

MEDLING I BROTTMÅL SOM EN DEL AV DET SVENSKA STRAFFRÄTTSYSTEMET

AV JUR.KAND. ANDREAS KARLGRÉN OCH DOCENT HELÉN ÖRNEMARK HANSEN

*This article examines correspondence between restorative justice and the existing legal system on both theoretical and practical levels. More specifically, the Swedish Mediation Act is considered in terms of its compatibility with the ideology of a modern criminal justice process and the acquis of the EU, most notably the demands of the European Convention on Human Rights.***

Inledning

Det svenska straffrättsystemet befinner sig, såsom de flesta nationella rättsområden sedan ett par decennier tillbaka i en brytningstid till synes ledd av en lätt ambivalent egen vilja tötar det svenska rättssystemets snötäcke av rättspositivism och skandinavisk rättsrealism undan för kontinentalt och globalt inspirerade förnyelsetankar. Vad som ska växa på barmarken under de kommande decennierna är vårt problem.

Till bakgrundsbilden hör det faktum att rättssystemet kämpar med en problematisk avgörandestatistik, att otryggheten har ökat i samhället samtidigt som de insatser som krävs för att föra personer bort från brottets bana inte verkar tillräckliga. Att många konflikter som slits i domstol i själva verket aldrig borde avgjorts där är sannolikt alla eniga om. Samma enighet råder när det gäller att något nytt måste göras snarare än att försöka lösa detta sisyfosuppdrag med gamla metoder.

Medling vid brott befinner sig i brytningspunkten mellan de samtidigt globala och underifrån framväxta rörelserna för reparativ rättvisa och brottsoffer som spränger sig in i det krackelerade svenska straffrättsystemet. Samtidigt ställs det svenska rättssystemet inför problemet med interharmoniering med vårt Europeiska rättscorpus (Europakonventionen och EU-rätten).

Medlingsförfarandet innebär, enligt den bakomliggande ideologin, att de som verkligen berörs av konflikten (gärningsman och brottsoffer) deras konflikt och upplevelse av brottet sätts i fokus under ledning av en opartisk medlare. I medlingsförfarandet ska offret ges upprättelse inför gärningsmannen som i sin tur får se konsekvenserna av sitt brott. Det tydliggör för dessa och andra sekundära intressenter att det inte är statens normer som är kränkta utan de enskilda. Detta är tänkt att fusionera

* Artikeln är inspirerad av Andreas Karlgréns examensarbete "Medlingslagen, en del av ett rättssystem i förändring", Lunds Universitet, Juridiska fakulteten, 2007.

** Title in English: *The Status of Mediation in the Swedish Criminal Justice System*. Original in Swedish.

rättsystemets retributiva och rehabiliterande kvaliteter, med andra ord en reparativ rätt som återställer den sociala konflikten som orsakar och orsakats av brottet.

Problemorientering

Sedan årsskiftet 2008 ska alla kommuner i landet kunna erbjuda medling vid brott i enlighet med lagen (SFS 2002:445) om medling med anledning av brott (ML). Vad medlingsförfarandet innebär har redan inledningsvis berörts, men vad har det för roll i ett modernt straffrättsligt system? Förutom att dessa frågor är intressanta och relevanta finns det ytterligare anledning att aktualisera dem. Lagen om medling introducerar en del av den process som följer på ett brott. Ytterst sett är den rättsväsendets hårda kärna där domstolsorganisationen utgör ryggraden och bär upp korrektivet för denna process. Hur och på vilket sätt denna hårda kärna betraktar och tar hänsyn till medlingsverksamheten är avgörande för den roll den senare får. För att kunna ta hänsyn till medlingsverksamheten krävs därmed att kunskapen om just dessa två frågor sprids och utvärderas.

Idag finns det få tecken på att denna undervisande och utvärderande verksamhet bedrivs på ett sätt som på bred front aktualiserar frågeställningen hos polis- och åklagarmyndighet och i domstolarna. Dessutom bedrivs inte akademisk forskning på området i vidare utsträckning.

Parallellt med denna utveckling har de brottsofferfokuserade insatserna utvecklats och spridits. Medlingsverksamheten har utvecklats till en egen process som kan fungera som en ersättare för den ordinarie straffrättsprocessen. Detta har skett utan att många av de straffprocessuella säkerhetsgarantierna direkt går att känna igen inom medlingsverksamheten. Det verkar t.o.m. i vissa fall som om dessa rättssäkerhetsregler står i konflikt med medlingens syfte och filosofi.

Detta innebär att den grundläggande frågeställningen i debatten och därmed i artikeln blir: *hur ska rättsväsendet behandla medlingsförfarandet?* För att besvara denna vida fråga måste en del underfrågeställningar undersökas.

1. Hur förhåller sig medlingslagens förfarande till den moderna processens straffrättsfilosofi?
2. Hur förhåller sig medlingslagens förfarande till Europakonventionen och EU:s rättscorpus?

Medling i Sverige

Medlingsverksamhet vid brott har bedrivits i Sverige sedan 1987, men kom igång under början av 90-talet. Syftet var att låta unga lagöverträdare möta konsekvenserna av sina brott. Verksamheten har delvis växt fram underifrån, utan direkt initiativ från statsmakten. 1998 fick BRÅ uppgiften att leda och utvärdera en del av denna verksamhet.¹

Lagstiftningsprocessen sattes igång då man kunde konstatera ”att åklagare och domstolar redan i dag enligt det gällande regelverket kan beakta vad som skett under en medling vid beslut i åtalsfrågan samt vid straffmätning och val av påföljd.”² Man såg behovet av att ta ställning bl.a. till initiativtagandet till medling (1), när medlingen skulle tas in i processen, (2), samt medlingens inverkan på åtal och påföljd (3).³

Propositionen nämner att medling i korthet innebär att de som tvistar möts inför en opartisk medlare och försöker lösa den underliggande konflikten som mynnat ut i den brottsliga handlingen.⁴ Utgångspunkten för denna medling är inom den straffrättsliga skolan känd som *reparativ rättvisa*. Av propositionen framgår det att ”[r]eparativ rättvisa kan definieras som en process i vilken parter som berörs av ett brott samlas för att tillsammans lösa hur man skall hantera följderna av brottet och dess verkningar i framtiden.”⁵

Motiven som anges för införandet av medlingsverksamheten är den positiva effekt som man menar att medling har på såväl brottsoffrets som gärningsmannens upplevelse av processen, och den förmåga medling har att förebygga återfall. Ett av de syften som vidare anges är att medlingen kan komma att avlasta rättsväsendet.⁶

När Kalle fått stryk

Följande avsnitt är en fiktiv berättelse om ett brott. Den bygger på autentiska citat från BRÅ-rapport 2000:2, Medling vid brott - Brottsoffren berättar och BRÅ-rapport 1999:14 Medling vid brott – gärningsmännen berättar. Citaten har omarbetats och passats in i en ramberättelse som delvis bygger på fakta från boken Offer för våld och egendomsbrott 1978-2004 av Lars Häll och BRÅ:s rapport 2007:20 Kriminalstatistik 2006.

Syftet med berättelsen är att ge insikt i hur medlingsverksamheten kan gå till och vad den kan resultera i. Berättelsen syftar inte till att vara representativ, men den vilar på en bakgrund med hög fakticitetsgrad.

Kalle är 20 år gammal och bor någonstans i Storstockholm. Han är en rätt vanlig kille som läser på komvux för att kunna studera på universitetet. Han bor i lägenhet med sin mamma, pappa och yngre syster men ska precis flytta till egen lägenhet. Han blir offer för brott.

