussionen om villkorade åtalsunderlåtelser delade regeringen utredningens bedömning om att sådana inte borde införas. Beträffande frågan om medling som påföljd hänvisade regeringen till föregående utredningar och anslöt sig till uppfattningen om att medling, med hänsyn till principerna om förutsebarhet, proportionalitet och konsekvens, inte var att anse som en lämplig påföljd. Emellertid avvisades inte möjligheten att låta medling ingå i en påföljd, främst som ett moment i överlämnandet till vård inom socialtjänsten. Regeringen föreslog vidare, i enlighet med utredningens uppfattning, att domstolarna, utan ändring av BrB 29 kap. 5 §, kunde beakta medling vid straffmätning och påföljdsval. Då medling kan påverka frågan om åtalsunderlåtelse, straffmätning och påföljdsval, framhöll regeringen att det är av stor vikt att medling sker i ett tidigt skede av rättsprocessen. Av samma anledning föreslogs att tidsfristen för beslut i åtalsfrågan i ungdomsmål skulle kunna förlängas om medling aktualiseras.²²

Förslaget om att låta den brottsmisstänktes vilja att delta i medling utgöra en möjlig grund för åtalsunderlåtelse samt det om en förlängning av tidsfristen för beslut i åtalsfrågan godtogs av riksdagen och infördes såsom ändringar i 4 respektive 17 §§ i LUL den 1 januari 2007.²³

Idag kan ungefär två tredjedelar av landets kommuner erbjuda lagöverträdare under 21 år medling. Den 1 januari 2008 träder emellertid den bestämmelse i kraft som medför att medling görs obligatoriskt för

¹⁸ Ibid. s. 431.

¹⁹ SOU 2004:122 s. 435.

²⁰ Prop. 2005/06:165 Ingripanden mot unga lagöverträdare, s. 105-106.

²¹ Ibid. s. 107-108.

²² Ibid. s. 108-110.

²³ Se Justitiekontorets bet. 2005/06:JuU34 Ingripanden mot unga lagöverträdare.

samtliga kommuner. Medlingsverksamheten i olika kommuner ser mycket olika ut och många kommuner handlägger fortfarande endast ett fåtal ärenden.²⁴

2.2 Förutsättningar för medling

Förutsättningarna för medling stadgas i Medlingslagens 5 § och innebär, i huvudsak, att tre kriterier skall vara uppfyllda. Medlingen skall vara frivillig för båda parter, det brott som medlingen avser skall vara polisanmält och gärningsmannen skall ha erkänt gärningen eller delaktighet i den. En tillämpning av medlingsförfarandet begränsas inte till vissa brott eller vissa gärningsmän. Emellertid får medling endast ske om det framstår som lämpligt, vilket synes medföra att vissa brottkategorier i praktiken utesluts. I fall då gärningsmannen är under tolv år krävs synnerliga skäl för ett genomförande av ett medlingsförfarande.

Kravet på frivillighet motiveras främst av svårigheterna att uppnå de föreskrivna syftena med medling om den genomförs med tvång och innebär att såväl gärningsmannen som brottsoffret skall uppleva en reell möjlighet att avstå från att delta. Med ”reell” möjlighet att avstå menas att parterna inte skall utsättas för påtryckningar eller på annat sätt skall känna sig tvingade att delta i medlingsförfarandet.²⁵

Kriterierna om att brottet skall vara polisanmält och att gärningsmannen skall ha erkänt gärningen har införts främst med anledning av att samtalet mellan gärningsman och brottsoffer riskerar att förlora sitt syfte om gärningsmannen inte medger att han gjort sig skyldig till brottet. I förarbeten²⁶ uttrycks att det är särskilt viktigt att skuldfrågan är utredd vid medlingsmötet. Detta skall dock inte förstås som att skuldfrågan på traditionellt sätt fastställts av en domstol utan endast att frågan om skuld är så pass klargjord att den inte blir föremål för diskussioner vid medlingen.²⁷ Vilket beviskrav som skall gälla i detta stadium av rättsprocessen framgår inte av förarbetena. Det uttrycks dock att bevisfrågan skall vara ”klarlagd”.²⁸

Genomförandet av ett medlingsförfarande förutsätter vidare, med hänsyn till det aktuella brottet och de inblandade parterna, att det är lämpligt att medla. Detta lämplighetskrav kan medföra att sexualbrott, våldsbrott inom relationer och s.k. brottsofferlösa brott, exempelvis narkotikabrott, undantas medlingsförfarandet. Medling vid återfallsbrottslighet bedöms vara lämpligt

²⁴ Statistik och fakta kring medlingens uppbyggnad av den 2007-05-08, Seminarium från Medlingens dag: ”Hur ser medlingen ut och vad behövs för en fungerande verksamhet?” BRÅ:s hemsida den 2 oktober 2007 kl. 11.53.

²⁵ Prop. 2001/02:126 s. 36 och 55.

²⁶ Se framförallt SOU 2000:105 och prop. 2001/02:126.

²⁷ Prop. 2001/02:126 s. 55

²⁸ RÅ 1996:6 Åklagarväsendets rapport: Medlingsverksamhet för unga lagöverträdare. En kartläggning av projekt. Ett förslag till modell. s. 40.

endast i de fall då medlingen tros kunna ha positiva effekter för gärningsmannen, vilket anförs vara fallet endast undantagsvis.²⁹

Enligt Medlingslagens 6 § skall medlingsförfarandet genomföras skyndsamt. Förfarandet kan emellertid aktualiseras under rättsprocessens alla stadier. Ett medlingsmöte kan således äga rum såväl under som efter förundersökningen och vidare såväl innan som efter en huvudförhandling i målet. I lagens förarbeten står att utläsa att medling i många fall kan ses som ett komplement till en ordinarie rättsprocess medan medling som äger rum efter en huvudförhandling kan betraktas som en behandlings- eller rehabiliteringsåtgärd³⁰.

2.3 Straffrättsliga konsekvenser av medling

Medlingsförfarandet är inte helt oproblematiskt. Att medling har ägt rum kan, på olika stadier av rättsprocessen, ge upphov till ett flertal straffrättsliga konsekvenser. Nedan följer en redogörelse för fyra centrala straffrättsliga följder av medling: rapporteftergift, åtalsunderlåtelse, straffflintring och påföljdsval. Följderna kommer att diskuteras mer utförligt i kapitel fem, varför de endast berörs i korthet här.

Om polisen rapporteringsskyldighet stadgas i 9 § Polislagen. Enligt bestämmelsens andra stycke får polisen underlåta att rapportera (rapporteftergift) om brottet, med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet, är obetydligt och det är uppenbart att brottet inte skulle leda till annan påföljd än böter. Vid ungdomsbrottslighet skall den unges vilja att ställa till rätta vägas in i polisens bedömning om huruvida rapporteftergift bör meddelas.³¹ Den unges vilja att delta i medling kan således medföra att polisens rapporteringsskyldighet inte behöver efterföljas.

Åklagaren är, som huvudregel, skyldig att åtala för brott som faller under allmänt åtal. Möjligheten att underlåta att väcka åtal återfinns, i den mån det är relevant för denna framställning, i 16 och 17 §§ LUL. 16 § stadgar, i den utsträckning det är av betydelse här, följande:

”Om någon har begått ett brott innan han har fyllt arton år, får åklagaren besluta att underlåta åtal enligt 17 § (åtalsunderlåtelse)”

Enligt 17 §, st. 3 skall åklagaren, vid prövningen av huruvida åtalsunderlåtelse skall lämnas, särskilt beakta den unges vilja att gottgöra målsäganden. Förutom möjligheterna att genom ekonomisk kompensation eller genom arbete ersätta målsäganden för den skada som uppkommit, utgör den unges vilja att delta i medling numera en grund för

²⁹ Prop. 2001/02:126 s. 40-41 och 55.

³⁰ Ibid. s. 43-44.

³¹ Prop. 1987/88:135 s. 26-29.

åtalsunderlåtelse.³² Möjligheten till åtalsunderlåtelse mot bakgrund av viljan att delta i medling synes motiverad av en önskan om att lägga ökad vikt vid att den unge lagöverträdaren uppmuntras att ta ansvar för sina konsekvenser och göra rätt för sig.³³

Domstolen har möjlighet att beakta den omständigheten att gärningsmannen har deltagit i medling dels vid straffmätningen och dels vid valet av påföljd. Straffet kan, enligt BrB 29 kap. 5 §, mätas ned om det framgår att gärningsmannen har försökt gottgöra skadliga verkningar av brottet och samma omständighet kan utgöra grund för att, enligt BrB 30 kap. 4 §, döma till annan påföljd än fängelse. Medling har tolkats kunna utgöra ett sådant försök till gottgörelse som lagrummen avser, varför medling kan påverka valet av påföljd enligt såväl 29 kap. 5 § som 30 kap. 4 §. Vidare är det möjligt för rätten att, i enlighet med 32 kap. 1 § BrB, vid utdömandet av påföljden ungdomsvård, låta föreskriva att den unge skall delta i ett medlingsmöte, dock endast i den mån påföljden kan anses vara tillräckligt ingripande.³⁴

³² Prop. 2005/06:165 s. 108.

³³ Prop. 1987/88:135 s. 29-30 och prop. 1994/95:12 s. 78.

³⁴ Prop. 2005/06:165 s. 110

3 Medlingsinstitutets syften och grundläggande principer

Med medling i brottmål menas, inom svensk rätt, att en gärningsman och en målsägande möts inför en medlare för att tala om brottet och följderna av detta. Brottsförebyggande rådet har, i en rapport från 2005, uttryckt att medling grundar sig på en filosofi där de inblandade parterna står i centrum och får komma till tals med varandra samt att gärningsmannen får möjlighet att gottgöra offret.³⁵ Det svenska medlingsförfarandet är präglad av internationella influenser och tar sin utgångspunkt främst i idén om Restorative Justice – på svenska *reparativ rättvisa*.³⁶ Detta begrepp har i sin tur tolkats på många olika sätt, varför en enhetlig beskrivning av medlingens ideologiska grund är svår att framställa. Då detta kapitel syftar till att tydliggöra de tankegångar som utformat det svenska medlingsförfarandet, finner jag det lämpligt att ändå försöka beskriva principerna bakom teorin om Restorative Justice. Inledningsvis presenteras dock medlingens huvudsakliga syften.

3.1 Medlingens syften

Det övergripande syftet med införandet av medling var att skapa en möjlighet för andra reaktioner mot unga lagöverträdare än de som traditionellt erbjudits.³⁷ Förfarandets primära motiv står att finna i 3 § Medlingslagen, vilken stadgar:

”Medling skall ske i bägge parternas intresse. Målet skall vara att minska de negativa följderna av brottet.

Medlingen skall syfta till att gärningsmannen får ökad insikt om brottets konsekvenser och att målsäganden ges möjlighet att bearbeta sina upplevelser.”

I det följande beskrivs lagstiftarens överväganden bakom Medlingslagens två huvudsakliga syften.

3.1.1 Gärningsmannens insikt

Medling anförs alltså utgöra en möjlighet för gärningsmannen att direkt konfronteras med den skada som uppkommit med anledning av brottet. Förhoppningen är att denna konfrontation skall medföra att den unge blir medveten om, och får förståelse för, brottets och brottslighetens

³⁵ BRÅ 2005:14 ”Medling vid brott i Sverige på 2000-talet”, s. 15.

³⁶ Prop. 2001/02:126 s. 10.

³⁷ Ibid. s. 29.

konsekvenser för den som drabbas.³⁸ Särskilt möjligheten att aktivt ta ansvar för sina handlingar och ställa till rätta efter brott framhålls kunna öka gärningsmannens insikt om följderna av brottet.³⁹ Den omedelbara reaktionen och den tidiga åtgärden som medlingen innebär i den unges liv anses motiverad av ändamålet att förhindra ett inträde i en kriminell karriär och anses utgöra en möjlighet att ”stämna i bäcken”.⁴⁰ Medling framhålls på detta sätt kunna utgöra ett led i rehabiliteringen av unga lagöverträdare och förhoppningen om att gärningsmän som deltagit i medling skall vara mindre återfallsbenägna är tydlig.⁴¹ Förfarandet har således ett individualpreventivt syfte såtillvida att det strävar efter att på ett tidigt stadium förhindra fortsatt kriminalitet.⁴²

3.1.2 Målsägandens möjlighet att bearbeta händelsen

Offret har vid medlingsmötet en möjlighet att framställa önskemål om ekonomisk kompensation, en ursäkt eller annan gottgörelse, vilket anses bidra till att offret återfår en känsla av kontroll över händelseförloppet. Till skillnad från en traditionell rättsprocess, där offret riskerar att inta en passiv och perifer roll bakom åklagaren, anføres medling således utgöra en möjlighet för den som blivit utsatt för brott att få komma till tals och ett lämpligt sätt på vilket balansen mellan offret och gärningsmannen kan återställas.⁴³ Den dialog mellan offer och gärningsman som medlingen innebär framhålls vidare skapa gynnsamma förutsättningar för offret att få reda på vad som hänt och varför.⁴⁴ Medling beskrivs, främst av ovan skäl, som ett forum där stor hänsyn tas till offrets situation och där offret upplever stöd från samhället. Dessa omständigheter anses främja medlingens andra syfte, att underlätta för offret att bearbeta de negativa upplevelserna av brottet.⁴⁵

3.2 Medlingsinstitutets ideologiska grund – Restorative Justice

Restorative Justice bygger på en grundtanke om att den som har begått ett brott mot någon annan skall återställa skadan – materiellt och känslomässigt. Återställandet skall ske på ett sätt där samtliga involverade blir respekterade och hörda. Den amerikanske medlingsförespråkaren Howard Zehr menar att processen skall innehålla moment som fokuserar på den skada som orsakats offret och på de behov som uppstått med anledning

³⁸ RÅ 1996:6, s. 5.

³⁹ Ibid. s. 9.

⁴⁰ BRÅ 2000:8 s. 25.

⁴¹ Prop. 2001/02:126 s. 12.

⁴² RÅ 1996:6 s. 32.

