

Litteratur

CHRISTIAN DIESEN, *Terapeutisk juridik*, Liber 2011. 407 s.

1 Vad är Terapeutisk juridik? — En lins!

Christian Diesen är själv påtagligt medveten om att bokens titel — och ämne — är lätt att missförstå. Men också om att det är antagligen svårt att ge ämnet en bättre benämning. Nu spelar det mindre roll. Det viktiga är att ämnet är viktigt. Och för egen del tycker jag att benämningen inte är så tokig.

Vad avses då med terapeutisk juridik (TJ)? Ämnet kan definieras som "användandet av samhällsvetenskapliga rön för att studera i vilken utsträckning en lagregel eller rättslig praktik befrämjar det fysiska och psykiska välbefinnandet hos de personer som blir föremål för dess tillämpning" (s. 17). Och synsättet bygger på "att rättstillämpning handlar om att lösa mänskliga konflikter och att juristen, för att klara sin uppgift, måste ha klart för sig vilka sociala och psykiska effekter dessa konflikter har på de inblandade parterna" (s. 13). En ökad tillämpning av detta synsätt kan leda till att "rättskipningen blir bättre och mer kostnadseffektiv" (s. 14). På andra håll i boken sägs att TJ handlar om att "försöka begränsa de onödiga skadeverkningarna" som straffrättskipningen kan medföra (s. 98) och att TJ innebär att "tillämpa en särskild, beteendevetenskapligt baserad approach till konfliktlösning inom rättssystemet" (s. 168). Diesen framhåller också (s. 289) att TJ inte handlar om att man som jurist ska "vara psykologisk". I stäl-

let handlar det, enligt honom, om att vara proaktiv, rationell och långsiktig.

TJ kan — vilket Christian Diesen också gör — betecknas som en *rättsideologi* (s. 18). En rättsideologi som Diesen hoppas och tror kan bli "en integrerad del av juridiken, både i utbildning, lagstiftning och praxis" (s. 57) och som han ser "ett stort behov" av (även) i Sverige (s. 58). Men han ser också TJ "som en lins" (s. 69); "vad man ser genom denna lins beror i hög grad på vem man är och vilket perspektiv man har".

TJ förefaller vara en inte alltför lättfångad företeelse. Dessutom håller sig TJ med såväl en makro- som en mikronivå. Den förstnämnda nivån handlar om "välfärd på ett kollektivt plan", medan mikronivån mer rör "interdisciplinärt samarbete" och hur den professionella juristen (ombudet) förhåller sig till omgivningen (klienten). Diesen själv har uppfattningen att TJ kräver båda dessa "ben" för att så att säga motivera sin existens som en självständig rörelse (rättsideologi). Han uttalar som sin uppfattning att "makrosidan är essentiell för den terapeutiska juridiken och ett avskiljande av detta element skulle reducera TJ-rörelsen till en utlöpare av det samarbete mellan jurister och beteendevetare som går under beteckningen *Psychology and Law*" (s. 70).

Nåväl, i bokens fem första kapitel (1–5 kap.) ringas begreppet TJ in och avgränsas mot andra

rättsideologiska strömningar — det är i vart fall avsikten. I de avslutande tre kapitlen (19–21 kap.) knyts säcken ihop med några sammanfattningar. Nu nämnda kapitel kan företrädesvis sägas handla om TJ som ideologi.

Däremellan finns ett avsnitt (6–9 kap.) om proaktiv lag, dvs. TJ i lagstiftningen som sedan övergår i en mer handboksmissig framställning rörande TJ i den juridiska organisationen (10–11 kap.), TJ i rättstillämpningen (12–15 kap.) och TJ som arbetsätt för jurister (16–18 kap.).

Jag ska nu i tur och ordning behandla, dvs. beskriva och kommentera, de delar som nämnts i närmast föregående stycke för att avslutningsvis lämna mitt sammanfattande omdöme om boken och om ämnet TJ.

2 TJ i lagstiftningen; proaktiv lag

Inledning

Proaktiv lag handlar om att ”förebygga konflikter och förhindra brott” (s. 72). Beskrivet på det sättet låter det inte särskilt revolutionerande. Det är ju vad lagstiftning traditionellt handlar om, även om också andra syften gör sig gällande. Men avsikten är — som jag förstår det — att TJ lyfter fram preventiva sidor av lagstiftningen på bekostnad av andra (t.ex. sanktioner).

Processrätt

Denna del domineras av en redogörelse för rättshaverist-syndromet (justice obsession syndrome). Här diskuteras rättsystemet som en källa till psykiska problem (s. 82) och själva begreppet ”rättshaverist” reserveras för de fall rättsystemet i sig är orsaken till en personlighetsstörning. En rättshaverist skulle kunna beskrivas som en person

som är djupt övertygad om att han eller hon utsatts för en orättvisa och ingenting i livet är viktigare än att få upprättelse i en rättstvist och betydelsen av denna upprättelse saknar all proportion (s. 83). En intressant uppgift från Australien är att mindre än en procent av de klagande inom rättssystemet är sådana som kan betecknas som rättshaverister, men att dessa förbrukar 15–30 procent av systemets resurser (s. 85). Intressant är också Diesens iakttagelse (s. 86) att rättshaveristen är en levande paradox i det att han eller hon inte längre tror på rättsystemet, men vill ändå använda det — och inget annat — för att få sin rätt.

Det som i sammanhanget kan ha med TJ och proaktiv lagstiftning att göra är frågan är hur rättsystemet bör utformas för att undvika att rättshaverister föds. Diesen nämner här som ett problem *den juridiska kulturen* och betecknar den som en verksamhet präglad av teknik, distans och rationalitet, där känslor och personliga värderingar sätts åt sidan (s. 89). Detta skapar, enligt Diesen, problem när någon blir ett offer för systemet. Förutom att den juridiska yrkesrollen (och det juridiska ”systemet”) alltså kan bidra till skapandet av rättshaverister nämner han att domstolarnas karaktär av maktredskap, deras repressiva funktion i brottmål samt deras roll som försvarare av status quo i tvistemål också kan bidra till uppkomsten av rättshaverister. Diesen konstaterar att det finns många processuella regler som kan skapa hinder för verklig rättvisa. Processrätten som sådan skulle alltså ha en antiterapeutisk effekt. Det processuella systemet skulle med andra ord inom sig bära ett antal negativa

konsekvenser. En mer öppen och mindre rigid attityd till dessa konsekvensproblem skulle, enligt Diesen, kunna innebära att man åtminstone skulle kunna undvika att skapa rättshaverister (s. 91). Men svårigheten att tackla denna problematik belyses väl av hur Diesen (s. 91 f.) skissar på hur ett ombud (advokat) ska agera i klientkontakten. Det är nämligen höga krav som här ställs på agerandet vad gäller sådant som ligger utanför (den traditionella) ombudsrollen.