Kalle och hans vänner var ute och festade den där fredagskvällen då det hände. Det var november och utestället skulle just stänga. Alla var berusade, inte minst Kalle som laddat ordentligt inför kvällen. Som vanligt uppstod det trängsel vid garderoben när klubben stängde. När han försöker minnas vad som hände kommer han inte riktigt ihåg. Men han tror att någon bakom honom i kön försökte tränga sig och Kalle tryckte till med armbågen för att markera att han inte tänkte ge efter. När han kom ut från kön med sin jacka över armen hade han kommit bort från sina vänner och ställde sig i den kalla luften för att vänta på dem.

Han korsade gatan ner mot tunnelbanenedgången och spejade mot klubben. Vad han minns kom en kille, en sådan där riktigt lång och bredaxlad kille, gående över gatan med något vilt i blicken. Kalle kommer ihåg hur han tog ett avvaktande steg bakåt in under gatubelysningen när killen tog två snabba steg fram och slog honom rätt i ansiktet. När Kalle vaknade upp kände han en stark värme i ansiktet och såg hur hans kompisar och någon ordningsvakt drog i honom och ropade hans namn. Polisen kom till platsen och han polisanmälde händelsen utan större hopp om att polisen skulle hitta killen. Dagen efter kände han knappt igen sig själv, ena ögat var igenmurat av en ömmande blå bula och den tidigare blödande näsan var helt igenkorkad av levrat blod.

Det tog någon vecka innan blånaden sjönk undan men mentalt satt det kvar länge. Han tittade sig över axeln när han var ute och höll sig alltid nära sina kompisar på uteställena. T.o.m. de märkte att han var "skraj" men ville inte kommentera det. Det var ju lite skämmigt att han fått "dunk". Vid ett tillfälle var han säker att han sett killen som slagit honom och stack snabbt hem tillsammans med en kompis som ställde upp. Kalle fick visserligen veta att han kunde vända sig till en brottsofferjour men det var ju pinsamt. Han var ju en vältränad fotbollsspelare innekille som inte behövde prata med någon psykolog.

Som av en lycklig slump hade killen som slagit Kalle blivit tagen på samma ställe. Ordningsvakterna hade känt igenom honom när han varit inblandad i ett slagsmål. Hans register var ganska brett visade det sig. Åklagaren frågade om han hade ett enskilt anspråk – något skadeståndskrav. Då brast lite för Kalle som kände att han nu verkligen skulle få ut det han förtjänade. Han drog till med ett saftigt skadeståndskrav som skulle gottgöra honom för kränkningen, det psykiska lidandet och hans nedblodade och förstörda jacka.

Pelle är 18 år gammal, han läser på gymnasiet och bor med sin mamma och pappa någonstans i Storstockholm. Han är förövaren av ett brott. Han hade varit ute den aktuella kvällen och festat hårt och kom i efterhand inte ihåg allt som hänt. Stället skulle just stänga och han stod i kö till garderoben. Det var fullt av folk och det putades bakifrån samtidigt som vakterna försökte hålla koll på utsläppet. Killen framför honom ger honom plötsligt ett slag. Först blir han lite chockad men efterhand rinner det liksom till för honom som han beskriver det i efterhand. Han trycker sig snabbt ut mot utgången och spanar efter killen. Han minns att han går fram mot honom där han står längre bort på trottoaren, på samma sida som klubben. Pelle kommer ihåg att han tar ett par snabba steg fram mot killen som ser ut att förbereda sig för att ge honom ett slag. Snabbt tar Pelle ytterligare ett steg och knuffar med full kraft samtidigt som han skriker "jävla idiot". Killen faller till marken och Pelle går snabbt därifrån. Resten av kvällen är i lite av ett töcken. Han och hans polare drar vidare till ett annat ställe och festar någon timma innan kvällen rundas av på ett gatukök i centrum.

Några veckor senare på samma klubb hamnar Pelle i slagsmål igen. Som vanligt blir det han som "får ta skiten" även om det var den andra killen som började spilla öl på honom. Men när ordningsvakterna griper honom dras den gamla historien med knuffen upp. När polisen efteråt kallar honom till förhör är de mer intresserade av det och idioten som slog honom i november än av den där andra gången med killen som hällde öl över honom.

När Pelle och Kalle möts i rättsalen lite över ett år senare kommer ingen av dem riktigt ihåg det som hänt. Deras ögon möts inte under rättegången där det mest är advokaterna och åklagaren som snackar. Åklagaren är någon helt annan än den som tidigare hållit i målet. Han verkar visserligen mycket påläst men det känns ändå lite konstigt.

Kalle har ett målsägarbiträde som han träffat en timme någon vecka innan rättegången. Han förklarar att Kalles skadeståndskrav är orealistiska och de ändrar dem så att de ska kunna få igenom dem. Det finns ett vittne, ordningsvakten som sett det hela och berättar hur det hela gått till. Han var nykter den kvällen och har varit med tidigare i rättsalen. Förhöret med Kalle tar längst tid. Först tjarar åklagaren om hur berusad Kalle var, vad han druckit och om han kände igen den tilltalade. Sedan upprepar försvarsadvokaten samma frågor men frågar också om han hade slagit den tilltalade och om han verkligen var säker på att han blivit slagen innan han blev knuffad. Målsägandebiträdets frågor gör det hela lite bättre men: "gjorde det ont", "hur länge gjorde det ont", "vad kostade din jacka" "var den ny" är inte frågor som Kalle tycker är helt relevanta. Han vet ju om att det handlar om skadeståndet som måste bevisas. Så mycket har ju målsägandebiträdet förklarat men det känns ändå som om hans historia bara är intressant för att den kan uppskattas i kronor och ören. När den tilltalade sedan ljuger om att Kalle skulle slagit honom och att han inte alls gett Kalle ett slag i ansiktet blir han minst sagt förbannad.

Pelle skäms rätt rejält där han sitter. Han blänger surt på åklagaren och tittar i ögonvrån på den där killen som slog honom och nu vill ha pengar för det. Pelles morsa sitter bakom honom och det hela känns så onödigt. Varför skulle han ha gjort det där? Frågan om hur berusad han var svarar han samvetsgrant på och försöker redogöra för hur han fick ett slag i kön och sedan knuffade till målsäganden utanför.

Vittnet hörs och berättar att han sett hur den tilltalade kommit springande och knuffat ner Kalle i marken. Därefter utbröt ett handgemäng dem emellan som slutade med att Kalle återigen trillade i marken och blev liggande på marken i en vattenpöl med kraftigt näsblod. Varken Kalle eller Pelle tycker att vittnet berättat en historia de kan känna igen sig i.

När domaren sedan läser upp den åtalades personliga snyfthistoria blir Kalle missmodig: varför får inte han berätta sin livshistoria när den här brottslingen får sin solskenshistoria om hur brottet förändrat hans liv och egentligen är en snäll kille (trots fem avsnitt i belastningsregistret) föredragen. Pelle å sin sida skäms lite när domaren läser att han har fått en ordningsbot för offentlig urinerings. Vad har det med saken att göra?