⁴³ Nehlin, Christina, Lindström, Peter och Svanberg, Karin: Medling vid brott – om mötet mellan unga gärningsmän och brottsoffer, Kommentus Förlag, Södertälje 1998, s. 15-17.

⁴⁴ BRÅ 2000:8 s. 26.

⁴⁵ RÅ 1996:6, s. 9.

av brottet. Vidare skall gärningsmannens förpliktelse att ställa situationen till rätta uppmärksammas. Centralt för processen är att de inblandade parterna, gärningsmannen och offret, skall involveras och aktivt delta för att nå en gemensam lösning på konflikten.⁴⁶ Huvuddragen i teorin kan beskrivas med orden helande, moraliskt ansvar, respekt, samtal, förlåtelse och ställa till rätta (min översättning).⁴⁷ Då uppfattningarna om vad Restorative Justice innebär skiljer sig åt, är det svårt att hitta någon egentlig definition. Zehr har emellertid låtit definiera begreppet på följande sätt:

*”Restorative justice is a process to involve, to the extent possible, those who have a stake in a specific offence and to collectively identify and address harms, needs and obligations, in order to heal and put things as right as possible.”*⁴⁸

Den norske kriminologiprofessorn Nils Christie har också i stor utsträckning bidragit till utformandet av ideologin om Restorative Justice.⁴⁹ Han betraktar brott som en konflikt mellan offer och gärningsman och menar att dessa två parter äger konflikten. Den aktuella konflikten är således, enligt detta synsätt, en egendom. Konflikter är vidare, enligt Christie, i viss mån ett nyttigt inslag i samhället och parternas deltagande är något som bör främjas.⁵⁰ Christie beskriver rättegången som en process där särskilt offret har förlorat sin rätt att delta i konflikten. Genom det polisiära och rättsliga förfarandet förflyttas partsförhållandet från relationen offer - gärningsman till att handla om en konflikt mellan staten och gärningsmannen. Detta förfarande framställs vara särskilt ogynnsamt för offret, som inte bara får lida, materiellt, fysiskt och/eller känslomässigt, av brottets konsekvenser utan därefter även blir fråntagen sin rätt att delta i sin egen konflikt. Det är staten, genom åklagaren, som för offrets talan i rätten och som syns i media. För staten är detta mål endast ett i raden av alla lagöverträdelser, för offret är det emellertid den missgärning som han eller hon har blivit personligen utsatt för. Denna omständighet kan, enligt Christie, medföra att offret upplever åklagaren som oengagerad och konflikten som negligerad.⁵¹ Han menar att offret istället bör tillåtas att aktivt delta i lösningen av konflikten. Detta kan ske genom ett samtal mellan offer och gärningsman om hur offret bäst kan kompenseras för sin förlust. En sådan diskussion skulle således centreras kring den skada som offret lidit och leda fram till frågan om hur gärningsmannen kan återställa situationen till de förhållanden som rådde innan brottet begicks. På detta sätt löser parterna själva sin egen konflikt.⁵²

⁴⁶ Zehr, Howard: The little book of Restorative Justice, Good books 2002, s. 33.

⁴⁷ Braithwaite, John: Restorative Justice and Responsive Regulation, Oxford University Press, New York 2002, s. 11.

⁴⁸ Zehr 2002, s. 37.

⁴⁹ Christie omnämns i vissa sammanhang som ”medlingens ideologiske fader”. Se exempelvis Rytterbro, Lise-Lotte: Medling – möten med möjligheter. En analys av en nygammal reaktion på brott, Akademitryck, Edsbruk 2002, s. 82.

⁵⁰ Christie, Nils: Conflict as property, s. 1 och 7 i British Journal of Criminology, vol. 17, 1977, The Eastern Press Ltd, London 1977.

⁵¹ Ibid. s. 7-8.

⁵² Ibid. s. 9.

Teorin om Restorative Justice synes sprungen ur ett antal olika filosofiska grunder. Ibland talas det om Restorative Justice som ett paraplybegrepp under vilket många olika idéer har samlats. Det kan exempelvis urskiljas ett tydligt inslag av communitarianism, i det avseendet att det lokala samhället involveras i problemlösningen (förebyggandet och bekämpandet av brott) i stor utsträckning. Den vänsterorienterade ideologiska hållningen "left realism" har också influerat utvecklingen av begreppet Restorative Justice. Anhängare av left realism argumenterar för att samhället bör vara solidariskt med bostadsmiljöer, lokalsamhällen och vanliga människor som vill skydda sig mot övergrepp och inte med gärningsmännen för brott. Denna ideologi förespråkar också att straffet främst skall syfta till att påvisa att gärningen är otillåten och inte motiveras av viljan att försöka behandla eller hjälpa gärningsmannen.⁵³ Denna hållning stämmer vidare väl överens med det viktologiska synsättet, enligt vilket förfarandet syftar till att tillgodose de behov som ett offer för ett brott har. Behoven består såväl i materiell kompensation som i ett återställande av det relativa maktförhållandet mellan gärningsmannen och offret. Ett offer för brott framställs ofta vara i behov av att bearbeta situationen för att kunna lämna känslor av ilska, skuld, maktlöshet, oro och rädsla bakom sig. En möjlighet att samtala med gärningsmannen om händelsen anses kunna främja dessa behov.⁵⁴ Kanske något motsägelsefullt anses Restorative Justice också vila på idéer om att minskad kriminalitet uppnås genom att minska det lidande som orsakas av kontroll och bestraffning (Peacemaking Criminology). Restorative Justice kan vidare anses influerat av abolitionismens tankegångar och av vad som brukar kallas för "informal justice". Det motstånd som den amerikanska "Civil rights movement" visade mot det traditionella strukturellt rasistiska rättssystemet kan också uppfattas som ett uttryckt stöd för Restorative Justice. Även kvinnorörelsen anses ha förespråkat användningen av Restorative Justice genom sina protester mot kvinnovåldet och behandlingen av offret i den rättsliga processen. Traditionellt kristna värderingar framhålls också präglade teorin om Restorative Justice.⁵⁵ Teorin om Restorative Justice kan således locka anhängare av olika bestraffningsideologier. Såväl förespråkare för ett mildare straffsystem som företrädare för offerrörelser, vilka normalt inte är överens om vilken reaktion som bör följa på ett brott, kan attraheras av den lösning som läran om Restorative Justice representerar. Företrädare för offerrörelser främst därför att förfarandet innebär ett återställande av den maktobalans som skapats genom brottet och förespråkare för ett mildare straffsystem av den anledningen att Restorative Justice uppfattas kunna, i större utsträckning än det traditionella straffrättsliga systemet, ta hänsyn till individualpreventiva överväganden.⁵⁶

⁵³ Rytterbro, s. 62-63

⁵⁴ Johnstone, Gerry: Restorative Justice – ideas, values, debates, Willan Publishing, Cullompton, Devon 2002, s. 65-66.

⁵⁵ Rytterbro, s. 64-66.

⁵⁶ Braithwaite, s. 10.

Restorative Justice kan vidare, med fördel, beskrivas i termer om vad det inte är och som något som står i motsats till något annat – framförallt i motsats till den traditionella reaktionen på brott.⁵⁷ Nedan följer därför en uppställning av det motsatsförhållande som råder mellan en straffrättslig process och en som sker i enlighet med teorin om Restorative Justice.⁵⁸

<u>Bestraffningssystemet</u>	<u>Restorative Justice</u>
Brottet består i en kränkning av en viss bestämmelse i lagen.	Brottet består i en kränkning av en annan människa.
Staten är den tilltalades motpart. Konflikt mellan den tilltalade och staten.	Offret är gärningsmannens motpart. Konflikt mellan gärningsmannen och offret.
Kränkningen medför skuld – skulden medför ett straff.	Kränkningen medför ett ansvar – ansvaret medför en förpliktelse.
Bestraffning sker för att verkställa hotet om straff (kriminaliseringen).	Förpliktelsen motiveras av att gärningsmannen skall ställa till rätta, reparera skadan.
Processen fokuserar på den begångna handlingen.	Förfarandet fokuserar på konsekvenserna av den begångna handlingen.
Det huvudsakliga målet är att fastställa skuld och bestraffa.	Målet är att få gärningsmannen att inse effekten av sitt handlande, att vilja reparera skadan och att gottgöra offret.
Offret är passivt.	Offret (och gärningsmannen) är aktiva.

3.3 Sammanfattning – medlingsinstitutets syften

⁵⁷ Rytterbro, s. 284.

⁵⁸ Uppställningen är min egen men den tar sin utgångspunkt i Zehr, 2002 och Zehr, Howard: Changing lenses – a new focus for crime and justice, Herald Press, Scottsdale, Pennsylvania, 1995, s. 202 och 211-214.

och grundläggande principer

Med medling avses ett möte och ett samtal mellan brottsoffer och gärningsman. Diskussionen skall fokusera på den skada som uppkommit med anledning av brottet och de konsekvenser som gärningen fått för offret. Förfarandet motiveras av framförallt två omständigheter: gärningsmannens ökade insikt i konsekvenserna av brottet och brottsoffrets möjligheter att bearbeta händelsen. Den förstnämnda karaktäriseras tydligt av ett individualpreventivt ändamål, nämligen förhoppningen om att den unge inte skall återfalla i brott.

Det svenska medlingsinstitutet tar sin utgångspunkt i teorin om den reparativa rättvisan – Restorative Justice. Denna teori innebär i korthet att syftet med den samhällsliga reaktionen skall vara att återställa den skada som uppkommit med anledning av brottet. Inom Restorative Justice fokuseras det på skadan och på hur skadan kan gottgöras, istället för på lagöverträdelsen och på straffet. Christie menade redan år 1977 att ett brott konstituerar en konflikt mellan gärningsman och brottsoffer och att dessa båda parter är de rättmätiga ägarna till konflikten. Han argumenterade, med utgångspunkt i detta synsätt, för en modell där offret involveras att aktivt och tillsammans med gärningsmannen lösa konflikten. Bakom teorin om Restorative Justice återfinns också många andra filosofier med, till synes, olika motiv. Denna omständighet kan förklara varför teorin kan locka anhängare av olika bestraffningsideologier och politiska riktningar. Centralt för samtliga av dessa synsätt är emellertid att möten mellan gärningsman och offer anses kunna ha positiva effekter för endera eller båda parterna eller för samhället i stort.

Den reparativa rättvisan beskrivs ofta i motsatsförhållande till den traditionella straffrätten. Härvid understryks särskilt skillnaderna i synen på gärningen, på parterna i processen och på ansvaret för gärningen samt sättet på vilket reaktionen på brottet betraktas.

Jag övergår nu till att beskriva de syften och den ideologi som får anses ligga till grund för bestraffningssystemet.

4 Bestraffningssystemets och straffprocessens syften och grundläggande principer

Ett straffsystems huvudsakliga uppgift är att motverka förekomsten av oönskade gärningar. Detta syfte antas, inom straffrätten, bäst kunna uppnås genom att belägga dessa gärningar med ett hot om straff (kriminaliseringsnivå). Domstolen har sedan att verkställa straffhotet för de fallen då en överträdelse av ett straffbud sker (domstolsnivå). Därefter skall det utdömda straffet realiseras (exekutionsnivå). Vardera av dessa nivåer har således olika primära syften. För att jämförelsen mellan medlingsinstitutets och straffsystemets ideologiska grunder skall bli meningsfull kommer jag emellertid endast att fokusera på de syften och grundläggande principer som ligger bakom utdömandet av straff – alltså de motiv som aktualiseras på domstolsnivån.

I detta fjärde kapitel beskrivs inledningsvis de syften och principer som, i större eller mindre utsträckning, ligger till grund för det svenska bestraffningssystemet. Därefter återges de grundläggande kraven på en rättssäker straffprocess som EKMR uppställer.

4.1 Bestraffningssystemets syften och grundläggande principer

Nedan beskrivs de motiv och ideologier som får anses ha utformat det nutida svenska bestraffningssystemet. Ideologierna har haft varierande betydelse över tiden och som kapitlet kommer att utvisa är framförallt principerna om humanitet och relativ proportionalitet centrala för frågan om utdömande av straff idag.

4.1.1 Brottsprevention

Straffbestämning skulle tidigare, i enlighet med dåvarande stadgande i BrB 1 kap. 7 § ske ”med iakttagande av vad som krävdes för att upprätthålla allmän laglydnad” och domstolen skulle dessutom ”fästa särskilt avseende vid att påföljden skulle vara ägnad att främja den dömdes anpassning i samhället”. Denna regel syftade således till att låta möjligheten för brottspreventiva åtgärder styra straffbestämningen. Med brottspreventiva åtgärder menas, som ordet antyder, åtgärder som syftar till att förebygga uppkomsten av brottsliga gärningar. I doktrinen skiljer man på två olika typer av brottsprevention – allmänprevention och individualprevention. Allmänpreventionen har till syfte att, genom att kriminalisera och lagföra vissa gärningar och personer, förhindra att övriga människor begår sådana

gärningar.⁵⁹ Individualpreventionen tar istället sikte på den enskilde brottslingen och intresset av att avhålla denne från fortsatt brottslighet.⁶⁰ I det kommande avsnittet diskuteras båda begreppen.

4.1.1.1 Allmänprevention

Lagstiftaren har, i alla tider, genom att kriminalisera ett visst handlande, försökt att begränsa förekomsten av oönskade gärningar. Allmänprevention är på detta sätt ouplösligt förbunden med varje allvarligt menad kriminalisering⁶¹. Genom att hota med ett straff och därefter låta verkställa hotet mot dem som inte respekterar lagen, är förhoppningen att avskräcka andra människor från att begå sådana illegala handlingar. Straffbeläggandet av en viss gärning innebär vidare att denna gärning utpekas som förkastlig, vilket anses kunna påverka den allmänna moraluppfattningen hos människor. Denna s.k. positiva allmänprevention har till syfte att få människor att, på moraliska grunder, ta avstånd från den aktuella handlingen.⁶² Vilken betydelse har då det allmänpreventiva syftet på domstolsnivån? I vilken mån skall domaren, i det enskilda fallet, beakta den styrande maktens vilja att påverka allmänheten till en lagenlig livsföring? Svaret har varierat över tid.