Rent allmänt kan sägas att denna del för mig som domare har igenkännandets prägel. Avsnittet belyser också riskerna för att TJ ska missförstås. Diesen framhåller ju med enfass vikten av att se TJ som ett komplement till, inte en ersättning för, juridiken. Och också vikten av att juristen förblir jurist och inget annat (men öppnar sig för intryck från andra discipliner). Här förefaller det stundom som om juristen (ombudet) också ska vara kurator m.m. — och det var ju inte meningen. För övrigt kan ifrågasättas varför detta avsnitt placerats i ett kapitel rörande proaktiv lagstiftning — det är mer handbok med tips för ombud och andra som kommer i kontakt med rättshaverister. Summeringen av dessa tips innebär att man i görligaste mån ska 1) undvika rättegång och om rättegång inleds se till att den blir 2) så kortvarig och 3) så billig som möjligt. Men allt detta är ju något som gäller generellt och har ingen särskild bäring på just fall där rättshaverister är inblandade.

För egen del är jag tämligen pessimistisk när det gäller såväl 1) att undvika att rättshaverister föds som 2) att ”bota” dem som redan har drabbats. Bortsett från att de ”TJ-råd” och de ”TJ-tips”

som här lämnas är resurs- och kompetenskrävande (och därmed kostsamma) är jag långt ifrån övertygad om att de är verkningsfulla. I den första delen — att strypa tillförseln av rättshaverister — tror jag emellertid att man på marginalen kan åstadkomma något genom ett mer engagerat och personligt bemötande från domares, ombuds och andra professionella aktörers sida. De redan rejält drabbade är nog ”svårbotade”. Och det är med verkligt beklagande jag konstaterar detta. Syndromet för nämligen onekligen med sig ett omåttligt lidande för den drabbade och hans eller hennes närmaste omgivning liksom negativa konsekvenser för många andra. Men, som sagt, jag är en urbota pessimist och det är omvärldens uppgift att visa att vi pessimister är fel ute.

Avsnittet avslutas med några sidor om domarångest och behovet i vissa fall av ”debriefing” för domare (och andra i en rättegång involverade jurister). Jag har inga direkta kommentarer till det som sägs här mer än att jag misstänker att många av oss domare (och andra jurister) kanske inte gärna ”erkänner” att vi blir berörda på andra sätt än vad som ryms inom den traditionella yrkesrollen. Vi håller med andra ord ”masken” och döljer eventuell ångest och/eller stress. Det är naturligtvis inte bra. Å andra sidan tror jag att många av oss faktiskt inte laddas med ångest eller utsätts för särskild stress i de aktuella fallen. Det är måhända ett tecken på en ”känslökyla” som inte heller är bra. Frågan tål hur som helst att diskuteras.

Kanske mest intressant i processrättskapitlet är den inledande delen om processen som en duell eller tvekamp (”the

sporting theory”, som det brukar uttryckas på engelska). För då hamnar vi verkligen i orkanens öga i det att en av de grundläggande processuella principerna hamnar i fokus. Vad som avses är självfallet den kontradiktoriska principen (förhandlingsprincipen). Den principen anses ju i vida kretsar vara en av de främsta garanterna för ett fullödigt underlag för domar och beslut. Men är principen verkligen värd denna ”upphöjdhet”? Under alla förhållanden uppmärksammas här nackdelarna med denna konfrontativa ordning (”the winner takes it all”) som i så hög grad kan anses anti-terapeutisk. Här tror jag med bestämdhet att det finns rejält utrymme för såväl djupa som breda diskussioner om hur en processordning ska vara beskaffad för att *samtidigt* tillgodose berättigade krav på rättssäkerhet, rättstrygghet, rättseffektivitet m.m. och krav på personligt välbefinnande hos direkt berörda samt kollektiv tilltro hos andra. Det är långt ifrån säkert att nu hyllade principer skulle överleva en sådan diskussion. ”TJ-rörelsen” kan mycket väl här ha en funktion att fylla.

Straffrätt

I det straffrättsliga avsnittet berörs tre områden inom vilka onödiga skadeverkningar inom straffrätten kan undvikas. Det är 1) brottsprevention, 2) vårdpåföljder i stället för straff och 3) viktimologin, dvs. brottsofferområdet. Inom alla dessa områden kan man — genom proaktiv lag — bidra till att minimera de anti-terapeutiska effekterna av en i och för sig många gånger nödvändig reglering. Och Diesen inleder också med att konstatera just detta, dvs. att straffrätten till sin natur är repressiv

och därmed anti-terapeutisk (s. 98).

Han går sedan igenom dessa tre områden (s. 99 f.). Han nämner här bl.a. att TJ inte sysslar med frågor om individual- och allmänprevention i klassisk betydelse, men att TJ-rörelsen försöker att *dels* minska brott genom lagstiftning, avkriminalisering och administrativ kontroll, *dels* mildra verkningarna av brott, även för förövaren, med terapeutiska åtgärder som vård, terapi och rehabilitering (s. 105). Frågan om vård kontra straff är ju välbekant för svenska ”straffrättare”. Som en liten detalj kan där lyftas fram vad Diesen nämner om den bristande möjligheten att i Sverige välja vård eller samhällstjänst som alternativ till villkorlig dom eller dagsböter (s. 108). Det är ur ett TJ-perspektiv givetvis en brist. Även utan ett sådant perspektiv är det lätt att hålla med om just detta är en brist.