När domen avkunnas döms Pelle för misshandel till villkorlig dom och "lite böter". Dessutom ska Pelle betala 6 000 kr till Kalle för kränkningen och den förstörda jackan. Ingen av dem känner sig helt nöjda med vad som sagts i rättsalen eller domens motivering. När domen kommer hem en vecka senare ägnar de den inte mycket tid. Pelle tycker inte att hans berättelse om vad som hände blivit tagen på allvar. Dessutom tänker han på alla andra som sluppit undan när han fått "ta smällen för varje litet felsteg". Kalle känner sig upprörd över att domaren inte tagit hans berättelse på allvar utan skrivit att de slagits både i kön och efter knuffen. Dessutom känns det som om en villkorlig dom och 6 000 kronor inte är något straff som känns.

Men samma eftermiddag får de ett samtal från den åklagare som handlagt målet. Hon undrar om de skulle vara intresserade av att träffas med en medlare och diskutera igenom händelsen och be om ursäkt. Lite tvekande tackar båda ja till att få mer information.

Någon dag senare ringer medlaren hem till dem båda och informerar dem mycket grundligt om vad medling innebär. Efter ytterligare ett par samtal och ett möte med medlaren tillfrågas de båda om de kan tänka sig att mötas med medlaren för att diskutera det som hänt.

För Pelles del var det naturligt att tacka ja. När han får reda på att Kalle ville träffas kändes det helt rätt. Han kände att medlaren hade lite förväntningar om att han skulle ställa upp men Pelle som känt en sten i magen lång tid efter rättegången ville ändå förklara sin sida och be om ursäkt.

Kalle som känt en sten i magen lång tid före och efter rättegången hoppades att det skulle kännas bättre efter mötet. Rättegången hade mest rivit upp hans minnen av händelsen och lämnat honom med mer frågor än svar. Eller som han sa till medlaren: "jag är inte en person som är rädd av mig, men helt plötsligt så var jag rädd. Inte rädd att vem som helst skulle hoppa på mig på gatan, inte så, men jag ville inte ha någon bakom mig."

Mötet var jobbigt för dem båda. Orden växlade mellan parterna under mötet, som var organiserat och schematiskt uppbyggt. Medlingen tog knappt en timme. De berättade sin version av händelseförloppet och även om de hört den andres historia sedan tidigare kände de att de i princip kunde enas om händelserna. I vart fall med vissa nyanseringar och det spelade inte så stor roll att det skilde sig åt på någon punkt. Det viktigaste var nästan att kunna se varandra i ögonen och berätta hur det gått till.

Pelle kände sig dum och hela situationen var jobbig på ett sätt som han inte förväntat sig. Framförallt när Kalle berättade om hur han känt det efteråt och om den där gången när han trodde sig ha sett Pelle på ett uteställe. Han var ju inte farlig. Det kändes skönt att få säga till Kalle att han aldrig skulle ha rört honom om han varit nykter och att han själv skulle ha gått om han sett Kalle den där gången. Kalle kände hur han som varit offret ute på gatan hamnat i ett överläge vid medlingen. Han såg hur Pelle skämdes för vad han gjort.

Det kändes samtidigt skönt att ha medlaren där. Han kändes väldigt rättvis och försökte förstå vad de pratade om och vad de menade. Han såg till att de fick tala lika mycket och att de fokuserade på vad Pelle och Kalle hade upplevt, hur de uppfattat situationen och vad som hänt därefter.

För Kalles del så försvann hans rädsla. Han funderade på om den skulle ha gjort det ändå, men oavsett kändes det ändå bra att ha fått en verklig bild av den här killen, Pelle, och få en förklaring till varför det hade hänt. För Pelles del var det skönt att få be om ursäkt. Han var rätt säker på att Kalle verkligen menade vad han sa när han accepterade ursäkten även om han fick upprepa det ett par gånger. Samtidigt som Pelle lämnade en klump i magen bakom sig kändes detta jobbigt eftersom han fick se följderna av sina brott. Efteråt förstod han att detta också gjorde att han uppfattade brottet som mer allvarligt. Hade någon frågat honom hade han sagt att medlingen påverkat honom att försöka undvika att skada andra i framtiden.

Reparativ rätt(visa)

Vanligtvis översätts begreppet "*restorative justice*" med *reparativ rättvisa*. Om begreppet är felöversatt är värt att fråga sig. Att det i någon mån rör sig om en form av retoriskt språkbruk är i vart fall tydligt. Alternativa översättningar är *reparativ rätt* eller *reparativ rättsordning*.

Ett nytt straffrättsparadigm?

Begreppet "*restorative justice*" formaliserade sig vid 1990-talets början som ett begrepp i kontrast till ren retributiv, bestraffande, rättvisa.⁷ Många vill dock spåra medling och reparativ rättvisa till de nordamerikanska försoningsprogrammen ("*Victim-offender reconciliation program*") som utvecklades och spred sig till andra anglosaxiska rättssystem från 70-talet.⁸ I ett kombinerat arbete mellan aktivister, poliser, domare och rättsvetenskapsmän utvecklades den reparativa rättvisan till en social rörelse.⁹

Genom spridningen kom medlingsverksamheten att förändras. På Nya Zeeland utökades den berörda kretsen från att bara omfatta offer och gärningsman. Familjesammanförningar s.k. "*Family group conferences*", blev en vidareutveckling på både teoretiskt och praktiskt plan av det som kom att bli känt som reparativ rättvisa ("*restorative justice*").¹⁰

Däremot är det inte så att det som idag benämns reparativ rättvisa i egentlig mening kan härledas till ett startskott. Rörelsens rättvisebegrepp är en samling av olika tankelinjer från abolitionismen, informella rättvisan, feministiska rättsteorier, skammens återintegrerande verkan, m.fl. som sammanstrålar under en beteckning.¹¹

Rättsideologin är en form av hybrid mellan retribution och rehabilitering, där politiker över block- och ideologigränser kunnat komma till en gemensam uppskattning av den reparativa rätten. Om än med utgångspunkt i helt olika sidor av den rättsfilosofiska skolan. De liberala, feministiska och abolitionistiska krafterna har stött den reparativa rättvisan med utgångspunkt från dess mindre bestraffande drag och de familjeorienterade, kristdemokratiska och konservativa krafterna p.g.a. dess samhällskontextuella, moralfokuserade och familjeorienterade perspektiv.¹²

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

"Restorative justice is a process to involve, to the extent possible, those who have taken 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."¹³

Detta är uppenbarligen ett mycket vitt begrepp som inte är en fungerande term vid klassificering av företeelser ur ett straffrättsteoretiskt perspektiv. Snarare bör vi uppfatta termen reparativ rätt som en samling av principer för hur samhällelig bestraffning bör genomföras. Av detta följer att ett förfarande mer eller mindre kan rymma reparativa dimensioner genom att omfatta dessa principer i någon utsträckning.

Dessa principers syn på straffprocessen kommer nedan att illustreras under rubrikerna: offret, gärningsmannen, samhället, brottet och processen.

Offret

För den reparativa rättvisan ligger fokus på offret och offrets kontext; dess sociala sammanhang. Utgångspunkten för den reparativa rättvisan är att det ordinarie rättsväsendet stjälar konflikten från dem som verkligen berörs av den. Den moderna processen anses signalera att gärningsmannen förövat ett brott mot statens rättsregler och inte mot den utsatta individen.¹⁴

Den reparativa rättvisan har till syfte att sätta offret i fokus och tillfredställa de behov som offret har i förhållande till upplärandet av ett brott.¹⁵

Offret har ett behov av att bli *myndiggjord* vilket innebär att själv få vara i kontroll över processen och därigenom kunna få berätta sin historia och låta rätten grundas på den egna upplevelsen av brottet.¹⁶ Då tillfredställs det *terapeutiskt be-*

hovet hos offret, att få återberätta sin upplevelse. Att få göra det offentligen, gärna direkt för gärningsmannen, och få erkännande för sin berättelse.¹⁷ Detta borgar för att en rättvissekänsla ska infinna sig hos de inblandade parterna.¹⁸

Offret behöver *information* om varför brottet skedde. Vad föranledde brottet? Vad har hänt sedan dess?¹⁹

Slutligen har offret ett behov av att bli *upprättad* och få sin förlust *reparerad*. Både som symbolisk och faktisk gottgörelse för det lidande som brottet inneburit.²⁰ Samtidigt har offret rätt att kräva av staten att den tar avstånd från gärningen och markerar offrets moraliska rätt i situationen.²¹

Offret har en rätt att få veta vad som föranledde övergreppet samt att få sin förlust uppvägd både genom terapeutisk och materiell återställning.