Under 1970-talet utsattes beaktandet av det allmänpreventiva syftet på domstolsnivå för hård kritik. Bland annat ifrågasattes om den allmänna brottspreventiva verkan överhuvudtaget var så omfattande som man tidigare trott, vilket innebar att domstolens möjligheter att förutse vilka preventiva effekter en viss dom skulle få uppfattades som ytterst begränsade.⁶³ Argument som baserades på ett rättvisetänkande var också vanligt förekommande i debatten och det framfördes bl.a. att avvikelser från sedvanlig påföljdsbestämning, motiverade av allmänpreventiva skäl, var oförenliga med principen om likhet inför lagen.⁶⁴ Upprätthållandet av det allmänpreventiva syftet som den primära grunden för straff ansågs vidare medföra ett system som baserades på stränghet och på ett vedergällningstänkande, något som vid denna tidpunkt framstod som inhumant och omodernt. Framförallt framställdes invändningen att ett alltför stort hänsynstagande till det allmänpreventiva syftet riskerade att straffa en människa, inte för hennes egen skull utan för andras. Ett system som domineras av intresset för allmänprevention straffar ju primärt en person i syfte att statuera ett exempel, för allmänheten, om vilka negativa konsekvenser som följer av ett brott. Denna omständighet kunde naturligtvis inte anses etiskt godtagbar.⁶⁵ De allmänpreventiva motiven framhölls vidare

⁵⁹ Se t.ex. Jareborg, Nils och Zila, Josef: Straffrättens påföljdslära, Andra upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2007, s. 73.

⁶⁰ Ibid. s. 82.

⁶¹ Jareborg, Nils: Straffrättsideologiska fragment, Iustus Förlag AB, Uppsala 1992, s. 138.

⁶² Jareborg/Zila, s. 74.

⁶³ BRÅ Rapport 1977:7 "Nytt straffsystem – idéer och förslag" s. 170 och Prop. 1987/88:120 Om ändring i brottsbalken m.m. s. 35.

⁶⁴ Prop. 1987/88:120 s. 33.

⁶⁵ BRÅ Rapport 1977:7 s. 170-173.

ge domstolarna en alltför svag vägledning vid straffbestämning, varför önskemål om en mer konkret grund som skulle medföra en ökad förutsebarhet i systemet framfördes.⁶⁶

Den omfattande kritiken mot iakttagandet av allmänpreventiva skäl på domstolsnivå medförde, under slutet av 1980-talet, att dess avgörande betydelse för straffbestämningen togs bort till förmån för andra grunder, vilka jag återkommer till senare i detta kapitel (se nedan 4.1.2).

Slutligen vill jag påpeka att det faktum att domstolen utdömer straff onekligen medför ett budskap till allmänheten om att lagstiftarens hot om straff inte är tomt, vilket kan anföras ge en viss allmän preventiv verkan. Den samlade mängden domar kan således påverka den allmänna brottspreventionen. Emellertid framhålls, i doktrinen, att domstolens utdömande av straff i det enskilda fallet saknar varje form av allmänpreventivt intresse.⁶⁷

4.1.1.2 Individualprevention

Ett straff som tillgodoser det individualpreventiva syftet utgörs av en sådan reaktion på en lagöverträdelse, vilken resulterar i att brottslingen inte återfaller i brott. Huruvida straffet, ur denna synvinkel, är att anse som effektivt beror alltså av huruvida den kriminelle i framtiden begår nya brott eller inte. Dödstraff skulle, i enlighet med detta resonemang, utgöra en utmärkt individualpreventiv påföljd. Även en tidsmässigt lång inkapacitering eller kastrering är effektiva individualpreventiva åtgärder. Dessa åtgärder utgör exempel på hur den styrande makten skulle kunna *oskadliggöra* brottslingen. Individualprevention kan också ske genom att en person *avskräcks* från att begå nya brott. I dessa fall kan reaktionen på brottet bestå i ett kännbart bötes- eller fängelsestraff, vilket får individen att förstå att hotet om straff är verkligt och att eventuell fortsatt brottslighet är förenad med negativa konsekvenser. Denna typ av individualprevention är främst avsedd för personer som endast tillfälligt begått brott och som inte är i behov av någon annan åtgärd. För personer som ständigt återfaller i brott anses emellertid *behandling* bäst tillgodose det individualpreventiva syftet. Idén om individualprevention genom behandling bygger på tanken om att människan i grunden är laglydig och att hennes brottslighet beror på en felaktig utveckling, vilken tros kunna ändras genom en individuellt anpassad behandling.⁶⁸

Individualpreventiva överväganden har betydelse främst på exekutionsnivån. Exempelvis kan individualprevention motivera att en person kan få möjligheten att avtjäna sitt frihetsberövande straff inte på anstalt utan i hemmet med en s.k. elektronisk fotboja. Den relevanta frågan

⁶⁶ Prop. 1987/88:120 s. 35.

⁶⁷ Se t.ex. Jareborg, 1992 s. 138.

⁶⁸ Se Bentham´s tre individualpreventiva reaktioner mot brott i Jareborg/Zila, s. 82-87.

för denna framställning är dock, återigen, vilket utrymme detta syfte ges vid straffbestämningen – alltså på domstolsnivån.

Det svenska straffsystemet präglades under första halvan av 1900-talet framförallt av idén om behandling i brottspreventivt syfte. Dessa tankar mötte dock, liksom de allmänpreventiva övervägandena, på motstånd under slutet av 1970-talet och är idag inte längre lika centrala för straffbestämningen. Den kritik som framfördes bestod främst i att behandlingstanken, precis som idén om allmänprevention, ansågs medföra brister i rättssäkerhet. Valet av straff framhölls, i ett system som domineras av ett individualpreventivt synsätt, riskera att styras av hur stor fara den enskilde personen utgör för samhället och av hur stort behov denne har av behandling och inte av den begångna gärningens klandervärde. Med detta synsätt reagerar samhället mot en person, inte på grundval av vad han eller hon har gjort, utan för vad han eller hon kan antas komma att göra i framtiden. De straffrättsliga konsekvenserna av likadana brott kunde således bli mycket olika, vilket framhölls kunna medföra en icke godtagbar oförutsebarhet i systemet. Det sagda ansågs vidare innebära att människor med sämre sociala och ekonomiska förutsättningar betraktas vara i ett större behov av behandling och således drabbas av mer ingripande påföljder, vilket kritiserades ur rättvisesynpunkt.⁶⁹ Omöjligheten för domstolen att göra en säker prognos om personens framtida laglydnad och svårigheterna att fastställa den preventiva verkan av en viss behandlingsmetod anfördes också som argument mot att låta straffbestämningen ske utifrån individualpreventiva grunder.⁷⁰ Vidare framhölls att behandlingsideologin felaktigt fokuserar på brister i individens egen utveckling istället för på samhällsförhållanden i övrigt. Idén om möjligheten att ”behandla bort” kriminalitet ansågs på detta sätt bidra till en inkorrekt uppfattning om kriminalitetens orsaker. Synsättet ansågs också medföra att gärningsmannens agerande ursäktades med hänvisning till omständigheter som personen själv inte kunde råda över, något som inte ansågs överensstämma med önskan om att människan skall ta ansvar för sina handlingar⁷¹

Ovan kritik mot det individualpreventiva syftet medförde att sådana överväganden, efter påföljdsbestämningsreformen på slutet av 1980-talet, inte längre användes som självständig grund vid straffbestämning.⁷² Idag påverkar därför individualpreventionen inte den brottsliga gärningens straffvärde. Emellertid kan sådana beaktande ske vid val mellan två nästintill lika ingripande påföljder, exempelvis vid valet mellan skyddstillsyn och villkorlig dom.⁷³

⁶⁹ BRÅ Rapport 1977:7, s. 175-179.

⁷⁰ Prop. 1987/88:120 s. 37.

⁷¹ BRÅ Rapport 1977:7, s. 182-183.

⁷² Prop. 1987/88:120, s. 37.

⁷³ Se NJA 2000 s. 314.

4.1.2 Den nyklassiska straffrättsideologin

Kritiken mot preventionsideologierna medförde på slutet av 1970-talet att en ny gammal syn på straffrätten växte fram. Detta, det nyklassiska⁷⁴ synsättet, innebär att straffet skall utgöra en negativ reaktion på en lagöverträdelse och att det i grunden är repressivt. Modellen präglas av ett synsätt där en viss gärning förtjänar ett visst mått av vedergällning och kan således anses utgöra en förtjänstteori. Vedergällningen skall vidare spegla samhällets moraliska syn på gärningens förkastlighet, varför gärningens klandervärdhet skall bestämmas utifrån hur farlig eller grov den är och fastställas på ett demokratiskt sätt. En tillämpning av den nyklassiska ideologin innebär, till skillnad från ideologin om individualprevention och behandlingstanken, således en förskjutning av straffets fokus från gärningsmannen till gärningen.⁷⁵ Straffrätten skall vidare, enligt denna ideologi, inte vara ett medel för social selektion utan främja legalitet och rättvisa. Centralt för den nyklassiska straffrätten är att den strävar efter humanisering, demokratisering och socialt rättfärdigande av straffrättssystemet. Det nyklassiska straffrättssystemet motiveras av en tillämpning av proportionalitetsprincipen på samtliga nivåer – kriminaliseringsnivån, domstolsnivån och exekutionsnivån.⁷⁶ Proportionalitetsprincipen, d.v.s. att bestraffningen skall stå i rimlig proportion till brottets svårhet är av sådan väsentlig betydelse för det nyklassiska synsättet att den föranleder ett särskilt avsnitt i denna framställning. Nedan följer därför en redogörelse för proportionalitetsprincipen som straffbestämningsgrund.

4.1.2.1 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen innebär, straffrättsligt, att vedergällningen/bestrafningen skall stå i rättvis proportion till brottets svårhet. Devisen om rättvis proportionalitet som huvudsaklig straffbestämningsgrund kan, som ovan nämnts, anses utgöra en produkt av den kriminalpolitiska debatt som fördes med början på slutet på 1970-talet. Principen fick sitt genomslag i och med införandet av BrB kap. 29 och 30 år 1989. Denna lagändring innebar en tydlig förändring av den ideologiska grund på vilken bestraffningssystemet vilar. Med denna reform upphörde de brottspreventiva övervägandena vid straffbestämning till förmån för ett nyklassiskt synsätt där vedergällningen skall fastställas så att den står i rättvis proportion till brottets grovhet.⁷⁷

⁷⁴ Terminologin ("nyklassisk" straffrätt) är omdiskuterad. Jag har valt att, för enkelhetens skull och för läsarens förståelse ändå använda begreppet. Jag önskar dock inte förstås som att ha tagit ställning i diskussionen kring detta utan avstår från värdera ordvalet.

⁷⁵ Kyvsgaard, Britta: De strafferetlige ideologier, s. 87 i Hechsner, Sten m.fl.: Straff och rättfärdighet – ny nordisk debatt, P.A. Norstedts & Söners Förlag, Stockholm 1980.

⁷⁶ Backman, Eero: Den klassiska straffrättens renässans? Några idéhistoriska perspektiv, s. 195 i Hechsner.

⁷⁷ Träskman, Per Ole: Tio är med straffvärdet s. 136, i Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 2000, Kandrup's boktrykkeri, Köpenhamn 2000.

Det är lämpligt att så här inledningsvis klargöra skillnaden mellan absolut och relativ proportionalitet. Proportionalitetsprincipen skall, såsom den tillämpas idag, inte förstås uttrycka ett krav på att bestraffningen skall innefatta ett likvärdigt lidande med det som brottet orsakade. Denna, den s.k. talionsprincipen, (öga för öga, tand för tand o.s.v.) karaktäriseras av en absolut proportionalitet som är främmande för vårt system.⁷⁸ Istället präglas ett modernt, av proportionalitetsprincipen uppbyggt, bestraffningssystem av en inre och relativ proportionalitet. Ett sådant system tar sin utgångspunkt i brottens relativa svårhet och förutsätter att brotten rangordnas inbördes.⁷⁹ Inom det svenska bestraffningssystemet tillgodoses en sådan rangordning genom en tillämpning av begreppet ”straffvärde”. Ett brotts straffvärde är, lite förenklat, ett mått på hur allvarligt lagstiftaren, i jämförelse med andra brott, betraktar det aktuella brottet.⁸⁰ Straffvärdet kan, mer ingående, beskrivas som en funktion av gärningens förkastlighet och gärningsmannens skuld i det enskilda brottet. Ett straffvärde är således främst beroende av betydelsen av det skyddsintresse som kränkts, av huruvida den aktuella gärningen faktiskt innebar en konkret fara, skada eller ett risktagande samt av huruvida gärningen förövats uppsåtligt eller av oaktsamhet.⁸¹ Att det förhåller sig på detta sätt kan också anses framgå av BrB 29 kap. 1 §, st. 2, vilket stadgar:

” Vid bedömningen av straffvärdet skall särskilt beaktas den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, vad den tilltalade insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han haft.”

Proportionell straffbestämning sker mot bakgrund av det begångna brottets svårhet och proportionalitetsprincipen är således, inom bestraffningsteorin, retrospektiv.⁸² En tillämpning av proportionalitetsprincipen kännetecknas alltså, vid straffbestämning, av en normstyrning. Motsatsen till normstyrning kan anses vara s.k. ändamålsstyrning, vilken istället är av en framåtblickande, prognostisk karaktär. Att låta normen, till skillnad från ändamålet, styra beslutsfattandet inom straffrätten är önskvärt eftersom detta anses medföra en bättre grund för likabehandling och förutsebarhet⁸³

Vidare följer att ett straff, som motiverats av en proportionalitetstanke, inte endast uttrycker att den begångna gärningen är klandervärd utan också tydliggör *vilket mått* av förkastlighet den anses ha.⁸⁴ Att ådöma olika personer olika straff är således, enligt proportionalitetsprincipen, möjligt endast om den enes gärning är att anse som mer klandervärd än den

⁷⁸ Von Hirsch, Andrew: Proportionalitet och straffbestämning, Iustus Förlag AB, Uppsala 2001, s. 13 och 17.

⁷⁹ Ibid. s. 56-57.

⁸⁰ Jareborg, 1992, s. 154.