Diesen använder också som ett exempel (s. 118 f.) två olika sätt att formulera våldtäktsbrottet och de terapeutiska verkningarna av respektive konstruktion. Det ena fallet är det i Sverige gällande sättet att definiera våldtäkt, dvs. att offret har blivit kränkt sexuellt och att förövaren därvid använt våld eller hot om våld (numera utvidgat till att omfatta även ”vanmaktsfallen”). Det andra fallet är att offret kränkts sexuellt genom att hennes (eller hans) samtycke inte varit för handen. Diesen beskriver här hur de två skilda synsätten för med sig helt olika ingångar i utredningsfasen, varvid det senare synsättet innebär en bättre terapeutisk effekt för såväl förövare som offer. Den gällande utformningen av lagen, som enligt Diesen bygger på en historisk fördom och därmed har en anti-

terapeutisk grund, innefattar ett hinder mot ett terapeutiskt utredande. *Om* det är så (jag är inte helt — men nästan — övertygad) är det naturligtvis illa.

Två utgångspunkter som här (och på andra håll i boken) enligt min mening kommer aningen i skymundan är *för det första* att det är staten som ska beivra brott. Det är inte målsägandens uppgift att göra det. Och det är inte heller i målsägandens intresse någon ådöms straff (eller behandling). Staten är, enligt min uppfattning, inte en ”ställföreträdande hämnare”. Den nu nämnda dimensionen känns (oavsett om jag har rätt eller fel) aningen bortglömd. *För det andra* (och det återkommer jag till) är det i många fall så att en rättegång i sig ska avgöra *om* det *finns* en brottsling och *om* det *finns* ett brottsoffer. Diesens framställning utgår från att dessa två roller redan är besatta när rättegången börjar. Och så är det i praktiken långt ifrån alltid. Och i teorin är det aldrig så. I stora stycken glöms i Diesens framställning hela den del av straffprocessen (dvs. huvuddelen) bort, som går ut på att fastställa skuld.

Civilrätt

I detta avsnitt diskuterar Diesen om lagstiftaren kan och bör använda materiell lag på det civilrättsliga området för att minska konflikter och därmed också möjligheten/risken för domstolsprövning.

I en inledande del diskuterar Diesen för- och nackdelar med domstolsprocess. Eftersom civilprocessen vid domstol knappast är ett terapeutiskt instrument i sig berör han här huvudsakligen frågan om alternativ konfliktlösning för att styra bort tvister från domstolarna (t.ex. ARN). Men

han berör också möjligheterna att genom materiella regleringar få bort själva tvisterna (t.ex. lagreglering om strikt ansvar i vissa fall). Men han berör också frågan om förlikning vid domstol. Han är där inne på den (för oss domare) eviga balansgången mellan att verka för en förlikningslösning utan att undandra oss ansvaret för att slita tvisten genom dom. Angående detta är det naturligtvis möjligt att kommentera mycket av vad Diesen framför. Men jag nöjer mig med att ifrågasätta om det inte är väl kategoriskt att påstå att det ”*verkligen inte* är domarens uppgift att hänvisa till risker, tid och kostnader för att nå en förlikning” (s. 137). Förlikningsverksamhet är enligt mitt förmenande så pass mångfacetterat och så beroende av förhållandena i det enskilda fallet att det inte är möjligt att uttala sig så kategoriskt och helt utesluta något förfaringsätt.

Intressantare i denna del är emellertid fortsättningen och diskussionen om processrättsvisa och valet av tvistlösningsform. I andra sammanhang används de engelska begreppen ”justice” och ”fairness” för att uttrycka skillnaden mellan strikt juridisk korrekthet respektive rättvisa i vidare mening. Här introducerar Diesen begreppet ”procedural justice” (processrättsvisa) som etikett för ”den individuella reaktionen på de regler och standarder som styr rättskipningens beslutsprocesser” (s. 139). Och forskningen om processrättsvisa visar, enligt Diesen, att processresultatet inte bara kan mätas objektivt och materiellt (som ett utfall) utan även subjektivt och formellt (i form av tillfredsställelse). Detta är i och för sig inget nytt, men jag tror att det är viktigt att ta fasta på just detta. Processen i sig måste upplevas som

rättvis för att förtroendet för domstolarna ska kunna behållas (ökas). Som en liten utvikning kan nämnas att just detta har uppmärksamats på bred front inom Sveriges domstolar, inte minst genom Förtroendestyrningens arbete (SOU 2008:106) och de ”projekt” det arbetet har avsatt. Efter att ha nämnt det finns det, enligt min mening, anledning att erinra om att man även här har ett balansnummer att utföra — och Diesen är nog inne på det också i det att han framhåller domstolarnas ansvar för *kvalitet, neutralitet* och *rättssäkerhet* (s. 141 f.). Det innebär, enligt min uppfattning, att även om bemötandet m.m. är viktigt, så kan man inte ge avkall på processstyrning, relevans, effektivitet och fasthållandet vid processuella elementa.

Det civilrättsliga avsnittet avslutas med ett tillämpningsexempel rörande domstolsprövning i vårdnadsmål. Här reagerar jag mot begreppsanvändningen när Diesen talar om ”föräldrarätten”. Någon *rätt* till vårdnad finns väl inte? Vårdnaden om barn är en *skyldighet* för föräldrarna. En förälder har väl inte *rätt* att umgås med sitt barn? Det är barnet som har rätt att umgås med föräldern. Så har i vart fall jag uppfattat regleringen i föräldrabalken och också agerat därefter i min domargärning.

Bortsett från detta kan jag i stort sett utan reservationer instämma i vad som här sägs och som kan sammanfattas med Diesens ord om att ”barnets huvudsakliga uppgift (i en vårdnadstvist) är att vara segertrofé” eller med den citerade hovrättslagmannens ord ”varje fall som leder till process är ett av samhället sanktionerat våldförande på barnet”. Med andra ord; dessa tvister hör inte hemma vid

domstol, i vart fall inte i sin nuvarande skepnad. Det är nog svårt att finna något mer slående exempel på anti-terapeutisk juridik än tvister om vårdnad, umgänge och/eller boende.

Förvaltningsrätt

Inledningsvis framhåller Diesen här det som typiskt för förvaltningsprocessen att den är ojämlig vad gäller parternas styrkeförhållanden (s. 154). Här pekar Diesen vidare på de markerade anti-terapeutiska inslagen i förvaltningsprocessen rörande tvångsvård (LVU, LVM och LPT). ”Sammantaget blir processerna om tvångsvård ofta bara ytterligare ett led i behandlingen och disciplineringen av den enskilde — rättigheter, integritet och egna val är det inte mycket utrymme för”. Det är ord och inga visor! Om det är så illa undandrar sig min bedömning.