Gärningsmannen

Den klassiska synen på gärningsmannen i det moderna samhället kan, lätt karikerad, beskrivas på två sätt. Antingen ska gärningsmannens lagtrots leda till straff i preventivt och retributivt syfte,²² eller så ska gärningsmannens eget ansvar förminska till förmån för en rehabiliterande syn på juridisk rättvisa där gärningsmannen ska botas från brott.²³

Den reparativa rättvisan utgår från att man genom sin straffrättsfilosofi verkligen gör gärningsmän ansvariga för sina brott. Den enskilde brottslingen antas ofta genom psykologiska försvarsmekanismer fjärma sig från offrets lidande. Istället skyller man på samhället, domaren, åklagaren, polisen. Ett beteende som bara ökar genom rättsprocessens utformning.²⁴ Riktigt ansvar menar man att en gärningsman bara tar när han verkligen möter och förstår konsekvenserna av sitt brott. Inte bara i rent juridisk mening utan när han inför sig själv och andra erkänner sitt ansvar för offrets lidande.²⁵

Att gärningsmannen hålls ansvarig för offrets lidande, syftar till att stimulera hans empati och därigenom få honom att känna skam inför sin handling. Genom denna *återintegrerande skam* ska en vilja till självförändring födas.²⁶

Den återintegrerande skammen är baserad på moraliskt fördömande av gärningsmannen, samtidigt som det inte är frågan om stigmatisering av denne. Dvs. en moralism utan förvisning. Det som kännetecknar den skam som genereras av att få sitt handlande ifrågasatt moraliskt av, och/eller inför de som man själv bryr sig om utgör en form av social kontroll.²⁷

Vidare menar företrädarna för den reparativa rättvisan att gärningsmän både för egen del och för offrets skull har ett behov av att symboliskt nedlägga en reparation för skadan. Dvs. att på något sätt erlagga en prestation som visar att man är villig att sona brottet.²⁸

Samhället

Den reparativa rättvisan är offercentrerad och pekar ut samhällets förmåga att ta konflikten från de primärt berörda som en fundamental brist i rättssystemet. Trots detta erkänner vissa av företrädarna att samhället berörs av brotten som begås i samhället på ett sådant sätt att man kan betrakta samhället som ett sekundärt offer i sammanhanget.²⁹

Samhällets grund är nämligen vår strukturella känsla av kollektiv tillhörighet; vilken undermineras av att brott begås. Vi upplever att samhället brister i sitt ansvar mot offer och gärningsmän om det inte ingriper mot brottet. Detta innebär i slutändan att samhället brister i sitt ansvar gentemot den psykologiska föreställning som bär upp det.³⁰

Samhället måste bygga strukturer som möter de primärt inblandades behov av samhällets ingripande. Detta leder till ett stärkande av samhällsgemenskapen. Samhället ska inte i första hand tillgodose sin egen hämndlystnad för utförda delikt och sedan i andra hand möta offer och gärningsmans behov. Istället ska man sträva efter att stärka samhällsgemenskapen. Men detta kan i andra hand ske genom att (i andra hand) tillgodose de behov som offer och gärningsman har av samhällets ingripande. Ett ingripande där samhället själv betraktar sig som offer.³¹

På vilket sätt detta skiljer sig från motivet för ett klassiskt straffrättsligt system är otydligt. Det gemensamma perspektivet som kan uppfattas visar att de idealbilder som vid första anblick är mycket vitt skilda i själva verket beaktar samma skyddsintressen. Detta är särskilt intressant vid en bedömning av vilken roll ett reparativt förfarande kan ha i relation till ett modernt straffrättsligt system.

Brottet

Inom den reparativa rättvisan är det primära brottet en kränkning av människors relationer. Detta bygger på uppfattningen att samhället går nerifrån och upp. Samhället är inte staten som sträcker sina tentakler neråt i ett lydnadsförhållande. Istället är det ett socialt nät av människor vilket byggs på ett fridsförhållande.³² Kränkningen av den mellanpersonliga freden är både en konsekvens och en effekt av brottet. Denna måste även helas.³³

I motsats till det kontradiktoriska eller inkvisitoriska förfarandets fokus innebär detta att det intressanta i processen inte är den materiella sanningsfrågan. Fokus är istället på vad som upplevdes och hur detta har skadat de inblandade individerna.³⁴ Detta är den kanske skarpaste kritiken av det moderna rättsväsendet. Kritiken innehåller ett potentiellt legitimerande av förbigåendet av rättssystemets krav på rättsäkerhet. Vem som gjorde vad är ju i bästa fall sekundärt intressant. Sanningsökandet ska fokusera på den sociala och moraliska dimensionen av brottet.

Processen

Den reparativa rättvisans förespråkare ser olika roller för sitt system inom ramen för den moderna processen. Helt klart är att de inte vill att den fokus som den moderna processen har inte helt kan ersättas.³⁵ De erkänner att den västerländska processens yttre ramar utgörs av mänskliga rättigheter, rättssäkerhet samt att det materiella sanningssökandet är värden som bör bejakas.³⁶ Vissa menar dock att den reparativa processen har potential på dessa områden.³⁷ Klart är dock att den reparativa processen rent praktiskt kan bli en ersättning för en utebliven rättegång.

Vår rättsprocess är i en yttre och inre mening en ceremoni. Både för samhället, offret och gärningsmannen. Detta är en sociologisk iakttagelse av våra rättsreglers funktion och regleras inte i lagtext. Samtidigt är det en form av makttutövande genom tillämpningen av materiella rättsregler. Dessa båda sidor är två funktioner av ett rättssystem. På samma sätt som ett strafföreläggande ersätter straffprocessen kan ett medlingsförfarande ersätta både den materiella och den ceremoniella sidan av rättssystemet.

Det traditionella rättsväsendet utgår från att offret är ett bevismedel, att åklagaren har bevisbördan och att gärningsmannen är oskyldig tills motsatsen är bevisad. Detta är självklarheter i vårt straffprocessrättsliga system men frågan är vad de betyder för offren och för gärningsmännen? Är den materiella eller ceremoniella sidan av rättssystemet mest betydelsefull och hur kan ett fördjupat ceremoniellt fokus samexistera med den materiella rättvisan? Detta är frågor som blir aktuella i diskussionen kring medlingen.