⁸¹ Ibid. s. 159.

⁸² Von Hirsch, 2001, s. 28.

⁸³ Victor, Dag: Påföljdsbestämning i ett differentierat påföljdssystem, s. 139-140 SvJT, Iustus Förlag AB, Uppsala 1999.

⁸⁴ Jareborg, 1992, s. 144.

andres.⁸⁵ Proportionalitetsprincipen är på detta sätt tätt sammanbundet med önskan om ett rättvist system. En bestraffning bör rimligen, ur rättvisesynpunkt, inte vara mer ingripande än vad det begångna brottet förskyller. Att straffa en person hårdare för samma gärning som en annan är, oaktat positiva brottspreventiva effekter, inte rättvist.⁸⁶

Det svenska bestraffningssystemet innehåller en möjlighet för domstolen att beakta andra omständigheter än straffvärdet vid bestämmandet av straffet. I denna bestämmelse, BrB 29 kap. 5 §, uppräknas åtta omständigheter som alla kan motivera ett lindrigare straff än vad brottet egentligen förskyller. Flera av punkterna rör situationer då gärningsmannen, med hänsyn till hans person eller till att brottet har medfört negativa följder även för honom, skulle drabbas oproportionerligt hårt om domstolen påförde straff i enlighet med det föreskrivna straffvärdet. Exempelvis kan nämnas de fallen då gärningsmannen, till följd av brottet, drabbats av en allvarlig kroppsskada (p. 1) eller utvisas ur riket (p. 4) och vidare den omständigheten att gärningsmannen, med hänsyn till hans höga ålder eller dåliga hälsa, skulle lida oskäligt hårt av bestraffningen (p. 6). Den andra kategorin omständigheter avser situationen då gärningsmannen visat ånger och frivilligt angett sig (p. 3) eller försökt ställa till rätta eller begränsa brottets skadeverkningar (p. 2). Grunden för nedsättning är i de fallen att gärningsmannen betraktas som mindre klandervärd och således inte bör påföras ett straff utmätt efter straffvärdet. Motiven för dessa avsteg från en strikt tillämpning av brottets straffvärde som straffbestämningsgrund framhålls vara tankar om "mercy" och "natural justice"⁸⁷. Dessa idéer är relaterade till förtjänstteorin bakom proportionalitetsprincipen och skall således inte betraktas som oförenliga med denna.⁸⁸

Principen om proportionalitet som straffbestämningsgrund gäller inte oinskränkt vid lagföring av unga lagöverträdare. Att den unge begår brott betraktas ofta som ett resultat av dennes omognad och begränsade erfarenhet, varför det framstår som angeläget att domstolen skall anpassa det straffrättsliga ingripandet till dessa särskilda förhållanden. En konsekvent tillämpning av proportionalitetsprincipen i ungdomsmål anses försvåra utdömandet av en individuellt anpassad påföljd, som syftar till att avbryta den unges kriminella karriär. Istället sker, vid valet av påföljd, en avvägning mellan det aktuella brottets straffvärde och den unges behov av vård eller andra åtgärder inom ramen för socialtjänstens verksamhet. Påföljder som innebär verkställighet inom kriminalvården används i mindre utsträckning, till förmån för sådana inom socialtjänsten. Domstolen skall också, i enlighet med BrB 29 kap. 7 §, beakta den unges ålder och därefter ge lämplig straffrabatt. Systemet innebär vidare att det, vad gäller mål där gärningsmannen är ung, ges större möjligheter till handläggning utanför domstol, exempelvis genom åtalsunderlåtelse eller strafförelägganden.

⁸⁵ Von Hirsch, 2001, s. 19.

⁸⁶ Ibid. s. 50.

⁸⁷ Ibid. s. 94.

⁸⁸ Ibid. s. 93-94.

Denna särreglering av unga lagöverträdare utgör ett tydligt exempel på hur även individualpreventiva överväganden ges utrymme vid påföljdsvalet.⁸⁹ Önskan om ett konsekvent och förutsebart system har dock resulterat i att regeringen i det senaste lagförslaget beträffande unga lagöverträdare återigen betonar vikten av att respektera proportionalitetsprincipen även vid straffbestämning i ungdomsmål.⁹⁰

Slutligen vill jag lyfta fram den omständigheten att svensk straffbestämning endast tar sin utgångspunkt i brottets svårhet. Systemet bygger således, *i huvudsak*, på principen om proportionalitet. Den politiska process som uppbyggnaden och utformningen av ett straffrättsligt system innebär, medför dock att det slutliga resultatet utgör en politisk kompromiss bestående av komponenter med olika ideologisk bakgrund.⁹¹ Andra överväganden, exempelvis brottspreventiva, kan således ha betydelse vid straffbestämningen, dock främst om detta samtidigt är förenligt med ett proportionalitetstänkande.⁹²

4.1.3 Humanitet

Modern straffrätt präglas genomgående av en tanke om humanitet. Oavsett vilken bestraffningsideologi man väljer att förespråka, sätter således humaniteten ramarna för vad som får anses vara godtagbar bestraffning. Att all maktutövning, och därmed rättsskipning, skall utövas med iakttagande av humanitet får anses följa såväl av regeringsformens första kapitel som av internationella konventioner om mänskliga rättigheter.

Den första och andra artikeln i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna samt RF 1 kap. 2 §, stadgar:

UDHR Art. 1

”Alla människor är födda fria och lika i värde och rättigheter. De har utrustats med förnuft och samvete och bör handla gentemot varandra i en anda av gemenskap.”

UDHR Art. 2

”Var och en är berättigad till alla de rättigheter och friheter som uttalas i denna förklaring utan åtskillnad av något slag, såsom på grund av ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan uppfattning, nationellt eller socialt ursprung, egendom, börd eller ställning i övrigt...”

⁸⁹ Se t.ex. prop. 1994/95:12 s. 25 och prop. 1997/98:96 ”Vissa reformer av påföljdssystemet” s. 139 och SOU 2004:122 s. 141.

⁹⁰ Prop. 2005/06:165 s. 40-42.

⁹¹ Von Hirsch, 2001, s. 83.

⁹² Victor, s. 137.

RF 1 kap. 2 §

”Den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet...”

Denna, den s.k. *likabehandlingsprincipen*, är av väsentlig betydelse för, och ett önskvärt inslag i, ett humant straffsystem⁹³. Principen innefattar inte bara ett krav på att lika människor skall behandlas lika utan innebär dessutom att olika människor är lika värda och förtjänar lika respekt, varför det kan vara relevant att använda begreppet *principen om mänskligt likaberättigande*⁹⁴. En tillämpning av principen garanterar inte bara humanitet i systemet utan medför dessutom att rättsskipningen sker på ett konsekvent och förutsebart sätt. Av direkt avgörande betydelse för all strafflagstiftning är vidare *förbudet mot förnedrande bestraffning*. Detta förbud kan utläsas ur den femte artikeln i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna samt ur EKMR⁹⁵ art. 3.

UDHR Art. 5

”Ingen får utsättas för tortyr eller grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning.”

EKMR Art. 3 Förbud mot tortyr

”Ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning.”

Förbudet mot förnedrande bestraffning är förenat med förekomsten av medkänsla för (även) brottslingarnas situation. Långa fängelsestraff framhålls inte bara ha en stigmatiserande verkan utan anses dessutom innebära en dehumaniseringsprocess för den intagne. Hög repressionsnivå karakteriserar således inte det humana straffsystemet.⁹⁶

På domstolsnivå får ovan nämnda principer indirekt betydelse eftersom domstolen, mot bakgrund av *principen om legalitet*, inte kan döma till annan påföljd än den som kriminaliseringen föreskriver. Principen om legalitet kan utläsas ur bl.a. EKMR art. 7, vilken stadgar att straff endast får följa på en gärning som enligt lag utgör ett brott. Också denna princip är präglad av ett humant inslag. Legalitetsprincipen avser att skydda människorna från det styrandes godtyckliga maktutövning och bidrar således till att garantera systemets förutsebarhet. Såväl *förbudet mot retroaktiv lagstiftning* som det mot en *analogisk rättstillämpning till den tilltalades nackdel*, kan härledas ur kravet på legalitet.⁹⁷

⁹³ Prop. 1987/88:120 s. 39.

⁹⁴ Jareborg, 1992, s. 49.

⁹⁵ EKMR gäller som svensk lag (se SFS 1994:219) sedan 1995.

⁹⁶ Jareborg/Zila, s. 93-94.

⁹⁷ Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt, Iustus Förlag AB, Uppsala 2001, s. 57-58.

4.2 Straffprocessens grundläggande principer

Jag övergår nu till att beskriva de huvudsakliga dragen i en rättssäker straffprocess. Framställningen avser inte att utgöra en fullständig återgivning av de rättssäkerhetsaspekter som ligger till grund för straffprocessen, utan skall istället förstås som ett framlyftande av de grundläggande principer som är av intresse vid en jämförelse med medlingsinstitutet.

Rätten att få en anklagelse av brott prövad av en domstol står att finna i EKMR art. 6, vilken, i den mån det är relevant för denna framställning, stadgar:

”1. Var och en skall, vid prövningen...av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag...

2. Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts...”

I det följande beskrivs hur denna grundläggande rättssäkerhetsgaranti har kommit till uttryck i praxis och doktrin. Särskilt tolkningarna av begreppen ”rättvis och offentlig förhandling”, ”oavhängig och opartisk domstol” och ”upprättats enligt lag” är av betydelse för denna framställnings syfte, varför jag fokuserar främst på dessa kriterier. Vidare finner jag presumptionen om oskyldighet vara central för en diskussion om medlingsförfarandets roll i det straffrättsliga systemet, varför också betydelsen av art. 6, p. 2 återges.

4.2.1 Rätt till en rättvis prövning

Rätten till en *rättvis prövning* tillkommer den som står anklagad för ett brott. Varken åklagaren eller målsägande kan således göra gällande en rätt till en straffrättslig prövning av målet med åberopande av EKMR art. 6. Istället tillfaller rätten den tilltalade explicit och den anses omfatta såväl en rätt till prövning i skuld- som i påföljdsfrågan.⁹⁸ Bestämmelsen skall förstås som en rätt att fysiskt få tillträde till en prövning. En nationell lag som utesluter en sådan möjlighet står alltså i strid med konventionsregeln.⁹⁹ Den anklagande kan, för de fallen att det skulle vara mer gynnsamt för honom, emellertid välja att avstå från rätten till en förhandling. Detta sker bl.a. när den misstänkte erkänner sig skyldig och godtar ett strafföreläggande. Sådan summarisk rättsskipning får dock inte ske alldeles förbehållslöst. Europadomstolen godtar exempelvis inte ett avstående från rätten vid alltför allvarliga brott eller då avstående föranletts av felaktiga upplysningar från myndigheter. Naturligtvis föreligger också ett krav på att avståendet skall

⁹⁸ Danelius, Hans: Mänskliga rättigheter i Europeisk praxis – en kommentar till EKMR, Tredje upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2007, s. 151.

⁹⁹ Ibid. s. 158.

vara frivilligt.¹⁰⁰ Kravet på *offentlighet* bottnar i önskan att skydda enskilda individer från en orättvis maktutövning samt för att upprätthålla allmänhetens förtroende för rättsskipningen. Förhandlingen skall vara såväl formellt som reellt offentlig, d.v.s. det skall finnas en praktisk möjlighet för allmänheten att få tillträde till förhandlingen.¹⁰¹ Mot bakgrund av dessa tungt vägande skäl får avsteg från en offentlig förhandling endast ske i vissa specifika fall. De undantag som stadgats i artikeln är allmänt hållna men skall tillämpas med restriktivitet.¹⁰² Rätten till en offentlig förhandling anses vidare innefatta en rätt till en muntlig förhandling.¹⁰³

Att domstolen är *opartisk* innebär främst att den inte har någon vilja att ta ställning för endera sidan i målet, medan det med termen *oavhängig* i första hand avses frånvaron av obehörig påverkan på domstolen. Det saknas emellertid en klar distinktion mellan de båda begreppen, varför dessa med fördel kan behandlas i ett sammanhang.¹⁰⁴ En oavhängig och opartisk domstol förutsätts vara oberoende i förhållande till såväl parterna i målet som till andra myndigheter och den styrande makten. Detta krav medför bl.a. att en domare som tidigare varit anställd av en av parterna eller en domare som tidigare haft en betydande befattning med målet kan anses vara partisk.¹⁰⁵ Kravet innebär vidare att tillsättningen av domare och förutsättningarna för deras ämbets tid skall vara utformade på ett sådant sätt att man inte kan tvivla på deras oberoende.¹⁰⁶

Kriteriet att domstolen skall vara *upprättad enligt lag* har till syfte att förhindra att speciella domstolar inrättas för ett visst ändamål eller i akuta krislägen. Kravet omfattar inte bara själva domstolen som institution utan skall också förstås uppställa ett villkor om att de enskilda domarna skall ha behörighet att döma.¹⁰⁷ Bestämmelsen skall inte uppfattas begränsa innebörden av en domstol till att avse endast domstolar av traditionellt slag. För svenskt vidkommande kan nämnas att såväl Brottskadenämnden som Presstödsnämnden har godtagits som en domstol upprättad enligt lag.¹⁰⁸ Det kan emellertid framhållas att en vidgning av begreppet domstol samtidigt riskerar att innebära en devalvering av begreppet, vilket i sin tur kan medföra att konventionens rättsskydd till viss del urholkas.¹⁰⁹

¹⁰⁰ Se t.ex. Cooke mot Österrike (25878/94), p. 43-44, Thompson mot Storbritannien (36256/97), p. 46 och Marpa Zeeland B.V. och Metal Welding B.V. mot Nederländerna (46300/99), p.49-51.

¹⁰¹ Se t.ex. Riepan mot Österrike (35115/97), p. 31

¹⁰² Danelius, s. 215.

¹⁰³ Se Miller mot Sverige (55853/00), p. 34-37.

¹⁰⁴ Danelius, s. 182.

¹⁰⁵ Se t.ex. Pescador Valero mot Spanien (62435/00), p. 22-23 och 29, och Hauschildt mot Danmark (10486/83), p. 51-53.