Även här används ett tillämpningsexempel; nu rörande migrationsrätt — särskilt om apatiska flyktingbarn (s. 159 f.). Jag är ingen expert på migrationsjuridik. I själva verket kan jag nästan ingenting om just det. Men rent allmänt har jag alltid haft svårt att förstå hur man kan begränsa det fria tillträdet till Sverige. Med vilken rätt kan staten hävda att det territorium som utgör Sverige inte får befolkas av vem som helst? Fri invandring borde rimligen vara en självklarhet (även om jag givetvis inser att det finns folkrättsligt stöd för motsatsen, men ändå...). Någon risk för att horder av människor från världens alla hörn skulle söka sig hit kan knappast finnas. Inte många vill väl frivilligt söka sig till denna kalla (i flera bemärkelser) avkrok i världen? Och, för att återvända till boken, det är givet att det är svårt att utforma migrationsrätten (utifrån

vissa gällande förutsättningar) på ett terapeutiskt sätt.

3 TJ i den juridiska organisationen; specialisering

Som en "stor grej" inom TJ-rörelsen beskrivs inrättandet av specialdomstolar (s. 168 f.). Här redogörs för den amerikanska utvecklingen på det området och den svenska synen på företeelsen. Ett problem med en jämförelse mellan USA och Sverige är de helt olika förutsättningarna vad gäller (befolknings)underlaget. Alldeles oavsett förtjänsterna med vissa specialdomstolar saknas här i Sverige de grundläggande administrativa, ekonomiska och effektivitetsmässiga förutsättningarna för ett mer omfattande inrättande av olika specialdomstolar. Sverige med nio miljoner invånare och den förhållandevis stora ytan samt över denna yta ojämnt fördelade befolkningen utgör ett avgörande hinder. Så har det i vart fall resonerats på offentligt håll de senaste årtiondena. En utökad specialisering inom domstolarna är däremot en realistisk utvecklingstanke. Det skulle dock innebära att man beträffande de mindre landsortsdomstolarna fick tänka i nyare banor. För egen del anser jag att det t.o.m. av flera skäl är bättre med *en* domstol med flera olika specialavdelningar än med flera domstolar. Och det gäller inte bara för den administrativa och ekonomiska bärigheten utan minst lika mycket kompetensfrågan (fler domare under "ett tak" som kan "utveckla" varandra m.m.).

I detta sammanhang kan med fördel de elva (jo, det är elva, inte tio!) nyckelkomponenterna som presenteras på s. 171 f. och som gäller de amerikanska Drug Treatment Courts (DTC) lyftas fram. Såvitt jag förstår är det

inget som hindrar att dessa komponenter (eller vissa av dem) anammas i ett svenskt perspektiv inom ramen för den befintliga domstolsstrukturen. Det är en kriminalpolitisk och straffprocessuell fråga som nödvändigtvis inte kräver att det inrättas särskilda domstolar.

Som en anmärkningsvärd knorr från 10 kap. kan lyftas fram omnämmandet av "Teen Courts" i USA (en specialdomstol avknoppad från specialdomstolen "Juvenile Courts") där alla involverade — åklagare, försvarare, jury — inte är jurister, inte ens vuxna, utan tonåringar! Med (viss) dömande makt! (s. 169). Något för Sverige?

För att juristen ska kunna uppfylla en vettig, produktiv samhällsfunktion behövs kunskap om de samhälleliga konsekvenserna av juridiska beslut och överväganden, både på ett makro- och ett mikroplan (s. 185). Ungefär så inleds detta avsnitt (11 kap.). Och vem är inte beredd att hålla med om det? En jurist som arbetar i ett "samhällsvakuum" är inte nyttig. I värsta fall är han eller hon antagligen t.o.m. farlig. Med tilltagande ålder kan jag själv iaktta att jag identifierar mig allt mindre som *jurist* vartefter åren förflyter. I början av karriären är man ofta ivrig att skaffa sig en yrkesidentitet och en plattform i en sfär av likasinnade; allt för att vinna erkännande som jurist. Man "snöar in" sig på juridiken och strävar, mer eller mindre medvetet, efter att bli en "fack-idiot". När man sedan skaffat sig en hyfsad plattform och konsoliderat sig kan man lyfta blicken. Man inser sina egna, och sitt ämnes, begränsningar. Man inser vikten av annan kompetens. Paradoxalt nog kan juridiken då bli viktigare, men *inte för sin egen*

skull utan som en del i något större. Egentligen är det först då man kan göra någon egentlig samhällsnytta. Eller rättare sagt; det är först då man kan göra samhällsnytta på ett riktigt effektivt och uthålligt sätt samt — för att tala i "TJ-termer" — kan bidra till välbefinnandet hos de personer som blir "utsatta" för ens yrkesutövning. Möjligen är detta för min del endast ett krångligt sätt att ge konkretion åt talesättet "sent ska syndaren vakna". Men jag tror i så fall att jag inte är ensam syndare.

Som ett tillämpningsexempel lyfts här barnhusen fram (s. 187 f.). De undersökningar som gjorts av verksamheten vid dessa barnhus kan väl entydigt sägas visa på ett fiasko. Och det är inte så uppbyggligt för den som tror på "TJ-idéerna". Man kan också ana besvikelsen i Diesens framställning. Som idé måste nämligen barnhusen sägas vara TJ "mitt i prick". Barnhusen skulle kunna tjäna som ett "frontprojekt" för anhängare av TJ-idéerna. Brotts och brottsoffer av en viss avgränsad kategori utreds och blir föremål för relevanta insatser under ett och samma tak med tillgång till expertis inom flera områden — kan det bli bättre? I motsats till Diesen (se s. 193ö) tror jag emellertid — utan att ha någon direkt insikt — att man i större utsträckning faktiskt *kan* "skylla på" inkörningsproblem. En så pass ny företeelse med en så komplex samordning (kompetensmässigt, resursmässigt, organisatoriskt, m.m.) kräver antagligen mycket lång tid för att "trimmas in". Idén är av allt att döma allt för bra för att inte på ett uthålligt sätt hålla fast vid.

11 kap. avslutas med ett avsnitt om sakkunniga (s. 214 f.). Diesen lyfter här fram betydelsen

av att sakkunniga används och att de används på rätt sätt. Det är frågan om att domaren och den sakkunnige måste kunna interagera med varandra och att båda är helt klara över sin egen och den andres funktion. Själv tycker jag att detta är ett utmärkt exempel på vad TJ-rörelsen förespråkar i form av interdisciplinärt samarbete och att vi jurister måste "öppna oss" för andra beteendevetenskapliga områden.