Vi kan konstatera att trenden främst är en vilja att infoga, bejaka och bevara ett reparativt fokus i processen samtidigt som den sanningssökande och bestraffande sidan behålls. Men bara i de fall då ett erkännande inte kommer till stånd och i väntan på den dag då ett reparativt förfarande klarar av att hantera samtliga fall.³⁸

Medlingsprocessen

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

En bedömning om medling är lämpligt sker med utgångspunkt för 3 § ML. Dvs. att det är i båda parternas intresse, för att minska de negativa konsekvenserna av brottet liksom ett sätt att ge gärningsmannen en ökad insikt om brottets konsekvenser och för offret att kunna behandla sina upplevelser. Det är alltså ingen rättighet för parterna att få till stånd ett medlingsförfarande.³⁹

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

Lämpligheten är en bedömning mot brottets art. Offerlösa brott som t.ex. rattfylla, narkotikabrott är olämpliga enligt propositionen. Av hänsyn till offret är medling även olämpligt vid sexualbrott och andra utsatta brottstyper.⁴⁰ Som t.ex. brott mot anhöriga och kvinnor i en relation med gärningsmannen.⁴¹ En fråga som då måste formuleras är huruvida dessa offers rättigheter inte behöver tillvaratas? Var får dessa offer berätta sin historia? Var uppmanas dessa gärningsmän att ta sitt ansvar? Om dessa brott är så kränkande till sin natur vore det kanske värt att fråga sig om inte de i synnerhet borde bearbetas i reparativa sammanhang, något som sker i vissa länder.

Särskilt aktuella är de brott som är av s.k. strategisk art, dvs. de som utgör inkörsport till tyngre kriminalitet, som i propositionen nämns tillgrepp av fortskaffningsmedel, rån och stöld.⁴²

I beredningens förslag fanns ett förslag till ändring av lagen (1964:167) med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare, där direkta propåer om medling skulle göras i varje enskilt fall och situationen utvärderas för att undersöka om det var lämpligt med ett medlingsförfarande.⁴³

Medlingsmötet

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

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

Anledningen att regeringen väljer att inte mer noga göra klart vad som är förutsättningarna för medlingsverksamhetens yttre ram och medlingens former är att det inte finns någon standardmodell för hur medlingen bör genomföras. Regeringen menar att medlingen måste tillåta att utveckling sker i olika riktningar beroende på vad som är mest effektivt.⁴⁴

Det typiska medlingsförfarandet innebär dock att medlaren berättar om brottet, varpå parterna berättar om det som hänt. Detta följs av frågor riktade till varandra medan medlaren tar en passiv position. Förhoppningen är att en dialog kommer till stånd. Medlarens roll är att underlätta denna och säkerställa att de inblandade kommer till tals och att hela brottet blir belyst.

De övriga närvarande får oftast inte tala innan gärningsman och offer talat färdigt. Därefter diskuterar man någon form av gottgörelse, och ett reparationsavtal kan skrivas för att formalisera detta. Sedan sammanfattar medlaren vad som diskuterats och vad man kommit fram till för att sedan bereda tillfälle till ursäkt och förlåtelse om det är önskvärt.⁴⁵

Ett lyckat medlingsmöte kan sedan beaktas vid påföljdsbestämning i allmän domstol eller tillåtas bidra till att en åtalsunderlåtelse (20 kap. 7 § RB och 17 § 3 st. LUL) utfärdas.

Syftet med medlingen

Propositionen anger att syftet med ett medlingsförfarande kan vara (och har varit i försöksverksamheten) att ”sätta stopp för en kriminell karriär, att lösa konflikter mellan parterna, att hjälpa brottsoffer, att stärka den sociala kontrollen eller att tillrättaföra ungdomar.”⁴⁶ Men dessutom anges att det främst är förmågan att undantränga återfall och minska lidande för brottsoffer som kommit att dominera i försöksverksamheten. Man konstaterar dock att det är svårt eller omöjligt att fastslå något med säkerhet kring återfallsstatistiken.⁴⁷

Medlingslagen avser att tillfredsställa offrets behov av att bearbeta kränkningen som brottet inneburit för honom eller henne. Man beaktar att utredningar visat att det är ett sätt att uppleva att man som offer återfår en del av den självkontroll, som man upplever att man förlorat och att man tillfredställer behovet av information om varför brottet hänt.⁴⁸

De rapporter som utredningen till viss del bygger på meddelar att offren i hög utsträckning anser att medlingen varit positivt snarare än traumatiskt och jobbigt. De upplever att de fått ta stor del i processen och upplevt ett övertag i förhållande till gärningsmannen. I propositionen anges vidare att det finns internationella studier som pekar på samma slutsats.⁴⁹

För gärningsmannen anger regeringen att man vill uppnå konsekvensinsikt och möjligheten att minska återfall. Dessutom ser man att de gärningsmän som genomgår medling har en mindre fientlig inställning till sina tidigare offer, vilket skulle kunna bidra till att minska risken för återfall.⁵⁰ Detta beskrivs som ett rehabiliterande element i processen.⁵¹

Medlarrollen

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

Ordet opartiskhet används vid 18 tillfällen i propositionen. Det exakta innehållet är dock oklart. Opartiskhet anses inte betyda att medlingen ska vara neutral i avseende på skuldfrågan. Detta framgår i att gärningen eller delaktighet i handlandet ska vara erkänd enligt 5 § ML. I princip ska skulden inte ifrågasättas under medlingen.⁵² JO invänder i sitt remissvar mot medlarens opartiskhet att medlaren inte kan företräda båda parternas intressen. Det bör istället krävas att medlaren ska iaktta objektivitet vid medlingen.⁵³

Opartiskheten ska "baseras på omständigheterna i ärendet och på parternas behov och önskningsar"⁵⁴. Medlaren ska behandla offer och gärningsman värdigt och med upprätthållen respekt dem emellan.⁵⁵ Bådas syn på brottet ska behandlas jämlikt och utan dominansförhållanden. Skulden ska inte omprövas då detta ytterligare skulle kränka offret.⁵⁶ Förarbetena ser alltså opartiskhet som förståelse utan dömande av båda parternas handlande. Den skiljer sig kraftigt från domarrollen i en ordinarie process.

I BRÅ:s handbok för medling anges att: "Medlaren ska även vara opartisk och se till att båda parter intressen tillgodoses. Ingen av parterna ska kunna dominera medlingsmötet, utan båda ska få komma till tals och ge sin syn på det inträffade. Speciellt viktigt är att medlaren uppmärksammar att brottsoffret inte utsätts för ytterligare kränkning."⁵⁷ Problemet är att båda parternas intressen bara kan förekomma i det fall parternas intressen inte kan sägas stå emot varandra. 3 § ML ger sken av att så inte skulle vara fallet. Men två intressen måste inte vara direkt polära för att det ska finnas en konflikt mellan dem.

BRÅ menar att man vid bedömningen av en persons kompetens och rättrådighet, ska bedöma personliga egenskaper som förmågan att "skapa förtroende, hantera konflikter, klara av upprörda känslor utan att själv dras med...tolka människors signaler och känslolägen."⁵⁸ Men även leta efter "en humanistisk grundsyn, empati samt personlig mognad och stabilitet".⁵⁹

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

En alternativ process eller en påföljd?

I propositionen anges att medlingen är "ett komplement till den ordinarie rättsprocessen".⁶⁰ Denna mening innebär två saker: dels att det är frågan om något som tillförs rättsprocessen, dels att brottmålsprocessen måste definieras som ordinär i förhållande till medlingsförfarandet. Med andra ord är medlingen en extraordinär rättsprocess i propositionens mening. Vidare så är frågan vad ett komplement blir, om den rättprocess man avser att komplettera försvinner och ersätts av medlingen? Detta problematiseras inte i propositionen.