¹⁰⁶ Danelius, s. 182

¹⁰⁷ Ibid. s. 200.

¹⁰⁸ Se t.ex. Rolf Gustafsson mot Sverige (55853/00), p. 49, och NJA 2002 s 288

¹⁰⁹ Danelius, s. 181.

4.2.2 Rätt att presumeras oskyldig

Den rättsliga *presumtionen om oskyldighet* innebär att alla misstänkta är oskyldiga till dess att deras skuld lagligen fastställts. Presumtionen baseras på en moralisk uppfattning om individens frihet och utgör ett rättssäkerhetskrav, till skillnad från andra presumtioner som kan vara motiverade av redan tidigare påvisade fakta. Om den senare modellen använts hade det snarare varit fråga om en presumtion om skuld eftersom empiriska fakta visar att de flesta som åtalas faktiskt döms för brottet. Principen framhålls utgöra en nödvändig förutsättning för att ett rättssystem skall uppfattas som rättvist.¹¹⁰

Oskyldighetspresumtionen ger upphov till ett antal andra processuella principer. Inledningsvis kan nämnas att principen om att i tveksamma fall döma till förmån för den tilltalade, *in dubio pro reo*, är en produkt av synsättet att den tilltalade är oskyldig till motsatsen bevisats. Vidare kan konstateras att presumtionen om oskyldighet också medför att åklagaren bär hela bevisbördan för att den åtalade (den oskyldige) är ansvarig för den rättstridige gärningen.¹¹¹ Av presumtionen följer även den omständigheten att en tilltalad (en oskyldig) har en *rätt till tystnad* och att tystnaden inte, utan vidare, skall värderas som ett bevis för skuld.¹¹² Rätten till tystnad fungerar även som ett skydd för den enskildes integritet såtillvida att den förhindrar en situation som innebär att den anklagade tvingas till ett aktivt handlande som är oförenligt med dennes vilja.¹¹³ Denna rätt är således tätt förbunden med rätten att inte behöva vittna mot sig själv eller i övrigt bidra till en brottutredning där man misstänks vara inblandad, s.k. *självinkriminering*. Förbudet mot självinkriminering gäller såväl under förundersökningen som under huvudförhandlingen.¹¹⁴

Av oskyldighetspresumtionen följer vidare ett *förbud mot föregripande av skuldfrågan*. Handlingar eller uttalanden som, till sitt innehåll, innebär att den misstänkte anses skyldig riskerar att underminera domstolsprövningens auktoritet och opartiskhet vilket kan äventyra ett upprätthållande av presumtionen om oskyldighet till dess att skulden lagligen har fastställts. Presumtionen binder alla myndighetspersoner och andra offentliga personer som haft befattning med målet. Att låta oskyldighetspresumtionen omfatta även andra personer, exempelvis journalister, är problematiskt och kan i vissa fall innebära en konventionsstridig inskränkning av yttrandefriheten.¹¹⁵ Av ovan följer att presumtionen om oskyldighet skall betraktas även på förundersökningsstadiet, vilket exempelvis innebär att

¹¹⁰ Nowak, Karol: Oskyldighetspresumtionen, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003, s. 31-32 och 48.

¹¹¹ Ibid. s. 33 och 167.

¹¹² Se särskilt Murray mot Storbritannien (18731/91).

¹¹³ Träskman, Per Ole: Rätten att förbli tyst, s 616, JFT 1993.

¹¹⁴ Nowak, s. 195-196.

¹¹⁵ Ibid. s. 285 och 322-324.

straffprocessuella tvångsmedel tas i bruk endast då det är nödvändigt för säkerställandet av rättegångens genomförande.¹¹⁶

4.3 Sammanfattning – bestraffningssystemets och straffprocessens syften och grundläggande principer

Det svenska bestraffningssystemet har, över tid, vilat på olika ideologisk grund. Sedan slutet av 1980-talet har dock idéerna om brottsprevention fått stå tillbaka för principen om rättvis proportionalitet som dominerande grund för straffbestämning. I samband med införandet av BrB kap. 29 och 30 presenterades ett, för svenskt vidkommande, nytt begrepp – straffvärde. Straffvärdet beror av gärningens förkastlighet och av gärningsmannens personliga ansvar och kan numera sägas utgöra utgångspunkten för bestämmandet av straff. Vid lagföring av unga brottslingar ges ett större utrymme för individualpreventiva överväganden, varför principen om proportionalitet inte kan anses gälla oinskränkt i dessa fall.

Proportionalitetsprincipen präglas av ett retrospektivt synsätt där den förevarande straffnormen, till skillnad från straffets ändamål, styr beslutsfattandet. En tillämpning av proportionalitetsprincipen framhålls på detta sätt främja förutsebarhet och likabehandling i systemet, vilket också överrensstämmer med en önskan om humanitet som den begränsande faktorn för all rättsskipning. Avsteg från humanitet och därmed respekt och medkänsla för (även) brottslingen är vidare oförenligt med de principer som konkretiserats i såväl svensk rätt som i internationella konventioner om mänskliga rättigheter.

Art. 6 EKMR stadgar rätten till en rättvis och offentlig rättegång och sätter således ramarna för vad som skall anses vara en rättssäker straffprocess. Denna bestämmelse syftar till att säkerställa den anklagades rätt till en rättvis prövning och bidrar samtidigt till att upprätthålla allmänhetens förtroende för domstolarna. Av central betydelse är, i detta sammanhang, principerna om offentlighet, opartiskhet och oavhängighet samt kravet om att domstolen skall vara upprättad enligt lag. Även den s.k. oskyldighetspresumtionen och förbudet mot ett föregripande av skuldfrågan följer av rätten till en rättvis prövning. Avsteg från rätten till en domstolsprövning kan göras i vissa fall exempelvis vid strafföreläggande och åtalsunderlåtelse. Varje undantag är dock problematiskt och bör vidtagas med stor försiktighet.

Med utgångspunkt i ovan redogörelse övergår jag nu till att analysera huruvida medling bör accepteras som en straffrättslig företeelse.

¹¹⁶ Träskman, Per Ole: Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet, s. 483, i festskrift till Lars Welamson.

5 Medling och det traditionella bestraffningssystemet

I de föregående kapitlen har jag redogjort för såväl medlingsinstitutets som bestraffningssystemets och straffprocessens syften och bakomliggande ideologier. I det följande avser jag att analysera huruvida medlingsinstitutet, med beaktande av de grundläggande principer som kännetecknar ett rättvist bestraffningssystem och en rättssäker straffprocess, kan anses utgöra ett godtagbart inslag i det svenska bestraffningssystemet.

Jag finner det vara lämpligt att härvid besvara följande tre frågor:

1. Är medlingsinstitutet och dess straffrättsliga konsekvenser förenliga med de principer som ligger till grund för svensk straffrätt?
2. Är medlingsinstitutet och dess processrättsliga konsekvenser förenliga med de principer som ligger till grund för svensk processrätt?
3. Är medlingsinstitutets bakomliggande ideologi förenlig med den ideologi som ligger till grund för det svenska bestraffningssystemet?

5.1 Straffrättsliga konsekvenser av medling

Medling, eller redan viljan att delta i medling, kan påverka såväl beslut om rapportteftergift och åtalsunderlåtelse som straffbestämning och val av påföljd. Sättet på vilket dessa straffrättsliga konsekvenser uppstår kan emellertid uppfattas som problematiskt ur en traditionell straffrättslig synvinkel. Nedan analyseras därför frågan om i vilken utsträckning medlingens straffrättsliga konsekvenser kan anses förenliga med grundläggande straffrättsliga principer.

5.1.1 Rapportteftergift och åtalsunderlåtelse

Att det på medling (eller viljan att delta i medling) kan följa rapportteftergift och åtalsunderlåtelse föranleder, i min mening, en diskussion kring framförallt två mycket centrala straffrättsliga grundprinciper nämligen de om likabehandling och förutsebarhet.

Medlingsverksamheten ser idag väldigt olika ut i runt om i landets kommuner (se kap. 2.1). Den lagändring som träder i kraft i början av 2008 och som gör medling obligatorisk i samtliga kommuner torde, till viss del, kunna avhjälpa skillnaderna. Dock är det svårt att tro att denna lagändring kommer att medföra att alla projekt får samma uppmärksamhet och

genomslagskraft. Då Medlingslagen inte närmare reglerar hur och i vilken utsträckning medling eller den unges vilja att delta i medling skall inverka på de straffrättsliga besluten, torde det inte vara orimligt att anta att polis och åklagare i olika kommuner även efter 2008 kommer att agera på vitt skilda sätt.¹¹⁷ De straffrättsliga konsekvenserna av medling kan således variera betydligt beroende på var i landet den unge är bosatt. Att på detta sätt låta en gärningsmans boendeort påverka de straffrättsliga följderna av ett brott kan, med beaktande av principen om likabehandling, inte anses godtagbart.

Bristen på en konsekvent tillämpning av medling medför vidare att förutsebarheten i handläggningen av ungdomsmål minskar. Även det faktum att offrets vilja är en objektiv förutsättning för att medling skall komma till stånd, torde påverka förutsebarheten negativt. Det framstår för mig, mot bakgrund av ovan nämnda omständigheter, som mycket svårt att förutse vilken följd en viss illegal gärning torde få. Önskan om ett förutsebart bestraffningssystem var mycket framträdande vid genomförandet av ändringarna i BrB i slutet på 1980-talet och måste även idag anses vara av central betydelse. Möjligheterna att förutse de straffrättsliga konsekvenserna av ett visst handlande är av sådan central vikt för ett väl fungerande och rationellt bestraffningssystem att varje undantag härifrån, enligt min mening, måste kunna motiveras av betydande andra fördelar, exempelvis vinster ur brottspreventiv synvinkel. Förutsebarhet bidrar vidare till att rättvisa kan upprätthållas och kan, i min mening, sammankopplas med grundsatsen om legalitet, från vilken avsteg är helt oacceptabla i ett demokratiskt samhälle. Att medling påverkar beslut om rapporteftergift och åtalsunderlåtelse på ett till synes oförutsebart sätt är således inte förenligt med den uttryckta viljan att låta bestraffningssystemet präglas av förutsebarhet och konsekvens.

5.1.2 Straff- och påföljdsval

Medlingsinstitutets följder för straffbestämning och medling som en del i påföljden ungdomsvård är något som bör diskuteras med utgångspunkt i bl.a. uppfattningen om att all bestraffning skall ske med iakttagande av proportionalitet. Naturligtvis är principerna om likabehandling och förutsebarhet (se föregående avsnitt) aktuella även i denna diskussion. Nedan problematiseras initialt iakttagandet av medling vid straff och påföljdsval med beaktande av just likabehandlingsprincipen. Därefter sker en uppdelning mellan straff lindring och medling som del i en påföljd och en diskussion kring dessa omständigheter var och en för sig.

¹¹⁷ RÅ har i ”Riksåklagarens riktlinjer för handläggning av ungdomsmål” (2006:3) utarbetat anvisningar för hur åklagaren skall bedöma medling och den unges vilja att delta i medling. Denna omständighet är naturligtvis positiv med hänsyn till önskan om ett förutsebart system präglad av likabehandlingsprincipen. Även om riktlinjerna får betraktas som relativt utförliga är de endast just riktlinjer vilka, till skillnad från en lagreglering, saknar bindande verkan.

Eftersom tillämpningen av medling ser olika ut runt om i landets kommuner (se föregående avsnitt) torde även överväganden beträffande medlingens inverkan på straffet eller på valet av påföljd kunna utfalla på mycket olika sätt. Av särskild betydelse är det faktum att påföljden för brott med samma klandervärde riskerar att bli olika beroende av var gärningsmannen bor, mot vem brottet har begåtts samt vilken prognos beträffande faran för återfall som uppställs. Principen om likabehandling riskerar således att kränkas då medling används som grund för såväl strafflindring som val av påföljd.

5.1.2.1 Strafflindring

En uppriktig vilja att delta i medling kan uppfattas som ett tecken på ångerfullhet och som ett försök att ställa till rätta eller begränsa skadeverkningarna av brottet. Det torde, med hänsyn tagen till gärningsmannens goda intentioner och med beaktande av tankarna kring klandervärdhet i förtjänstteorin, inte vara omöjligt att förena denna grund för strafflindring med proportionalitetsprincipen och det traditionella bestraffningssystemet. Emellertid bör annan problematik kring medling och strafflindring lyftas fram. Exempelvis förtjänar den omständigheten att strafflindringen görs beroende av gärningsmannens erkännande viss uppmärksamhet. Sådan medverkan till att brottet utreds har tidigare i svensk rätt, främst mot bakgrund av rätten till tystnad, inte kunnat föranleda en rabattering av straffet (se vidare om rätten till tystnad under 5.2.3)¹¹⁸. Om vi öppnar för möjligheten för förundersökningsledare att i framtiden ge löfte om strafflindring, för det fallet att den misstänkte erkänner brottet, riskerar vi ett scenario likt det som i andra länder brukar kallas ”plea bargaining”, något som alltså är främmande för svensk rätt.

5.1.2.2 Medling som (del i) en påföljd

Förslaget om medling som påföljd förkastades i förarbetena med anledning av bl.a. offrets inverkan på påföljden samt med hänvisning till det inkonsekventa i att tillämpa medling som både påföljd för brott och som behandlingsåtgärd för icke straffmyndiga. Vidare lyftes den föreslagna påföljdens brister i förutsebarhet och proportionalitet fram såsom omständigheter oförenliga med det traditionella bestraffningssystemet. Dessa argument mot medling som en påföljd ansågs dock inte hindra ett införande av medling som en del i påföljden vård inom socialtjänsten (nu ungdomsvård). Jag finner denna utgång märklig. Även om argumenten mot medling som påföljd torde försvagas i och med att inslaget av medling i påföljden minskar så måste de ändå anses kvarstå. Nedan diskuteras frågan om medling som ett moment i ungdomsvården med utgångspunkt i ovan anförda argument. Det finns vidare anledning att ifrågasätta om medling som påföljd inte riskerar att kränka legalitetsprincipen och förbudet mot förnedrande bestraffning varför risken för att medlingsutgången kan karaktäriseras av inhumanitet också behandlas.