4 TJ i rättstillämpningen; behovsfokusering

Denna del — som inleds med 12 kap. om straffrätt — handlar om hur man ska lyckas med att ta tillvara en tilltalads möjligheter till återanpassning samtidigt som man månar om brottsoffret, allt i det övergripande syftet att båda ska komma ut så bra som möjligt. Men även andras intressen gör sig gällande; de inblandades familjer m.fl. och samhällets. Det är med andra ord de inom kriminalpolitiken och den straffprocessuella diskussionen eviga frågorna om balansen mellan rättssäkerhet, rättstrygghet och rättsskydd som här berörs. En balansfråga som kommer i skymundan i framställningen är att Diesens utgångspunkt hela tiden är att man kan definiera den ena parten som brottsling och den andra som brottsoffer. En inte oväsentlig del — kanske den viktigaste — av en brottmålsrättegång är ju att slå fast om det finns en brottsling och ett brottsoffer. Det komplicerar det hela. Hur ska man i terapeutisk bemärkelse göra åtskillnad mellan ett verkligt brottsoffer och den som endast påstår sig vara ett sådant? Och hur skiljer man den verkliga brottslingen från den som endast är anklagad för brott? Vi domare (och säkert andra) har erfarenhet av hur

man hanterar dessa balansfrågor; men det hade varit intressant att här också få dessa belysta i större utsträckning.

I nästa del i detta avsnitt (13 kap.) behandlas tvistemål. Beskrivningen av domstolsprocessen som "opersonlig, ovänlig, ofta hetsig och stressande" tycker jag är alltför kategorisk (s. 248). Att *tvistesituationen*, dvs. att befinna sig i en tvist, är stressande för parterna är begripligt, men att denna situation är kopplad till ett domstolsförfarande behöver väl nödvändigtvis inte spä på stressen. Ungefär detsamma kan väl gälla frågan om graden av "hetsighet". Att stämningen mellan parterna kan vara hetsig är en sak, men — återigen — kopplingen till domstolsförfarandet behöver inte spä på det. Graderna av opersonlighet och ovänlighet kan nog variera. Generellt sett känns sådana beteckningar inte särskilt träffande. Därmed inte sagt att de terapeutiska effekterna av en tvistemålsprocess skulle vara särdeles goda. Diesen nämner också, närmast i förbigående, att tvistemålsprocessen på senare tid har utarmats. *Det* är ett intressant konstaterande. Jag tror nämligen att det förhåller sig precis så; och med "senare tid" avser jag då snarast "sakta men säkert under lång tid". Något tillspetsat, och kanske också cyniskt, kan man påstå att en svensk tingsrätt är "en kriminaldomstol som tyvärr belastats med ett antal störande tvistemål". Domstolsväsendet har under lång tid visat prov på en frapperande oförmåga — organisatoriskt och kompetensmässigt — att skänka (de dispositiva) tvistemålen den omsorg och djupa penetrering dessa mål kräver. I det — i vart fall fram till nu — förhärskande och utpräglat kvantitativa tänkandet (avverka

mål! — hur spelar mindre roll) som under lång tid varit ledstjärnan inom domstolsväsendet har tvistemålen fått stryka på foten. Det är märkligt att det ska vara så svårt att förstå att det är två helt olika jobb att vara tvistemålsdomare och brottmålsdomare.

I övrigt kan man i denna del anmärka att Diesens tillämpningsexempel — skadeståndsmål — är alldeles för likt brottmålsdiskussionen för att på ett mer specifikt sätt belysa de särskilda förutsättningarna i (dispositiva) tvistemål. Variablerna ur ett terapeutiskt perspektiv torde här vara så många fler och så mycket mer komplicerade i ett "renodlat" tvistemål (vad gäller terapeutiskt t.ex. för kunder, anställda, aktieägare, ledningen m.fl. i ett tvistande aktiebolag?).

Nästa avsnitt i denna del (14 kap.) rör familjerätt och barnrätt. Och här är det lätt att instämma i att känslor i dessa fall har stor betydelse (s. 264). I själva verket är det väl vanligen så att "separationstvister" inte alls lämpar sig för jurister att hantera (jfr ovan). Och Diesens påstående om att man i barnmål "generaliserar på en smal empirisk grund" är nog så sant som det är sagt (s. 270). Som Diesen vidare framhåller är det nog tyvärr helt korrekt att den generella normen om "att barn behöver båda sina föräldrar" okritiskt appliceras på *alla* individuella fall. I vart fall gör jag det i alltför stor utsträckning i min domargärning. Och jag misstänker att jag inte är ensam om det.

I tillämpningsexemplen med tvångsomhändertaganden av barn (s. 275 f.) och arvstvister (s. 282 f.) känns diskussionen i termer av terapeutiska kontra anti-terapeutiska lösningar väldigt naturlig. Även här är det ju

så otroligt mycket annat än juridik som är väsentligt.

Det sista avsnittet i denna del (15 kap.) behandlar ekomål. Ur ett terapeutiskt perspektiv upplever jag det avsnittet som utpräglat politiskt betonat; såväl allmänpolitiskt som rättspolitiskt. Hur ser man (ska man se) på ekobrott och ska man, och i så fall hur, bekämpa denna typ av brottslighet? För att kunna besvara dessa frågor krävs så mycket mer än enbart anläggandet av ett terapeutiskt perspektiv. Men det behöver ju inte utesluta det sistnämnda.

Jag instämmer dock i slutklämmen (s. 300) om att det ur terapeutiskt synvinkel är av betydelse att bota den känsla av slumpmässighet som området kan präglas av; ”varför har jag otur att drabbas av något när alla andra gör samma sak...”