I propositionen anges det även tydligt att offret inte bör få avgörande inflytande över om en medling ska ske, med hänvisning till att "brottsoffret normalt inte har och inte heller bör ha något inflytande över rättsprocessen och att det alltjämt är det allmänna ensamt som svarar för samhällets reaktioner på brott".⁶¹

Medlingens syfte är att producera en moralisk fördömelse och underordning av gärningsmannen där offrets kränkning blir tillgodosedd och reparerad. Processen kan mynna ut i ett reparerande avtal. Vi kan konstatera att medlingen ersät-

ter, understödjer och utgör en del av samhällets ingripande mot begångna brott på ett sätt som avser att verka preventivt i förhållande till fortsatt brottslighet. Därmed kan vi konstatera att det rör sig om en rättsprocess och en påföljd i en social eller samhällsvetenskaplig mening, om än inte nödvändigtvis i en juridisk legaldefinition.

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

Ett europeiskt perspektiv

Europakonventionen (EKMR) är p.g.a. sin principiella och normerande karaktär en väldig källa att ösa ur i bedömningen av medlingslagens relation till det moderna straffrättsliga systemet. Vid en jämförelse mellan medlingslagen och vårt inhemska straffrättsliga system konkretiseras skiljelinjerna genom att låta vårt europeiska straffrättscorpus utgöra grunden för jämförelsen.

Artikel 6: rätten till en rättvis rättegång

Art 6

*"Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig rättegång inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol som upprättats enligt lag."*⁶²

Rätten till en rättvis rättegång är en fundamental rättighet i EKMR. Den har utvecklats och förändrats genom praxis och tilläggsprotokoll. Här kan ingen heltäckande bild av artikeln ges utan endast de mest relevanta brottstycken som krävs för att undersöka frågeställningen.

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

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

De krav som finns angående vittnesmål är att dessa ska syfta till att belysa rättegången och frågorna som behandlas där,⁶³

Det finns inget problem med presumtionsregler för brott, men dessa måste åtföljas av rättssäkerhetsregler som garanterar prövning av sakomständigheterna.⁶⁴

Den bevisning som hålls emot den åtalade ska kunna angripas och ifrågasättas, vittnen ska kunna kallas för att stärka den egna argumentationen.⁶⁵

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

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

Dels riskerar man att gärningsmannen är omedveten om sin oskuld till följd av ex. nödvärn, nöd eller excess, men ändå blir behandlad som skyldig. Dels finns en risk att gärningsmannen går med på medlingsförfarande för att nå en åtalsunderlåtelse.

Hur ofta detta skulle vara fallet är svårt att bedöma. Kravet i artikel 6.2 EMKR är dock absolut och i ML saknas det verkliga rättssäkerhetsgarantier.

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

Oavhängighet och opartiskhet

För att kunna nå upp till de högt ställda krav på opartiskhet och oavhängighet som gäller enligt EKMR gäller det att det i domstolen inte finns någon vilja eller benägenhet att förfördela en part.⁶⁶

Opartiskheten och oavhängigheten mäts både i subjektiv (faktisk) oavhängighet, och objektiv opartiskhet. Den förstnämnda är ytterst svår att bevisa, den sistnämnda bygger på idén om legitima tvivel på domstolens opartiskhet. Dvs. hyser parten en misstanke att domstolen inte dömer opartiskt?⁶⁷

I brottmål kan man i någon mån bortse från kraven på ojäviga domare i de fall som den tilltalade accepterar detta, genom ett klart och tydligt avsärande av sin rätt.⁶⁸ Detta betyder dock inte att hela processen kan vara opartisk.⁶⁹

Dessa frågor är brännande för frågan om medlingsförfarandets rättsliga status. Här kan man argumentera för att påståendet att man agerar opartiskt med utgångspunkt för en återintegrerande modell, skulle vara nog för att påvisa subjektiv opartiskhet. Men frågan hur offer och gärningsmän uppfattar ett medlingsförfarande

gör att det objektiva opartiskhetskravet inte nödvändigtvis blir uppfyllt. Att den stora graden av inflytande över processen som gärningsmannen, den tilltalade, deras familjer och medlaren delar på kan föranleda en uppfattning om bristande opartiskhet är uppenbart.

Även om ett medlingsförfarande kan innebära en korrekt, objektiv behandling av den tilltalade och målsäganden, kan andra problem föreligga. Den brottspresumtion som man använder sig av i medlingsförfarandet kan innebära en partiskhet som strider mot artikel 6.2 om oskyldighetspresumtionen. Däremot är det rimligt att tänka sig att de fall där det inte föreligger en överväldigande bevisning, inte hänvisas till medling innan skuldfrågan avgjorts i domstol. Detta innebär att det finns en risk att man på en principiell nivå bryter mot oskyldighetspresumtionen. Det betyder inte att det rent materiellt föreligger ett konventionsbrott eller ett större rättssäkerhetsproblem. Trots denna förhoppning finns det en risk för brott mot konventionen som lagen är skriven.

Förbudet mot dubbel lagföring

Art 4

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

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

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

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

Europarådets ministerkommitté en rekommendation (No. R (99) 19) Concerning mediation in penal matters.

Europarådets ministerkommitté utfärdade 1999 en rekommendation (No. R (99) 19) Concerning mediation in penal matters. Den bild ML:s förarbeten ger av in-

nehålet i rekommendationen, står till synes i överstämelse med 2002 års lag. Den meddelar bl.a. nödvändigheten av att följa EKMR vid införandet av medlingsförfaranden.⁷⁰ Rekommendationen lämnar dock ytterligare påpekanden som berörs i propositionen, men beaktas i varierande grad.

Rekommendationen beskriver medling enligt följande: "*flexible, comprehensive, problem-solving, participatory option complementary or alternative to traditional criminal proceedings*"⁷¹

Man påpekar att det finns en befogad rätt för brottsoffret att få ta aktiv del i sin straffprocess samt att det finns ett behov att få möjligheten att kommunicera med gärningsmannen, få ta emot en bön om förlåtelse och eventuell reparation. Men även att det är viktigt att uppmuntra brottslingens möjlighet att gottgöra sitt offer, och att det kan påverka samhället i en mindre repressiv riktning om medling blir en vanligare sedvänja.⁷²

Vidare påpekar man behovet av att följa Europakonventionen i utövande av medlingsverksamheten.⁷³ Att rekommendationen ger intryck av att ha denna harmonisering som det centrala perspektivet är tydligt. En tydlighet som inte finns i den svenska tillämpningen i medlingslagen.

Bland de grundläggande principer som man anger som bas för medlingsverksamheten sägs det att medlingen ska vara frivillig, sekretessbelagd, generell tillgänglig, tillgänglig i alla delar av rättsprocessen och att den måste fungera autonomt i förhållande till den straffprocessrättsliga verksamheten.⁷⁴

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

Man anger att beslutet att hänvisa ett fall till medling ska ligga hos rättsväsendet. Parterna ska informeras om sina rättigheter och vad som kan bli konsekvenserna av medlingen, och ingen av dem ska på något vis tvingas till medling.⁷⁵

Det måste finnas en grundläggande samsyn i uppfattningen av händelseförloppet, men den samsynen ska inte räknas som ett erkännande i kommande rättsprocesser. Personlig lämplighet slås fast som en nödvändighet för deltagande i medlingsprocessen.⁷⁶

Avvisningar av ett ärende som baserar sig på medlingsförfarandens överenskommelser ska ha samma betydelse som en dom avseende frågan om res judicata. Om ett fall hänvisas tillbaka till rättsväsendet, utan genomförd medling eller ett avtalslut i medlingsförfarandet, ska rättsväsendet skyndsamt besluta om fallets framtid.⁷⁷