¹¹⁸ Träskman, 1993, s. 608-609.

Beträffande offrets påverkan på påföljden kan erinras om att ett medlingsförfarande endast kan aktualiseras om offret är villigt att delta. Huruvida domstolen kan döma till ungdomsvård med föreskrift om att delta i medling är således beroende av offrets inställning till ett sådant möte. Domstolens val av påföljd kan därför, i viss utsträckning, anses styrt av brottsoffrets uppfattning om vilket straff gärningsmannen bör åläggas. En sådan påföljdsbestämning är uppenbart oförenlig med såväl grunderna för en rättvis och proportionell straffbestämning som med strävan efter förutsebarhet i systemet.

Att låta medling utgöra både en del i en påföljd och en åtgärd som riktas mot icke straffmyndiga är, i min mening, inkonsekvent. Det är, med hänsyn till såväl rättviseargument som brottspreventiva överväganden, viktigt att göra tydlig skillnad mellan vad som skall utgöra straffrättsliga reaktioner mot en överträdelse av ett straffbud och vilka åtgärder som skall användas i uppfostrande syfte för icke straffmyndiga personer. Att använda samma åtgärd för att bestraffa dömda personer som för att uppfostra barn är således, med beaktande av ovan, inte lämpligt.

Att medling utgör en del i en påföljd är vidare problematisk mot bakgrund av devisen om rättvis proportionalitet som straffbestämningsgrund. Exempelvis kan det påpekas att det är omöjligt att mäta hur ingripande medlingen skall anses vara. Ett visst medlingsmöte skulle kunna motsvara en viss tid som frihetsberövad eller ett visst bötesbelopp medan ett annat medlingsmöte utfaller på ett sådant sätt att det får anses motsvara helt andra tider och belopp. Denna omständighet får anses avsevärt försvåra en straffbestämning som tar sin utgångspunkt i det aktuella straffvärdet. Medling, som en del i en påföljd, medför också andra svårigheter för en proportionell straffbestämning. Valet av en påföljd, i vilken medling ingår som moment, torde i stor utsträckning vara motiverat av prognostiska och individualpreventiva överväganden och inte i första hand bestämmas av straffets proportionalitet i förhållande till den begångna gärningens klandervärdhet. Sådant straffbestämning står i direkt motsatsförhållande till hur straffbestämning i enlighet med BrB 29 kap. 1 § skall ske. Att påföljden endast skall väljas om den är att anse som tillräckligt ingripande med beaktande av gärningens straffvärde uppväger, i min mening, inte avsaknaden av en av proportionalitetsprincipen präglad straffbestämning. Det skulle kunna invändas att den existerande särregleringen av påföljdsval för unga lagöverträdare medför att alla undantag från en traditionell straffbestämning i dessa fall kan godtas. Å andra sidan kan det framhållas att särregleringen för unga är omdiskuterad¹¹⁹ varför moment, som i enlighet med denna kan accepteras, inte per automatik bör anses förenliga med de överväganden som ligger till grund för straffrätten i stort. Oavsett vilken ställning man väljer att ta i diskussionen kring särregleringen för unga, får medlingsinstitutet alltså anses främja en straffbestämning som

¹¹⁹ Se t.ex. Borgeke, Martin och Reimer, Stefan: Straffansvarets gränser, ett inlägg, s. 217-219 SvJT, Iustus förlag AB, Uppsala 2003.

grundar sig i andra överväganden än de som tar sin utgångspunkt i devisen om rättvis proportionalitet och som påbjuds enligt lag.¹²⁰

Det finns vidare anledning att ifrågasätta om inte medlingsmötet och utgången av denna, för det fallet att medling ingår som en del i en påföljd, kan riskera att strida mot de grundläggande principer som karaktäriserar en human bestraffning. Medlingsmötet kan i vissa fall resultera i en utgång där gärningsmannen förpliktigar sig att utföra en för honom negativ åtgärd. Att medlingen pålägger gärningsmannen en förpliktelse påminner starkt om den situation då en domstol pålägger den dömda ett straff. Medlingsutgången kan således i vissa fall anses utgöra en typ av bestraffning.¹²¹ Då lagen om medling inte reglerar vilken typ av förpliktelse medlingen kan resultera i och då utgången ofta styrs av offret för gärningen är det inte omöjligt att tänka sig en situation där bestraffningen kan präglas av förnedrande inslag¹²². Det finns, i min mening, anledning att vara uppmärksam på förekomsten av primitiva bestraffningar som exempelvis offentlig förödmjukelse eller skamstraff när medling används som en del i en påföljd. Den omständigheten att det saknas legala ramar för medlingsresultatet utgör i vart fall en risk för att utgången kan komma att karaktäriseras av inhumanitet, vilket måste uppfattas som oförenligt med varje modern bestraffning. Att medlingsresultatet måste godkännas av gärningsmannen för att aktualiseras innebär, i min mening, inte en tillräcklig garanti för att principen om humanitet upprätthålls. Vidare föranleder den omständigheten att innehållet i medlingsutgången inte regleras i lag och inte heller i övrigt kan förutses, i min mening, en diskussion om ett kringgående av principen om legalitet. Avsaknad av en reglering om vilka förpliktelser som kan påläggas gärningsmannen vid ett medlingsmöte torde kunna innebära ett åsidosättande av förbudet mot att döma till annan påföljd än den som föreskrivits i lag.

5.1.3 Konklusion – medlingens straffrättsliga konsekvenser

Som ovan har visats riskerar beslut om rapportteftergift, åtalsunderlåtelse, straffflinring och val av påföljd att bli olika beroende på var den unge lagöverträdaren är bosatt. Medlingsinstitutet kan således, i dess nuvarande form och i enlighet med aktuell lagstiftning på området, anses medföra att de straffrättsliga konsekvenserna för unga lagöverträdare varierar runt om i landet och således riskerar att kränka likabehandlingsprincipen. Principen om likabehandling är av avgörande betydelse för upprätthållandet av ett rättvist bestraffningssystem. Åsidosättande av denna princip medför också

¹²⁰ Se mer om särregleringen av unga lagöverträdare i kap. 5.3.1.

¹²¹ Se t.ex. Walgrave, Lode: Has Restorative Justice Appropriately Responded to Retribution Theory and Impulses? s. 48 ff, i Zehr, Howard och Toews, Barb (red.): Critical Issues in Restorative Justice, Criminal Justice Press, New York, 2004.

¹²² Se också Roberts, Julian och Roach, Kent: Restorative Justice in Canada s. 253-254, i Von Hirsch, Andrew, Roberts, Julian, Bottoms, Anthony E, Roach, Kent och Schiff, Mara (red.): Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigm? Harts Publishing, Portland, Oregon, 2003.

negativa konsekvenser för förutsebarheten inom systemet och måste därför uppfattas som ett icke eftersträvansvärt inslag i det traditionella bestraffningssystemet. Vidare medför medlingsförfarandets inverkan på domstolens straffmätning och på valet av påföljd, i min mening, ett antal tveksamheter. Att medling, endast för det fall att den misstänkte erkänner, kan föranleda straffrabatt och att valet av medling som påföljd är beroende av brottsoffret vilja att delta samt sker med iakttagande av prognostiska överväganden anser jag vara främmande element för svensk straffrätt. De faktumen att medling används som både påföljd för brott och som uppfostrande åtgärd för icke straffmyndiga samt den omständigheten att Medlingslagen inte förhindrar förnedrande medlingsutgångar torde också uppfattas som problematiska följder av medling. Med beaktande av dessa negativa omständigheter finner jag medlingsinstitutet vara svåriligen förenligt med flera av de principer som ligger till grund för straffrätten

5.2 Processrättsliga konsekvenser av medling

Medlingsförfarandet påverkar också, om än på ett indirekt sätt, den straffrättsliga prövningen av en otillåten gärning. Det finns, i min mening, anledning att lyfta fram tre straffprocessuella följder av medling. Den första rör avsaknaden av en domstolsprövning. Den andra aktualiserar ett resonemang om ett föregripande av skuldfrågan. Slutligen kan kravet på erkännande, med hänsyn till att det kan uppfattas som ett krav på att gärningsmannen bidrar till att ansvar för brott åläggs honom, kritiseras. Nedan diskuteras därför huruvida medlingsförfarandet kan anses förenligt med framförallt EKMR:s skydd för en rättvis rättegång och därigenom också med oskyldighetspresumtionen och rätten för en anklagad att förbli tyst.

5.2.1 Avsaknaden av en rättvis prövning

Som tidigare nämnts kan medling, i vissa fall, föranleda ett beslut om rapporteftergift och åtalsunderlåtelse. För att detta skall vara aktuellt krävs det dock att det är utrett att personen har begått ett brott. En åtalsunderlåtelse innebär således ett konstaterande av skuld.¹²³ För det fallet att åklagaren, i enlighet med ovan, väljer att underlåta att väcka åtal avgörs alltså skuldfrågan redan på förundersökningsstadiet. Denna omständighet medför att en prövning av anklagelsen för brott i domstol uteblir, vilket i vissa fall kan anses utgöra en kränkning av rätten till en rättvis rättegång. Rätten att få en anklagelse om brott prövad innefattar en rätt till en rättvis och offentlig förhandling samt en tillgång till en oavhängig och opartisk domstol som upprättats enligt lag. I det följande avser jag utreda huruvida medlingsförfarandet är förenligt med dessa begrepp.

¹²³ Se också Nowak, s. 430.

Situationen att en misstänkt genom att t.ex. godta ett strafföreläggande avstår från en domstolsprövning är inte ovanlig och skall inte uppfattas som att, under alla omständigheter, stå i strid med rätten till en rättvis prövning. Vid mer allvarlig brottslighet övergår emellertid det frivilliga avståendet till att betraktas som ett berövande av rätten till en prövning. Det faktum att Medlingslagen inte explicit undantar allvarligare brott från möjligheten att medla skulle kunna uppfattas som problematiskt i detta avseende. Det bör dock påpekas att, i vart fall, stadgandet om ”väsentligt allmänt eller enskilt intresse” i bestämmelsen om åtalsunderlåtelse skulle förhindra att medlingsförfarandet i förening med beslutet om åtalsunderlåtelse skulle ersätta en domstolsprövning vid alltför allvarlig brottslighet¹²⁴. Jag finner det ändå något inkonsekvent och möjligen anmärkningsvärt att rätten till en domstolsprövning av allvarlig brottslighet inte säkerställs redan genom Medlingslagen. Vidare finner jag det angeläget att uppmärksamma kravet om frivillighet vid avstående från en prövning. Särskilt den omständigheten att det är unga och påverkbara individer som ställs inför valet att avstå från en domstolsprövning föranleder, i min mening, att frågan om frivillighet får uppfattas som komplex och således bör hanteras med försiktighet¹²⁵.

Rätten till en rättvis rättegång innefattar vidare en rätt att få anklagelsen prövad av en offentlig, oavhängig och opartisk domstol som upprättats enligt lag. Att samma åklagare både leder förundersökningen och beslutar om åtalsunderlåtelse kan uppfattas som problematiskt med hänsyn till kraven på opartiskhet och oavhängighet. Detta rör dock egentligen en mer generell diskussion om systemet med åtalsunderlåtelser varför jag inte finner skäl att närmare behandla det i detta sammanhang. Emellertid frestas jag till att kort behandla den hypotetiska situationen att medlingsförfarandet i framtiden kan komma att uppfattas som en domstol. Det är, vilket framgår av redogörelsen i kap. 4.2.1, inte omöjligt för andra instanser än de traditionella att erhålla status som rättskipande forum. För det fallet att så skulle ske beträffande medlingsinstitutet aktualiseras bl.a. ett resonemang kring förfarandets brist på offentlighet. Av hänsyn till de inblandade parterna och för att främja den fria diskussionen vid medlingsmötet är innehållet i detta föremål för sekretess. Här skiljer sig alltså detta förfarande från de grundläggande principer som karaktäriserar en domstolsprövning. Avsteg från offentlighet måste, med beaktande av intresset att skydda enskilda från orättvis maktutövning samt mot bakgrund av önskan att upprätthålla allmänhetens förtroende för rättskipningen, föregås av en noga avvägning mot den enskildes integritet. Undantaget från offentlighet i medlingsförfarandet synes mig mer motiverat av fördelarna för själva mötet och dess utgång än av intresset att skydda den enskildes integritet, varför jag finner förfarandet vara bekymmersamt ur denna synvinkel. Också medlingsförfarandets oberoende i förhållande till exempelvis förundersökningen och straffverkställigheten skulle kunna kritiseras för det fallet att medlingsinstitutet skulle betraktas som ett alternativ till en

¹²⁴ Se RB 20 kap. 7 § och LUL 16-17 §§.

¹²⁵ Se också Skelton, Ann och Frank, Cheryl: How Does Restorative Justice Address Rights And Due Process Issues? s. 206 i Zehr/Toews.

domstolsprövning. Vidare skulle frånvaron av en rätt att överklaga utgången av ett medlingsmöte samt risken att samma sak prövas flera gånger (*ne bis in idem*) utgöra kritiska moment som, i vissa fall, kan betraktas som kränkningar av rätten till en rättvis rättegång¹²⁶. I förlängningen skulle medlingsinstitutets status som dömande forum också föranleda en mer ingående diskussion om ett urholkande av rättssäkerhetsgaranter. Situationen är dock, som konstaterats, endast hypotetisk varför jag avstår från att ytterligare utveckla dessa tankegångar.

5.2.2 Åsidosättande av oskyldighetspresumtionen

Det faktum att det vid medling krävs att ansvaret för brottet har klarlagts innebär, vilket också konstaterats ovan, att skuldfrågan avgörs före en eventuell domstolsprövning av saken. Oavsett om en domstol vid ett senare tillfälle prövar anklagelsen kan det således hävdas att ett föregripande av skuldfrågan har skett. Sådana föregripanden är i många fall problematiska och kan aktualisera frågan om en kränkning av oskyldighetspresumtionen. Också devisen om att åklagaren bär bevisbördan för att den tilltalade är skyldig kan omkullkastas om skuldfrågan uppfattas som klarlagd innan huvudförhandlingen.