5 TJ som arbetssätt för jurister; långsiktig konfliktlösning

Det inledande avsnittet i nästa del (16 kap.) handlar om domarrollen. Och som en aktiv aktiv domare bubblar jag vid läsningen över av synpunkter och kladdar flitigt i marginalen. Här beskrivs den traditionella kontra den moderna domarrollen och betydelsen (för den senare) av empati, respekt, lyhördhet och aktivt lyssnande, icke-tvång, icke paternalism och tydlighet. Allt detta (jag skulle vilja lägga till ödmjukhet) framhålls som ideal om processen ska vara till gagn för samtliga berörda. De uppräknade kriterierna utvecklas sedan. Själv bubblar jag som sagt vid läsningen över av spontana inpass och synpunkter. Här ska jag bara göra några få kommentarer. Den första handlar om ”domaren som en anonym stats-tjänsteman” som ”bara” tillämpar regler. Det är faktiskt alltför

idealet för en hel del domare. Och har man det som ett ideal är det naturligtvis ur ett TJ-perspektiv (och även andra) sorgligt. Jag anser nämligen (och där tycks jag och TJ-rörelsen vara överens) att domaren måste ge rättstillämpningen och domsmakten ett ansikte. Domaren måste våga visa sin personlighet. Det är rimligen en grundförutsättning för att kunna vinna förtroende och respekt. Jag håller också med om, vad Diesen påpekar, att det inte behöver innebära att man uttrycker sina åsikter i allehanda frågor. Jag vill dock påpeka att detta är en mycket svår balansgång. Idealet skulle därför kanske vara att man visade någon sorts ”kontrollerad personlighet”. Men det är, enligt min mening, vidare av största vikt att de ovan angivna kriterierna om förmåga till empati etc. vilar på en grund av solida juridiska kunskaper. För en domare gäller det inte minst processrättsliga kunskaper. Även intrikata processuella frågor måste domaren med pondus och säkerhet kunna besvara ”a la minute”. Om han/hon saknar den förmågan spelar empati, lyhördhet m.m. ingen roll. Förtroende, respekt, trygghet...allt rasar då ändå. Och detta är, såvitt jag har förstått, helt i linje med TJ-ideologin. Den breddade kompetensen och det tvärvetenskapliga anammandet ska inte träda i stället för den juridiska spetskompetensen, utan verka vid sidan av. Frågan rörande domarrollen och hur han/hon rent konkret agerar i sitt vardagliga arbete är antagligen den enskilt viktigaste frågan för förtroendet för domstolarna. Diskussionen rörande detta måste hela tiden hållas levande. Och på så vis är denna bok ett välkommet bidrag.

Avsnittet om domarens arbets-sätt måste sägas vara mycket "amerikanskt" till sin karaktär och det är därför svårt att överföra det till en svensk rättslig miljö. Och dessutom börjar det här glida över i något som träder *i stället* för domarrollen, där domaren förvandlas till någon sorts allmän "levnadscoach". Ramarna — även med ett brett TJ-perspektiv — riskerar att sprängas.

Vad som i nästa avsnitt sägs om det *smala* respektive *breda* perspektivet vid medling (förlikningsverksamhet) är intressant. Jag misstänker att detta är ett område där TJ verkligen har en funktion att fylla på det praktiskt handfasta planet vad gäller domarverksamhet. Rättegångsbalkens krav på domaraktivitet vad gäller att nå förlikning är ingalunda blygsamt. Men det upplevs av många domare (jag tillhör dem) som svårt att alla gånger uppfylla det kravet. Det är nog till inte obetydlig del beroende på att man i förliknings-situationen är helt utanför det regelstyrda området. När och hur man ska agera som "medlare" måste man avgöra själv utan några regler att luta sig mot. Det är en utmaning som för många domare kan vara svår att ta till sig.

17 kap. handlar om partsombud och deras förutsättningar att agera terapeutiskt. Företrädesvis berörs här försvararrollen. Det är givetvis inte alls mitt "bord" att komma med initierade synpunkter på en försvarares klientrelation. Men jag kan ändå inte avstå från att i vart fall *tro* att den är alldeles för yttlig för att kunna verka terapeutiskt. Och för att ändra på det krävs, som Diesen påpekar (s. 352), att försvararen lägger ned mer tid (och därmed kräver högre arvode) än vad som

i dag är brukligt. Men även i denna del kommer man oundvikligen in på frågan om försvararens roll. Hur mycket terapeut ska han eller hon vara? Finns det t.ex. någon svensk advokat som någonsin uppfyller kraven som ställts upp av New York State Defenders Association för klientorienterad representation (s. 355)?

18 kap. handlar om utredningsteknik, främst vid polisförhör. Delar av vad som här sägs, men endast delar, kan överföras till domstolsförhöret. Det senare skiljer sig i själva verket markant från polisförhöret. Men domstolsförhörets speciella karaktär och dynamik berörs inte i boken — och därför inte heller här.

6 Avslutande ord

Min läsning av boken väcker tankar åt alla möjliga håll. Det är väl ett gott bevis för att innehållet är engagerande. Men det där med att tankarna far åt alla håll *kan* ha att göra med att framställningen spretar åt (för) många olika håll. Jag kan inte frigöra mig från synpunkten att framställningen saknar önskad kompakthet och stringens. Det förekommer också i de olika delavsnitten en hel del upprepningar även om dessa ibland är lätt maskerade. Diesen ägnar också mycken möda åt att tala om vad TJ *inte* är. Det riskerar att till slut bli ganska lite kvar av substans för vad TJ *är*. På något sätt får jag ibland känslan av att TJ är "allt och intet". Jag ställer mig alltså aningen frågande inför TJ som en egen, självständig rättsideologi. Det förefaller inte finnas någon gedigen teoretisk grundval för företeelsen som gör att den kan betraktas som en sådan. Å andra sidan är jag knappast rätt person att göra just den bedömningen.

Om jag i stället vänder mig mot de mer handboksmissiga inslagen i boken har det väl redan framskyttat att jag tagit del av den med stort intresse. I boken berörs många verkligt centrala och avgörande frågor rörande utformningen av olika lagregleringar samt, kanske främst, frågor som rör *tillämpningen* och *tillämparen*. Som praktiskt verksam domare känns det oerhört angeläget att diskutera såväl det vi *gör* (tillämpar) som hur vi *är* och uppträder i våra

roller (tillämpare). Och den diskussionen förs verkligen i boken på ett engagerande och intresseväckande sätt. Ibland brister det i konkretion och handfasthet, men det må vara ursäktligt i en så pass översiktlig och presenterande framställning som det är frågan om.

Min avslutande förhoppning kan inte bli någon annan än att denna bok avsätter många ringar på vattnet!

Mikael Mellqvist

PETTER ASP, Internationell straffrätt. Svensk straffrätt II. Iustus Förlag. 2011. 177 s.