Man slår fast att medlingsverksamheten måste vara autonom, men styras av erkända standarder för medling. De senares efterlevnad ska bevakas av ett kompetent organ. Medlaren ska representera samhället och dess kulturer, ha gott omdöme och en god social, interpersonell förmåga. Vidare ska medlaren utbildas för sin uppgift.⁷⁸

Medlaren ska ha tillgång till fakta i fallet och genomföra medlingen på ett opartiskt vis, med utgångspunkt för fakta och parternas önskan. Medlaren är garant för att medlingen genomförs utan kränkning av någondera parten. Medling ska ske i en trygg omgivning där respekt visas för parternas svagheter. Medlingen ska ske inför motparten.⁷⁹

Avtalssluten i medlingen ska ske med utgångspunkt för frivillighet och bara inkludera rimliga och proportionella krav. De ska meddelas rättsväsendet utan omdömen om parternas beteende under processen.⁸⁰

Om den vidare utvecklingen av medlingsverksamheten sägs det att det måste finnas en samsyn mellan medlingsverksamheten och rättsväsendet. Man påpekar att medlemsstaterna rekommenderas att forska på och utvärdera resultaten av medling med anledning av brott.⁸¹

ML överensstämmer i hög grad med rekommendationen. Flera av dessa frågor lyfts fram i utredningen som ligger bakom lagförslaget⁸² och de flesta av dessa förslag diskuteras i vart fall i positiva termer i propositionen. Det som saknas är dock frågorna om legalitet, förhållandet till rättssystemet, orubblighetsprincipen, osv. I korthet är det detta som relateras till det straffprocessuella inslaget i medlingsförfarandet och relationen mellan rättssystemet och medlingsverksamheten.

Med hänsyn till ML:s vaghet i vissa av de avgörande frågorna är det inte konstigt att detta inte lyfts i propositionen. Istället menar man att formerna för detta ska utvecklas efter hand.⁸³ Som vi nämnt ovan är det mest anmärkningsvärda att rekommendationen till skillnad från propositionen tar hänsyn till behovet av rättslig reglering och interaktionen med rättsväsendet på allvar.

Slutsats

När det gäller förändringar i rättssystemet gäller det att hålla huvudet kallt och varken bli för entusiastisk eller för ivrig att kritisera för kritikens skull. Före detta justitierådet Niklas Alexanderson skrev år 1948 följande i Svensk Juristtidning under rubriken "Den nya rättegångsbalken – Några ord om dess trädande i kraft":

"Det är naturligtvis för tidigt att på tillräckligt fast grund bedöma hur pass väl den nya ordningen skall fungera i tillämpningen, vilken grad av rättstrygghet, trevnad och tillfredsställelse med rättsutövningen den skall förmå skänka vårt folk. Därvid kommer ju så mycket an på andan hos de tillämpande. Men man kan till sin glädje finna att den på ett tidigare stadium ej sällan framträdande surmulenheten eller likgiltigheten nu ganska allmänt övergått i en frejdig beslutsamhet att göra sitt allra bästa för ett lyckligt resultat. Det bådar gott."⁸⁴

Orden är möjliga att tillämpa på varje situation där surmulenhet och likgiltighet förbyts till kritisk optimism. Det borde vara möjligt att tillämpa dem även idag. För att kunna besvara huvudfrågeställningen *hur ska rättsväsendet behandla med-*

lingsförfarandet? Är det en grundläggande fråga om detta utgör ett systemskifte i den svenska straffprocessen? Svaret på den frågan är ja. Som diskurs är det ett helt nytt sätt att se på förhållandet mellan rättstvisten och primärintressenterna. Som ceremoniell symbol presenteras helt nytt fokus i straffrätten för de primära intressenterna i ett brott. Vilka materiella förändringar på den klassiska straffrättsens område som detta innebär är däremot oklart. Därmed är den sammantagna bilden av exakt hur stora konsekvenser som detta paradigmskifte får inte alldeles självklar.

På ett bredare plan är detta paradigm inte begränsat till medlingslagen. Så vitt skilda nydaningar som den ökade fokusen på förlikning i dispositiva mål, förlikning i familjemål, medling i familjemål och medling i verkställighetsärenden i familjemål är möjliga exempel på detta paradigm.

När vi diskuterar medlingslagens relation till rättsväsendet och den moderna processens straffrättsfilosofi är det viktigt att komma ihåg att rättegångsbalken är ett barn av sin tid och i mångt och mycket en reaktion på den äldre rättegångsbalkens problem. Sedan 1948 har RB själv förändrats många gånger. Både i lagtext och praktik. När det gäller vår straffrätt har dess fokus och ideologi förändrats åtskilliga gånger under föregående århundrade. Det är också viktigt att hålla i minnet att en straffprocessrättslig princip nog snarare får anses ha en funktionell betydelse än en principiell. Samtidigt som den allmänna rättskänslan inte bör kränkas. Detta betyder att medlingsverksamheten så väl som straffprocessen måste vara öppen för influenser för att inte fastna i en konstlad och statisk syn på rättvisan och rättsskipningen. Straffrättsfilosofierna kan inte hanteras som gudomliga sanningar utan måste pragmatiskt tillåtas påverka vårt rättssystem. Därför vore det fel att betrakta de skillnader som finns mellan reparativa, retributiva och rehabiliterande perspektiv som oöverbryggbara. Snarast är det positivt att se de gemensamma dragen i dessa filosofier och se hur de kan komplettera varandra. Dessa komplementära, snarare än konkurrerande aspekterna, är väl värda att applicera på det processuella planet där rättssäkerhet och reparativt drag bör tillåtas korsbefrukta medlingsförfarandet och den ordinarie straffrättsliga processen.

Vad gäller medlingslagens förhållande till Europakonventionen måste vi konstatera att medlingslagen inte uppfyller de krav som Europakonventionen ställer på en process av den karaktär som medlingslagen stadgar. Detta är problematiskt och visar hur dåligt underbyggd lagstiftningen är. Extra beklagligt är att de hänsyn som behövts tas till Europakonventionen i princip är förestavat i rekommendationerna. Att lagstiftaren på någon nivå var medveten om rekommendationens innehåll och dess betydelse får antas. Den betydelse som dessa regleringar har borde ha åskådliggjorts tidigare och förts upp till diskussion. I en sådan situation hade remissinstanserna kunnat behandla frågan på ett bättre vis och den slutgiltiga lagen

hållit en högre kvalitet. Medlingslagen har istället blivit märkbart innehållslös och måste därmed omarbetas. Idag ger lagen intryck av att vara en lag för lagens egen skull. Att på detta viktiga område välja en ramlagsmodell är inte önskvärt ur ett rättsäkerhetsperspektiv eftersom dess innehåll inte är tydligt reglerat. Detta öppnar upp för godtycklig tillämpning med skiftande resultat. Hade man istället valt att besvara de krav rekommendationen ställer på medlingsverksamheten i tydlig lagtext hade dessa problem inte funnits. Det är en nödvändighet att dessa frågor utreds så att medlingslagen och medlingsverksamheten kan tillåtas harmoniera med de krav på rättssäkerhet som vi har anledning att ställa på rättssystemet.