Eftersom oskyldighetspresumtionen binder alla myndighetspersoner som har eller har haft befattning med målet kan den omständigheten att medling, inom ramen för socialtjänstens verksamhet, skett före huvudförhandling vid domstol föranleda att oskyldighetspresumtionen uppfattas som åsidosatt. Det skulle kunna framhållas att initiering av medling inte förutsätter erkännande av brott utan endast medgivande av de objektiva rekvisit som utgör den ifrågavarande gärningen samt att denna omständighet medför att det inte sker något föregripande av skuldfrågan. Anhängare av denna uppfattning kan tänkas argumentera för att skuldfrågan, med hänsyn till möjligheten att exempelvis anföra en ansvarsbefriande grund, således inte avgjorts förrän domstolen prövat huruvida gärningen är att anse som klandervärd i juridisk mening. Även om jag hyser en viss förståelse för denna praktiska lösning av problemet är jag tveksam till om argumentationen verkligen borde godtas. Domstolens prövning av skuldfrågan riskerar, i min mening, att undermineras i de fallen då samtliga aktörer vid huvudförhandlingen har vetskap om att det fordrades att den misstänkte betraktades som ansvarig vid ett genomfört medlingsmöte.

5.2.3 Kränkning av rätten till tystnad - självinkriminering

Förbudet mot självinkriminering kan, som ovan konstaterats (se 4.2.2), härledas ur rätten att presumeras oskyldig. Då medling förutsätter ett erkännande från den misstänkte kan ett åsidosättande av denna rätt till tystnad aktualiseras. Det faktum att den misstänkte i praktiken kan ha att

¹²⁶ För ett mer ingående resonemang se Skelton, Ann och Frank, Cheryl: How Does Restorative Justice Address Rights And Due Process Issues? s. 206 i Zehr/Toews.

välja mellan att förneka skuld och riskera straff och att erkänna skuld och delta i medling har framhållits utgöra en icke önskvärd situation där den unge misstänkte kan uppleva sig vara tvingad att "välja" att erkänna¹²⁷.

Kravet på att erkänna gärningen (eller del av den) för att kunna åtnjuta fördelarna av ett medlingsförfarande skulle, då det avser ett krav på ett aktivt handlande, uppfattas som ett sätt att tvinga den misstänkte att bidra till att det brott som han eller hon deltagit i blir utrett.¹²⁸ Det centrala för huruvida detta tillvägagångssätt är att anse som godtagbart torde vara i vilken mån situationen präglas av en reell frivillighet. Enligt Medlingslagen skall den misstänkte ha en reell möjlighet att avstå från ett deltagande. Jag kan emellertid förstå den som ändå liknar valet mellan medlingsmöte och rättegång vid ett val "*between a rock and a hard place*"¹²⁹. Härvid bör det återigen uppmärksammas att det är en ung och i många fall påverkbar människa som ställs inför en mycket pressad situation. Jag anser, med hänsyn till risken för att den unge upplever sig tvingad att "välja" att erkänna, att det finns anledning att ifrågasätta medlingsinstitutet mot bakgrund av rätten att förbli tyst.

Förbudet mot självinkriminering och rätten till tystnad kan anses förhindra förekomsten av felaktiga erkännanden och således bidra till säkerställandet av materiellt riktiga avgöranden.¹³⁰ Att låta någon bära ansvar för en gärning som han eller hon inte utfört är naturligtvis oacceptabelt med hänsyn till respekten för den enskilde individen. Materiellt riktiga straffrättsliga beslut är vidare, i min mening, en viktig komponent för upprätthållandet av allmänhetens förtroende för rättsskipningen, varför en situation som riskerar att tvinga fram erkännanden är problematisk även ur denna synvinkel.

5.2.4 Konklusion – medlingens processrättsliga konsekvenser

Det föregående avsnittet har uppmärksammat problematiken kring medlingsförfarandets påverkan på rätten till en rättvis rättegång. Då medlingsinstitutet (i förening med systemet med rapporteftergift och åtalsunderlåtelse) kan föranleda att rättsprocessen ersätts av ett medlingsmöte aktualiseras en diskussion kring avsaknaden av en rättvis prövning. Frivilliga avstående från denna rätt är acceptabla endast under vissa förutsättningar, varför avsaknaden av en domstolsprövning i övriga fall torde kunna innebära att rätten till en rättvis rättegång kan anses åsidosatt. Medlingsmötets brister i offentlighet samt den omständigheten att förfarandet inte kan anses utgöra en oavhängig och opartisk domstol som upprättats enligt lag medför också att detta förfarande inte, med beaktande av EKMR:s bestämmelse, kan anses vara ett godtagbart alternativ till en

¹²⁷ Se t.ex. Skelton, Ann och Frank, Cheryl: How Does Restorative Justice Address Rights And Due Process Issues? s. 205, i Zehr/Toews.

¹²⁸ Se också Hudson, Barbara: Victim and offenders, s. 186 i Von Hirsch m.fl. 2003.

¹²⁹ Skelton, Ann och Frank, Cheryl: How Does Restorative Justice Address Rights And Due Process Issues? s. 205, i Zehr/Toews.

¹³⁰ Se Nowak, s. 201.

prövning i domstol. Medling före domstolens prövning kan vidare, enligt min uppfattning, innebära ett föregripande av skuldfrågan och ett åsidosättande av oskyldighetspresumtionen. Presumtionen om den för brott anklagades oskyldighet står att finna i EKMR art. 6, p. 2 och utgör således också en beståndsdel i den rätt till en rättvis rättegång som bestämmelsen stadgar. Jag vill påstå att ett åsidosättande av oskyldighetspresumtionen äventyrar hela den grund på vilken en rättssäker straffprocess vilar. En situation som riskerar att medföra en kränkning av denna, för rättssystemet fundamentala, princip kan således inte under några omständigheter uppfattas som önskvärd.¹³¹ Medlingsinstitutet kan också, mot bakgrund av kravet på ett erkännande av gärningen (eller del i denna), anses kränka rätten för den anklagade att förbli tyst. Att erkänna gärningen och delta i medling kan, för den anklagade, framstå som ett bättre alternativ än att riskera traditionell bestraffning efter prövning i domstol. Denna omständighet utgör, enligt min uppfattning, skäl att betrakta medling som problematisk också för upprätthållandet av rätten till tystnad.

Med beaktande av att de processrättsliga konsekvenser som följer av medling riskerar att kränka rätten till en rättvis rättegång, uppfattar jag medlingsinstitutets som, om inte oförenligt så under vissa omständigheter i vart fall, svårförenligt med de principer som utgör grunden för processrätten.¹³²

5.3 Medling/straff- och processrätt – en ideologisk jämförelse

Denna framställnings kapitel tre och fyra illustrerar två åskådningar beträffande brott och straff. Ideologin bakom medlingsförfarandet och den som ligger till grund för bestraffningssystemet skiljer sig åt vad gäller exempelvis förfarandets syfte och vilka aktörer som skall anses involverade i förfarandet. Jag finner, med hänsyn till denna framställnings syfte att utreda medlingsförfarandets status som straffrättslig företeelse, det vara viktigt att jämföra den ideologiska grunden bakom de olika systemen. Nedan följer därför en översiktlig jämförelse mellan de båda ideologierna. Jämförelsen sker med avseende på ideologin bakom straffrätten på domstolsnivå och således inte med beaktande av överväganden som ligger till grund för straffrätten på kriminaliserings- eller exekutionsnivå.

¹³¹ Även då medling föranleder åtalsunderlåtelse kan en diskussion kring föregripandet av skuldfrågan föras. Den misstänkte har, under förutsättning att åtal ännu inte väckts, ingen möjlighet att motsätta sig en åtalsunderlåtelse (även om ett förnekande av gärningen i praktiken torde innebära att åtal väcks), varför det inte torde vara omöjligt att en kränkning av rätten till en prövning samt ett åsidosättande av oskyldighetspresumtionen är för handen även i sådana fall. Se Nowak, s. 430 och RB 20 kap 7-7b §§.

¹³² I detta sammanhang kan det vara lämpligt att påpeka att Europarådet får anses ha ställt sig positiva till medling i brottmål under förutsättningen att rättssäkerheten för de inblandade parterna inte äventyras. Se härvid Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters.

5.3.1 Förfarandets syfte

Skälet för domstolen att pålägga någon ett straff är det faktum att personen överträtt ett, i strafflag angivet, förbud. Påföljden utgör således en retributiv åtgärd eller en vedergällning. Överväganden om vilket straff som skall svara på en viss handling är retrospektiva och tar utgångspunkt i det begångna brottets straffvärde. Straffvärdet bestäms av gärningens mått av klander och karaktäriseras av en relativ proportionalitet inom systemet. Bestrafningen kan vidare endast ske inom de ramar som rätten till en rättvis rättegång stadgar.

Det finns, i detta sammanhang, anledning att kort kommentera den särskilda synen på bestraffning av unga lagöverträdare. När påföljd väljs för den unge gärningsmannen skall domstolen beakta den unges individuella behov och söka anpassa den straffrättsliga reaktionen så att den påverkar personen i riktning mot att i fortsättningen inte begå nya brott. Brottets straffvärde har dock alltså betydelse för valet av påföljd då detta skall vägas mot de individuella behov av vård som den unge antas ha. De speciella överväganden som sker vid lagföring av unga skall således förstås som en särreglering men dock inte uppfattas som ett fullständigt frångående av de grundläggande principerna om proportionell straffbestämning, förutsebarhet och likabehandling. Istället bör de ses som ett accepterande av också preventiva hänsyn vid valet av den individuella påföljden. Även vid lagföring av unga präglas alltså bestraffningssystemet av en, förvisso något inskränkt, proportionell och retrospektiv straffbestämning som vidtas i syfte att verkställa de hot om straff som lagstiftaren uppställt genom kriminaliseringen.¹³³

Medlingsförfarandet kan istället anses utgöra ett sätt att reagera mot den kränkning av offrets respekt och rätt till självbestämmande som gärningsmannens handlande utgjort, varför samtalet således centreras kring detta och inte kring den lagöverträdelse som gärningen utgör. Gärningsmannen skall, i enlighet med detta synsätt, inte straffas utan förmås att reparera den skada som uppkom genom handlingen. Genom att ge offret upprättelse skall balansen mellan gärningsman och offer återställas. Förfarandet har också till syfte att öka gärningsmannens insikt om de negativa konsekvenserna av sitt handlande. Genom att öka insikten är förhoppningen att gärningsmannen i fortsättningen skall avhålla sig från att utföra liknande handlingar. Detta ändamål får anses vara av individualpreventiv karaktär.

¹³³ Frågan om vilken ideologi som får anse ligga bakom särregleringen för unga lagöverträdare – samt huruvida denna skall uppfattas som förenlig med de överväganden som ligger till grund för det traditionella bestraffningssystemet – är komplex och förtjänar ett större utrymme än det som givits här. Emellertid finner jag frågeställningen vara alltför omfattande för att kunna behandlas inom ramarna för denna uppsats, varför jag inte ytterligare fördjupar mig i saken här.

5.3.2 Involverade aktörer

I en straffprocess består parterna av en för brott anklagad person och av staten, som representeras av åklagaren. Målsäganden är inte att anse som part i brottmålsprocessen utan endast i den skadeståndsprocess (tvistemål) som kan behandlas samtidigt. Brottet består i en överträdelse av, en av staten, stiftad lag. Det är alltså mot staten som kränkningen, i teorin, har riktats. Den sistnämnda omständigheten förklarar också varför brottsoffret inte är att uppfatta som en part i målet. Domarens uppgift är att skipa rätt, d.v.s. tillämpa lagen på den uppkomna situationen och döma den skyldige i enlighet med denna. Det är också domaren som styr processen och som avgör utgången av denna. Vid ett medlingsmöte består istället parterna av en gärningsman och en målsägande¹³⁴. Härvid ges alltså brottsoffret ett större utrymme och en mer aktiv roll än vid en förhandling i domstol. Medlaren skall tillse att båda parter ges tillfälle att utveckla sina tankar kring den uppkomna situationen och medverka till att ett avtal om gottgörelse träffas mellan parterna. Till skillnad från vid en brottmålsprocess är det således parterna som själva bestämmer över resultatet av sammanträdet.

5.3.3 Konklusion – ideologisk jämförelse

Bestraffningssystemet och medlingsförfarandet synes vara motiverade av helt olika ändamål och är utformade med beaktande av vitt skilda överväganden. Medlingsförfarandet får anses präglad av ett individualpreventivt ändamål medan straffprocessen endast har till syfte att verkställa lagstiftarens hot om straff för det fallet att straffbudet har överträtts. Medan domstolen har en rättsskipande funktion kan medlingsförfarandet anses ha till syfte att återställa den obalans som den oönskade gärningen skapade. Utgången av en straffprocess är beroende av en domstols prövning av skuldfrågan samt av det aktuella brottets straffvärde och kan således anses präglad av ett retrospektivt synsätt. Medlingsutgången är istället ett resultat av ett samtal mellan två individer och karaktäriseras av ett framåtblickande betraktelsesätt där det fokuseras på hur gärningsmannen kan gottgöra offret för de uppkomna skadorna. Ideologierna involverar dessutom olika aktörer som ges olika mandat och ställning och också på olika sätt driver förfarandet framåt. Den ideologiska grunden bakom medlingsinstitutet synes mig, med beaktande av ovan, således oförenlig med den som ligger till grund för bestraffningssystemet.

¹³⁴ Att lagstiftaren valt att använda begreppet målsägande och inte brottsoffer kan uppfattas som något inkonsekvent och kanske felaktigt när man samtidigt benämner motparten för gärningsman och inte tilltalad. Dock finner jag inte skäl att fördjupa mig ytterligare i en diskussion kring denna begreppsanvändning.

5.4 Sammanfattning – medling och det traditionella bestraffningssystemet

Nedan följer en sammanfattning av min diskussion beträffande medlingens förenlighet med det traditionella bestraffningssystemet. Härvid besvaras alltså frågorna om huruvida medlingens straff- och processrättsliga konsekvenser kan anses förenliga med de principer som ligger till grund för straff- och processrätten samt den om huruvida medlingens bakomliggande ideologi kan betraktas som förenlig med det synsätt som ligger till grund för bestraffningssystemet.