Petter Asps lärobok *Internationell straffrätt* utgör den andra delen i bokserien *Svensk straffrätt*.¹ Boken är tänkt att kunna läsas tillsammans med den första delen *Kriminalrättens grunder* författad av Petter Asp, Magnus Ulväng och Nils Jareborg. Denna bakomliggande tanke bidrar till bokens förtjänster där ett samlat grepp tas och internationella aspekter av behandlade frågor inte hamnar i periferin utan bidrar till läsarens förståelse för både den nationella och den internationella straffrätten. För att nämna ett uppenbart exempel kan avsnitt 2.7 i *Kriminalrättens grunder* om nationella begränsningar med fördel läsas tillsammans med kapitel 2 i *Internationell straffrätt* om svensk jurisdiktion.

Till skillnad från den första delen, fokuserar således *Internationell straffrätt* på straffrättens internationella dimensioner. Bokens tyngdpunkt ligger emellertid på de regler som rör eller har påtaglig betydelse för den svenska materiella straffrätten.

¹ Serien *Svensk straffrätt* skrivs gemensamt av Petter Asp, Sandra Friberg, Nils Jareborg och Magnus Ulväng.

Boken är avsedd att användas som lärobok i internationell straff- och processrätt på juristprogrammet men bör enligt författaren även kunna vara användbar som en introducerande handbok,

”som kan nyttjas för att avgränsa och formulera frågor som behöver besvaras för att man ska kunna komma vidare med ett visst internationellt straff- eller straffprocessrättsligt problem.”²

Asp menar att man för att förstå den internationella straffrätten fullt ut bör ta sin utgångspunkt i att straffrätten fortsatt är en i huvudsak nationell företeelse med nationella brottsbeskrivningar som ligger till grund för utdömande av straff av nationella domstolar. Detta är onekligen ostridigt men en övergripande fråga är i vad mån direkt eller indirekt internationell påverkan på utformningen av de *nationella* brottsbeskrivningarna är av relevans och i så fall på vilket sätt. Detta gäller särskilt de svenska bestämmelser som ändrats eller tillkommit genom EU-rättsliga

² Internationell straffrätt s. 5.

regler. Med de nationella straffrättssystemen som utgångspunkt delar boken emellertid in den internationella straffrätten i tre huvudsakliga områden:

För det första, svensk internationell straff- och straffprocessrätt, eller den nationella straff- och processrättens internationella dimension. Här behandlas frågor som regler om nationella begränsningar, jurisdiktion (kapitel 2) och straffprocessrättsligt samarbete (kapitel 3), dvs. regler om utsträckningen av de nationella systemen och om samarbete mellan systemen. Begreppet internationell straffrätt används således i vid mening där bokens första del behandlar den internationella straffprocessrätten. Oavsett reglernas ursprung, må de vara sprungna ur internationell rätt eller EU-rätt, behandlas här företrädesvis de svenska bestämmelserna.

Denna del och särskilt kapitel 2 (41 sidor) utgör en mycket lättillgänglig och pedagogiskt föredömlig beskrivning av ett mycket snårigt rättsområde. På samma sätt beskriver kapitel 3 (43 sidor) de svenska reglerna om internationell rättslig hjälp, utlämning m.m. på ett mycket konkret och lättillgängligt sätt. I denna del torde författarens ambition att boken ska kunna fungera både som lärobok och introducerande handbok mycket väl vara uppfylld.

I en andra del behandlas internationell påverkan på de nationella straff- och straffprocessrättsliga systemen. Denna del är således av väsensskild karaktär och har en annan ansats än den första delen som framförallt utgör en systematisering och beskrivning av gällande rätt. I denna andra del behandlas de folkrättsliga *förutsättningarna* för straffrätten, mellanstatligt sam-

arbete i FN, Europarådet etc. (kapitel 4), samt överstatligt samarbete inom EU (kapitel 5). Enligt Asp omfattar detta avsnitt läran om de sätt på vilka olika former av internationellt samarbete *påverkar* de nationella systemen.

Den andra delen tar i kapitel 4 sitt avstamp i den svenska dualistiska synen på internationell rätt. Exempel ges på mellanstatliga konventioner av relevans för det straffrättsliga samarbetet samt de typer av krav som uppställs i dessa. Europakonventionen om mänskliga rättigheter och dess artiklar av direkt relevans för straffrätten diskuteras vidare mycket översiktligt i detta jämförelsevis korta kapitel (8 sidor). Exempelvis berörs frågan om Europakonventionens (semikonstitutionella) status kort i en fotnot medan dess genom EU-rätten stärkta genomslag på nationell nivå inte berörs alls. Den för Sveriges del aktuella frågan om *ne bis in idem* skulle exempelvis kunna tjäna som ett belysande exempel. EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna nämns kort men då i sambandet att den kan komma att konkurrera med EKMR snarare än att dessa båda instrument kommer att få betydande inflytande över utvecklingen på området. Kapitlet fungerar emellertid väl som en påminnelse om att den allmänna folkrätten sätter gränser för den nationella straffrättskipningen och exemplifierar ett antal relevanta instrument och bestämmelser.

Kapitel 5 (41 sidor), EU-straffrätt, fungerar som en bok i boken då kapitlet är skrivet på ett mer diskuterande sätt och är därmed av mindre handboks-karaktär än tidigare kapitel. Det är inte svårt att gissa att författarens hjärtefrågor ryms inom ra-

men för detta välskrivna och initerade kapitel. EU-straffrätten är ett av EU-rättens mest dynamiska rättsområden och utvecklingen går möjligtvis alltför snabbt framåt. Tillgången på källmaterial är mycket stort vilket gör det näst intill omöjligt att hålla sig uppdaterad. Nedan följer emellertid några selektiva kommentarer.

För det första, och som sig bör ger Asp också i denna jämförelsevis korta framställning en inledande översikt över EU-straffrättens historia i huvuddrag. Utan detta avsnitt är det ypperligt svårt att förstå EU-straffrätten av idag. Detta gäller för EU-rätt i allmänhet men kanske för EU-straffrätt i synnerhet då utgångspunkten för relationen mellan straffrätten och EU under lång tid var att EU saknade straffrättslig kompetens. Någon motsvarande redogörelse ges av förklarliga skäl således inte i övriga kapitel. (Även om motsvarande utveckling av förlust av nationell kompetens skulle kunna låta sig göras.)