Samtidigt ska vi komma ihåg att Europakonventionen och rättegångsbalken förmedlar normer kring hur en ideal rättegång bör se ut i lagstiftarens mening. Att denna idealbild kan och bör förändras över tid är självklart. Idag saknas t.ex. ett uttalat brottsofferperspektiv i våra bärande straffprocessrättsliga principer. Kanske kan det tillfredställas genom ett reparativt förfarande. Kanske inte. Under alla förutsättningar är inte våra straffprocessrättsliga principer och lagar *norma normans* (normerande normer). De kan vara värda att utveckla och förändra till ett mer rättvist och rättssäkert förfarande. Dessutom kan vi inte säga att det reparativa förfarandet (exempelvis medling enligt 2002 års lag) ska underkännas eftersom det avviker från det klassiska straffrättsliga systemet. Det är att avvisa en reform för att det inte låter oss bli vid det gamla.

För att besvara den övergripande frågeställningen - *hur ska rättsväsendet behandla medlingsförfarandet* - kan följande anföras. Rättsväsendet bör beakta medlingsförfarandet vid rättslillämpningen. Inte bara för att propositionen påbjuder det utan för att det är en relevant faktor att ta i beaktandet vid straffmätning och påföljdsbestämning. Inte minst om effekter på risken för återfall kan påvisas. Dessutom innebär ett genomfört medlingsförfarande att ett samhälleligt ansvarskrävande redan har skett mot den enskilde. Medlingsverksamheten rymmer till sin natur en annan dimension av straffprocessuell verksamhet än domstolarna. Medlingsverksamheten kan därför inte frikopplas från den dömande maktens verksamhet. Medlingsverksamhetens symboliska betydelse för de som berörs av brott är en del av det straffprocessuella systemet. Medlingsverksamheten bejakar vidare legitima och relevanta intressen för de som berörs av brott och måste därmed i sin tur bejakas av rättsväsendet.

Att medlingsverksamheten ska beaktas i rättssystemet uttrycks dock bara i propositionen vilket gör att det är enskilda domares kunskap och förståelse för medlingsverksamheten som är garanten för en enhetlig rättstillämpning. Samtidigt är medlingsverksamheten mycket olika utbyggd över landet. Det finns inget enhetligt system för förmedling av ärenden till medlingsverksamheten utan det är enskilda myndighetspersoners skönsmässiga bedömning som ligger till grund

för detta. Vidare är medlarnas utbildning skiftande och deras möjligheter att kommunicera med domstolen ytterst liten. Jämför man t.ex. med de stora möjligheter som socialtjänsten har att kommunicera med domstolarna i ärenden som rör ungdomsbrottslingar är de i princip omvända förhållanden när det gäller medlingsverksamheten. Samtidigt är detta uppenbarligen en del av rättsutvecklingen på straffprocessrättens område.

Tre krav måste därför ställas både från ett akademiskt såväl som praktiskt håll för att integrera medlingsverksamheten i det straffprocessuella systemet på ett för rättstillämpningen enhetligt vis.

1. Klara lagregler i rättegångsbalken och LUL för hänvisning av ärenden till medlingsverksamheten och återkoppling till rättsväsendet.
2. Kravet på tydliga och mätbara krav på en i riket enhetlig, likformig och likvärdig medlingsverksamhet.
3. Uttryckliga lagregler i brottsbalken om den hänsyn domstolen ska ta till genomförd medlingsverksamhet vid straffmätning och påföljdsbestämning.

Så länge dessa krav inte uppfyllts får lagstiftningsarbetet fortfarande betraktas som ofärdigt och medlingsverksamhetens integrering i det svenska straffprocessuella systemet som ett hastverk.

Noter:

¹ Prop. 2001/02:126:126, s. 12.

² Ibid., s. 13.

³ Ibid., s. 12-13.

⁴ Ibid., s. 9-11.

⁵ Ibid., s. 10.

⁶ Ibid., s. 24-25.

⁷ Braithwaite, John, *Restorative justice & responsive regulation*, Oxford, 2002, s. 8.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Daly, Kathleen, *Restorative Justice: Moving Past the Caricatures*, Brisbane, 1998, s. 6.

¹² Braithwaite, John, s. 10-11.

¹³ Zehr, Howard, *The little Book of restorative justice*, Intercourse, 2002, s. 36-37.

¹⁴ Zehr, Howard, s. 13-15.

¹⁵ Ibid., s. 14.

¹⁶ Braithwaite, John, s. 78-79.

¹⁷ Zehr, Howard, s. 14-15.

¹⁸ Braithwaite, John, s. 48.

¹⁹ Zehr, Howard, s. 14.

²⁰ Ibid, s. 15.

- 21 Bennett, Christopher, s. 256-260.
- 22 Häthén, Christian, *Stat och straff*, 2003, s. 95-97, 136-139.
- 23 *Ibid.*, s. 97-98, 139-141.
- 24 Zehr, Howard, s. 16.
- 25 *Ibid.*
- 26 *Ibid.*, s. 17.
- 27 Braithwaite, John, s. 74-77.
- 28 Wright, Martin, *The paradigm of restorative justice*, VOMA Connections, summer, Minneapolis, 2002, s. 5-6.
- 29 Zehr, Howard, s. 18.
- 30 *Ibid.*, s. 17-18
- 31 *Ibid.*, s. 18.
- 32 *Ibid.*, s. 19.
- 33 *Ibid.*
- 34 *Ibid.*, s. 22-23.
- 35 *Ibid.*, s. 59.
- 36 *Ibid.*, s. 59-60.
- 37 Braithwaite, John., s. 25
- 38 Zehr, Howard, s. 59-61.
- 39 Prop. 2001/02:126, s. 55.
- 40 *Ibid.*
- 41 *Ibid.*, s. 40-41.
- 42 *Ibid.*, s. 39.
- 43 *Ibid.*, s. 67-69.
- 44 *Ibid.*, s. 47-48.
- 45 *Ibid.*, s. 11.
- 46 *Ibid.*, s. 35.
- 47 *Ibid.*
- 48 *Ibid.*, s. 23.
- 49 *Ibid.*, s. 24-25.
- 50 *Ibid.*, s. 24.
- 51 *Ibid.*, s. 11.
- 52 *Ibid.*, s. 42-43, 55.
- 53 *Ibid.*, s. 46.
- 54 *Ibid.*, s. 18.
- 55 *Ibid.*, s. 18.
- 56 *Ibid.*, s. 54-55.
- 57 Odén, Wahlin, Lind, Carling, s. 85-86.
- 58 *Ibid.*, s. 14.
- 59 *Ibid.*, s. 62.
- 60 Prop. 2001/02:126, s. 44.
- 61 *Ibid.*, s. 45.
- 62 Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, art 6.1.
- 63 Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, tredje upplagan, Stockholm, 2007, s. 290.
- 64 Phillips mot Förenade Kungariket.
- 65 Danelius, Hans, s. 232-233.
- 66 *Ibid.*, s.182-183.

- 67 Ibid.
- 68 Pfeiffer och Plank Mot Österrike.
- 69 Danelius, Hans, s. 196.
- 70 Prop. 2001/02:126, s 16-17.
- 71 Europarådets ministerkommitté en rekommendation (No. R (99) 19) Concerning mediation in penal matters.
- 72 Ibid.
- 73 Ibid.
- 74 Ibid.
- 75 Ibid.
- 76 Ibid.
- 77 Ibid.
- 78 Ibid.
- 79 Ibid.
- 80 Ibid.
- 81 Europarådets ministerkommitté en rekommendation (No. R (99) 19) Concerning mediation in penal matters.
- 82 SOU 2000:105, s. 93-94.
- 83 Prop. 2001/02:126, s. 27.
- 84 SvJT 1948, s. 5.

Adress:

Juridiska fakulteten
Lunds universitet
SE – 221 00 Lund