Medling kan ge upphov till ett flertal *straffrättsliga konsekvenser*. Förfarandet kan påverka beslut om rapporteftergift och åtalsunderlåtelse men också domstolens överväganden om strafflindring och dess val av påföljd. Då medlingsförfarandet tillämpas på vitt skilda sätt runt om i landet föreligger en överhängande risk för att de straffrättsliga konsekvenserna av samma brottsliga gärning blir olika beroende på var den unge lagöverträdaren är bosatt. Denna omständighet måste anses oförenlig med principen om likabehandling. Oenlighet i tillämpning medför dessutom att systemet blir oförutsebart, vilket inte heller är ett önskvärt inslag i ett rationellt bestraffningssystem. Medling som grund för strafflindring torde vara acceptabelt då strafflindringen föranleds av gärningsmannens ångerfullhet och vilja att gottgöra offret. Emellertid utgör medlingens krav på erkännande, med beaktande av förbudet mot självinkriminering, enligt min åsikt en problematisk grund för straffrabatt. Vidare kan medling som en del i en påföljd medföra att domstolens straffbestämning riskerar styras av offrets uppfattning om lämpligt straff samt av prognostiska överväganden med individualpreventivt syfte istället för, som Brottbalken reglerar, av retrospektiva beaktanden som tar sin utgångspunkt i brottets straffvärde. Det finns också, i min mening, anledning att lyfta fram den omständigheten att medlingsresultatet inte föreskrivs i lag samt att det kan präglas av förnedrande inslag och därför kan stå i strid med stadganden om legalitet och human bestraffning i EKMR och UDHR. Med beaktande av ovan redogörelse finner jag medlingsinstitutets straffrättsliga konsekvenser vara svårligen förenliga med de principer som ligger till grund för den svenska straffrätten.

Medlingens *följder för rättsprocessen* är, i min mening, framförallt tre. Samtliga rör rätten till en rättvis rättegång så som den stadgas i EKMR art. 6. Rätten att få en anklagelse av brott prövad omfattar en rätt att få verklig tillgång till ett objektivt och opartiskt rättskipande forum som är offentligt samt har upprättats enligt lag. Medlingsförfarandet kan, enligt min uppfattning, inte anses uppfylla samtliga av dessa krav. Det är förvisso möjligt att, under vissa omständigheter, avstå från rätten till en prövning. För att ett avstående skall kunna ske får dock inte anklagelsen avse alltför allvarlig brottslighet. Medlingslagen undantar inte alltför allvarlig brottslighet varför jag ställer mig tveksam till om institutet kan anses tillgodose rätten till en prövning. Ett giltigt avstående från rätten till en

rättvis rättegång måste vidare vara frivilligt. Det finns, i min mening, med beaktande av att förfarandet erbjuds unga och påverkbara individer anledning att ifrågasätta om valet mellan medling och rättsprocess verkligen till fullo präglas av frivillighet. Eftersom medling förutsätter ett erkännande av gärningen eller del i denna kan förfarandet vidare anses föregripa domstolens prövning av ansvar för brottet. Föregripanden av skuldfrågan kan uppfattas innebära en kränkning av oskyldighetspresumtionen och äventyrar således själva basen för ett rättvist rättssamhälle. Åsidosättande av denna fundamentala princip är dessutom är oförenligt med stadgandet i den andra punkten i EKMR art. 6. Kravet på erkännande kan också anses oförenligt med förbudet mot självinkriminering. Rätten till tystnad kan härledas ur oskyldighetspresumtionen och är av central betydelse för såväl respekten för den enskildes integritet som för upprätthållandet av materiellt riktiga straffrättsliga beslut, varför avsteg från denna rättighet inte torde vara önskvärda. Medlingens konsekvenser för rättsprocessen innebär, enligt min uppfattning, att rätten till en rättvis rättegång såsom den stadgas i EKMR art 6, äventyras. Mot bakgrund av dessa processrättsliga konsekvenser betraktar jag medlingsinstitutets såsom, om inte oförenligt så under vissa omständigheter i vart fall svårförenligt, med de principer som utgör grunden för processrätten.

Ideologin bakom medling är, till skillnad från den bakom straffrätten, präglad av en reparativ syn på rättvisa. Syftet med förfarandet är dels att gottgöra offret och dels att förmå den unge att i fortsättningen avhålla sig från brott. Motivet för bestraffningssystemet på domstolsnivå är dock retributivt och syftar till att verkställa det hot om straff som lagstiftaren ställt upp för en viss önskad gärning. Brottet består alltså av ett åsidosättande av en, av staten upprättad lag, varför det är staten som betraktas som motpart och inte – vilket ideologin om Restorative Justice förespråkar – brottsoffret. Enligt denna ideologi skall den skyldige ta på sig ansvaret för handlingen och aktivt försöka avtala om ett lämpligt sätt att gottgöra offret. Detta synsätt är dock helt främmande för det traditionella bestraffningssystemet som istället omfattar en process vid vilken domstolen prövar skulden och därefter pålägger lämplig (proportionell) vedergällning. Motiven och tankegångarna bakom medling och Restorative Justice skiljer sig betydligt från dem som ligger till grund för det traditionella bestraffningssystemet. Härav finner jag ideologierna oförenliga.

6 Avslutande kommentarer – medlingens (o)förenlighet med det traditionella bestraffnings- systemet

I det föregående kapitlet analyserades medlingsinstitutet och dess påverkan på straff- och processrätten. Analysen centrerades kring de straff- och processrättsliga konsekvenser som följer av medling samt kring en jämförelse av de ideologier som får anses ligga till grund för medlingen respektive straff- och processrätten. Nedan följer några avslutande kommentarer beträffande min uppfattning kring medlingsinstitutets roll i det traditionella svenska bestraffningssystemet.

För att medling skall kunna godtas som en straffrättslig företeelse krävs det, enligt min åsikt, att förfarandets inverkan på straff- och processrättsliga beslut är förenlig med de grundläggande principer som utgör ramarna för en rationell och rättvis bestraffning samt för en rättssäker process. Som denna framställning får anses ha visat föreligger dock ett antal omständigheter som pekar på medlingsinstitutets svåröförenlighet med det traditionella bestraffningssystemet. Jag vill göra gällande att såväl likabehandlingsprincipen och devisen om en rättvis och proportionell straffbestämning som önskan om en human bestraffning och rätten till en rättvis rättegång riskerar att åsidosättas genom medlingsförfarandet. Även om det inte är någons avsikt att kränka den mänskliga rättigheten att få sin sak prövad på ett rättssäkert sätt eller att i övrigt åsidosätta grundläggande straff- och processrättsliga principer måste denna risk, i min mening, betraktas som överhängande. Den goda viljan hos den enskilde polisen/åklagaren/medlaren att agera rättrådigt och respektera den brottsmisstänktes person är långt ifrån en tillräcklig garanti för säkerställandet av rättvisa och rättssäkerhet. Även om inte medlingens straff- och processrättsliga konsekvenser, var och en för sig, kan framhållas stå i direkt strid med de principer och överväganden som ligger till grund för rättssystemet torde dessa tillsammans föranleda att medlingsinstitutet, i enlighet med dess nu gällande lagreglering, bör betraktas som en straffrättslig anomali. Också skillnaderna i bakomliggande ideologi understryker det faktum att medlingsinstitutets syn på brott och straff är oförenligt med det straffrättsliga betraktelsesättet. Med hänsyn till slutsatserna beträffande medlingens straff- och processrättsliga konsekvenser samt med beaktande av konklusionen om de bakomliggande ideologierna bör medling, enligt min uppfattning inte accepteras som en straffrättslig företeelse.

Kan ändringar i regleringen av medling medföra att förfarandet, i framtiden, anses förenligt med bestraffningssystemet? Kan medlingsinstitutets

framväxt istället föranleda att synen på brott och straff i framtiden förändras och således stämmer bättre överens med ideologin bakom medling? Kan medlingsinstitutet, för att tillgodose offrets behov av upprättelse, accepteras men istället betraktas som en socialrättslig företeelse? Dessa är viktiga frågor som bör utredas. De kan dock, av skäl som torde vara uppenbara, inte bli föremål för en analys inom ramen för denna framställning. Jag nöjer mig härvid med att konstatera att medlingsförfarandet, i dess nuvarande form, mot bakgrund av dess brister i likabehandling, förutsebarhet och rättssäkerhet varken bör ge upphov till straffrättsliga konsekvenser som rapporteftergift och åtalsunderlåtelse, föranleda strafflindring, utgöra en del i en påföljd för brott eller bör förekomma som ett alternativ till en rättsprocess. Säkert är det så att ett samtal mellan gärningsman och brottsoffer kan medföra åtskilliga fördelar för dem båda. Med beaktande av de tveksamheter som föreligger kring medlingsinstitutets (o)förenlighet med det traditionella bestraffningssystemet, finner jag dock att sådana samtal bäst genomförs utanför den straffrättsliga arenan.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

SOU 1993:35 Reaktion mot ungdomsbrott
SOU 2000:105 Medling vid ungdomsbrott
SOU 2004:122 Ingripanden mot unga lagöverträdare

Prop. 1987/88:120 Om ändring i brottsbalken m.m.
Prop. 1987/88:135 Om åtgärder för unga lagöverträdare
Prop. 1994/95:12 Handläggning av ungdomsmål
Prop. 1997/98:96 Vissa reformer av påföljdssystemet
Prop. 2001/02:126 Medling med anledning av brott
Prop. 2005/06:165 Ingripanden mot unga lagöverträdare

bet. 2001/02:JuU26 Medling med anledning av brott
bet. 2005/06:JuU34 Ingripanden mot unga lagöverträdare

Doktrin

Braithwaite, John: Restorative Justice and Responsive Regulation. Oxford University Press, New York 2002.

Danelius, Hans: Mänskliga rättigheter i Europeisk praxis – en kommentar till EKMR, Tredje upplagan. Norstedts Juridik, Stockholm 2007.

Festskrift till Lars Welamson (s. 469-486, Träskman, Per Ole: Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet.) Norstedts Förlag, Stockholm 1987.

Hechsner, Sten m.fl.: Straff och rättfärdighet – ny nordisk debatt. P.A. Norstedts & Söners Förlag, Stockholm 1980.

Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt. Iustus förlag AB, Uppsala 2001.

Jareborg, Nils: Straffrättsideologiska fragment. Iustus förlag AB, Uppsala 1992.

Jareborg, Nils och Zila, Josef: Straffrättens påföljdslära, Andra upplagan. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2007.

Johnstone, Gerry: Restorative Justice – ideas, values, debates. Willan Publishing, Cullompton, Devon, 2002.

Nehlin, Christina, Lindström, Peter och Svanberg, Karin: Medling vid brott – om mötet mellan unga gärningsmän och brottsoffer. Kommentus Förlag, Södertälje 1998.

Nowak, Karol: Oskyldighetspresumtionen. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003.

Rytterbro, Lise-Lotte: Medling – möten med möjligheter. En analys av en nygammal reaktion på brott. Kriminologiska institutionen, Stockholms universitet, Akademityck, Edsbruk 2002.

Sandgren, Claes: Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – ämne, material, metod och argumentation. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006.

Von Hirsch, Andrew: Proportionalitet och straffbestämning. Iustus Förlag AB, Uppsala 2001.

Von Hirsch, Andrew, Roberts, Julian, Bottoms, Anthony E, Roach, Kent och Schiff, Mara (red.): Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigm? Harts Publishing, Portland, Oregon, 2003.

Zehr, Howard: Changing lenses – a new focus for crime and justice. Herald Press, Scottsdale, Pennsylvania 1995.

Zehr, Howard och Toews, Barb (ed.): Critical Issues in Restorative Justice. Criminal Justice Press, New York 2004.

Zehr, Howard: The little book of Restorative Justice. Good books, 2002.

Periodika

Christie, Nils: Conflict as property – British Journal of Criminology, vol. 17, 1977. The Eastern Press Ltd, London 1977.

Borgeke, Martin och Reimer, Stefan: Straffansvarets gränser, ett inlägg – Svensk Juristtidning, Iustus förlag AB, Uppsala 2003.

Träskman, Per Ole: Tio år med straffvärdet – Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, Kandrups boktrykkeri, Köpenhamn 2000.

Träskman; Per Ole: Rätten att förbli tyst – Tidsskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, Helsingfors 1993.

Victor, Dag: Påföljdsbestämning i ett differentierat påföljdssystem – Svensk Juristtidning, Iustus förlag AB, Uppsala 1999.

Rapporter och andra publikationer

RÅ 1996:6 Medlingsverksamhet för unga lagöverträdare En kartläggning av projekt Ett förslag till modell för medling

RÅ 2006:3 Riksåklagarens riktlinjer för handläggning av ungdomsärenden

BRÅ Rapport 1997:7 Nytt straffsystem – idéer och förslag

BRÅ Rapport 1999:12 Medling vid brott – gärningsmännen berättar

BRÅ Rapport 2000:2 Medling vid brott – brottsoffren berättar

BRÅ Rapport 2000:8 Medling vid brott – slutrapport från en försöksverksamhet

BRÅ rapport 2005:14 Medling vid brott i Sverige på 2000-talet

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

Övriga källor

Statistik och fakta kring medlingens uppbyggnad, 2007-05-08, Seminarium från Medlingens dag: ”Hur ser medlingen ut och vad behövs för en fungerande verksamhet”. BRÅ:s hemsida (www.bra.se) den 2 oktober 2007 kl. 11.53.

Rättsfallsförteckning

Mål från Europadomstolen

Cooke mot Österrike (25878/94)

Hauschildt mot Danmark (10486/83)

Marpa Zeeland B.V. och Metal Welding B.V. mot Nederländerna
(46300/99)

Miller mot Sverige (55853/00)

Murray mot Storbritannien (18731/91)

Pescador Valero mot Spanien (62435/00)

Riepan mot Österrike (35115/97)

Rolf Gustafsson mot Sverige (55853/00)

Thompson mot Storbritannien (36256/97)

Mål från Högsta domstolen

NJA 2000 s. 314

NJA 2002 s. 288