För det andra, nämns dock inte EU-rättens företräde och begränsningar i detta, vilket får ses som en underförstådd förutsättning för förhållandet mellan nationell rätt och EU-rätt. Denna tystnad blir särskilt markant redan i avsnitt 3.2.3.3 om hinder för överlämnande³ då Asp utan omsvep konstaterar att:

Utöver vad som uttryckligen följer av överlämnandelagen kan vidare de svenska grundlagarna utgöra hinder för överlämnade. Fråga är framförallt om att regleringen i TF och YGL i princip torde hindra överlämnande avseende gärningar som omfattas av nämnda grundlagar (ingripande kan

endast ske i den ordning och omfattning som föreskrivs i TF och YGL).⁴

Här vore det onekligen intressant, också för den intresserade studenten eller nitiska handläggaren, att närmare få ta del av Asps underliggande motivering för denna ståndpunkt. Skulle ett eventuellt hinder för överlämnande motiveras med hänvisning till konstitutionell svensk rätt, eller kanske allmänna EU-rättsliga principer, och i så fall vilken, vilka och med vilken motivering? Möjligtvis får vi en mer tydlig motivering då pågående utredning om TF och YGL enats om en ståndpunkt.

För det tredje, och för att vidare understryka vikten av den nationella rätten, menar Asp att den fortsatta användningen av direktiv, till skillnad från förordningar, bibehåller väsentliga skillnader mellan nationell rätt och EU-straffrätt. Skillnaden för den nationelle domaren blir enligt Asp således inte så stor, vilket emellertid kan behöva nyanseras framförallt i förhållande till svensk rätt som bygger på EU-rätt. I samma anda menar Asp att en harmonisering av den nationella straffrätten inte utgör ett tillskapande av regelrätt EU-straffrätt. Frågan är om inte detta utgör en gradskillnad snarare än en artskillnad. Vidare menar Asp att inriktningen på minimiregler är problematisk då det föreligger en inneboende logik med innebörden att det är meningslöst att anta minimiregler som inte ligger över den existerande miniminivån i unionen. Intressant att konstatera i detta sammanhang är framförallt att detta argument står stick i stäv med det ofta framförda argumentet att minimiregler utgör en risk mot ett *race to the bottom*,

³ Se det bakomliggande rambeslutet om överlämnande samt den svenska implementeringen genom överlämnandelagen.

⁴ s. 101.

det vill säga att minimiregler leder till en lägsta möjliga harmoniseringsnivå.

För det fjärde, och vad gäller Asps diskussion om förhandsavgöranden, bör vidare tilläggas att artikel 267 fördraget om EU:s funktionssätt efter Lissabon ger domstolen en *skyldighet* att meddela förhandsavgörande så snart som möjligt avseende nationella ärenden i fråga om frihetsberövade personer. Denna möjlighet har redan använts vilket medförde betydligt kortare handläggningstid än den genomsnittliga.

Asps systematiska kritik av hastigheten av samt *hur* den europeiska integrationsprocessen fortskrider, framförd både här och annorstädes, är avslutningsvis av högsta relevans och väl värd att ta till sig, vilket också tongivande EU-politiker som kommissionär Viviane Reding bevisligen gjort.⁵ Sammanfattningsvis är detta kapitel en mycket välskriven sammanfattning av ett stort antal högaktuella och relevanta utvecklingstendenser som ger den intresserade studenten en välorienterad inblick på området. Kapitlet kan dock förefalla något mindre lättillgängligt för den tidspressade handläggaren med specifika ärenden på sitt bord. Vidare kan arbetets valda stil med få referenser försvåra ytterligare inläsning för den intresserade läsaren.

I en tredje del behandlas slutligen internationell straffrätt i snäv mening, så kallad folkstraffrätt (kapitel 6), eller vad som kan beskrivas som framväxten av ett straffrättsligt system vid sidan av nationalstaterna. Detta är av mindre relevans för den nation-

ella materiella straffrätten och behandlas därför mycket kortfattat. I detta kapitel (7 sidor) behandlas översiktligt den internationella brottmålsdomstolen och de olika *ad-hoc* tribunaler som tillskapats för att hantera brott begångna under olika väpnade konflikter.

Bokens uppdelning i tre huvudsakliga avsnitt har uppenbara pedagogiska förtjänster och hjälper läsaren att förstå och ta till sig den allt snabbare utvecklingen på området. Denna uppdelning kan också tänkas fungera i kommande uppdateringar av boken utan att ett ständigt ökande antal rättsakter, särskilt från EU:s institutioner, bryter upp denna logik. Med tiden kan dock nämnda uppdelning i stort mellan nationell straff- och processrätt å ena sidan och internationell påverkan på denna rätt å den andra, komma att luckras upp då allt fler rättsakter kan tänkas omfatta bestämmelser och situationer som går att hänföra till båda kategorierna. Dispositionen medför av naturliga skäl viss överlappning och redan nu behandlas till exempel EU:s straffprocessuella kompetens om utlämning och (numera) överlämnande dels i kapitel 3 där de implementerade EU-rättsakterna diskuteras, dels under avsnitt 5.8 om EU:s straffprocessuella samarbete.

Trots de uppenbara pedagogiska förtjänsterna med denna disposition, blir det således möjligen alltmer svårt att behålla en uppdelning mellan nationell och internationell straffrätt då den nationella straffrätten utsätts för allt större och snabbare påverkan från olika former av internationellt samarbete. Härvid har EU-straffrätten, på grund av EU-rättens natur, en specialställning, då allmän EU-rättslig metod gör

⁵ Se vidare Petter Asp, Thomas Elholm & Dan Frände, Manifest för en europeisk kriminalpolitik, JT 2009–10, s. 968–973.

sig gällande i de fall nationella regler har sitt ursprung i EU-straffrätten, vilken i sin tur ofta influeras av den internationella rätten. Flernivåsystemet blir då svårt att bortse från vad gäller allt fler materiella stadganden.

Sammanfattningsvis utgör Petter Asps bok *Internationell straffrätt*, ett mycket välkommet bidrag till den svenska straffrättslitteraturen och fyller ett tomrum

genom dess samlade behandling av de internationella dimensionerna av den svenska straffrätten. Boken uppfyller enligt min mening mycket väl sitt dualistiska mål att fungera som lärobok i internationell straff- och processrätt på juristprogrammet samt kunna vara användbar som en introducerande handbok.

Maria Bergström